



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 38.355 - MS
(2012/0122384-4)**

RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
AGRAVANTE : UNIVERSAL FITNESS DA AMAZÔNIA LTDA
ADVOGADO : JULIANA FRIEDRICH FARAJ E OUTRO(S)
AGRAVADO : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADOR : FERNANDO CÉSAR C.ZANELE E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. INSURGÊNCIA CONTRA A COBRANÇA DE TRIBUTO. DECRETO 13.162/2011 (PROTOCOLO ICMS 21/2011). ATO ATRIBUÍDO AO SECRETÁRIO DE ESTADO DE FAZENDA. ILEGITIMIDADE PASSIVA.

1. "Por se tratar de uma condição da ação, e portanto, matéria de ordem pública, a legitimidade das partes deve ser apreciada a qualquer tempo pelo Juízo singular ou pela instância ordinária *ad quem*" (AgRg no Ag 879.865/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJ 22/10/2007).

2. Não compete ao Secretário de Estado de Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul, mas, sim, aos Agentes Fiscais, a fiscalização e a cobrança do tributo do ICMS. Inteligência dos arts. 219, § 1º, incisos I e II da Lei 1.810/97 (Código Tributário Estadual) e 123, §§ 1º, 2º e 3º, do Decreto 9.203/1998 (Regulamento do ICMS). Precedentes: RMS 38.960/MS, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, DJe 22/05/2013; RMS 37.270/MS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 22/04/2013.

3. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Ari Pargendler, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de junho de 2013(Data do Julgamento)

MINISTRO BENEDITO GONÇALVES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 38.355 - MS
(2012/0122384-4)**

RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
AGRAVANTE : UNIVERSAL FITNESS DA AMAZÔNIA LTDA
ADVOGADO : JULIANA FRIEDRICH FARAJ E OUTRO(S)
AGRAVADO : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADOR : FERNANDO CÉSAR C.ZANELE E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto por Universal Fitness da Amazônia Ltda. contra decisão que, de ofício, reconheceu a ilegitimidade passiva da autoridade apontada como coatora e julgou prejudicado o recurso ordinário, assim ementada (fl. 864):

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. INSURGÊNCIA CONTRA A COBRANÇA DE TRIBUTO. DECRETO 13.162/2011 (PROTOCOLO ICMS 21/2011). RECONHECIDA, DE OFÍCIO, A ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SECRETÁRIO DE ESTADO DA FAZENDA. RECURSO ORDINÁRIO PREJUDICADO.

Em suas razões recursais, a parte agravante alega, em síntese, que: (a) as questões de ordem pública somente podem ser conhecidas de ofício "enquanto não proferida sentença de mérito" e (b) "aquele que possui legitimidade para ordenar a cobrança do imposto discutido nos autos é o Secretário de Estado da Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul, já que aos fiscais não é facultado deixar de cumprir as ordens emanadas de seu superior" (fl. 888).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 38.355 - MS
(2012/0122384-4)**

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. INSURGÊNCIA CONTRA A COBRANÇA DE TRIBUTO. DECRETO 13.162/2011 (PROTOCOLO ICMS 21/2011). ATO ATRIBUÍDO AO SECRETÁRIO DE ESTADO DE FAZENDA. ILEGITIMIDADE PASSIVA.

1. "Por se tratar de uma condição da ação, e portanto, matéria de ordem pública, a legitimidade das partes deve ser apreciada a qualquer tempo pelo Juízo singular ou pela instância ordinária *ad quem*" (AgRg no Ag 879.865/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJ 22/10/2007).

2. Não compete ao Secretário de Estado de Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul, mas, sim, aos Agentes Fiscais, a fiscalização e a cobrança do tributo do ICMS. Inteligência dos arts. 219, § 1º, incisos I e II da Lei 1.810/97 (Código Tributário Estadual) e 123, §§ 1º, 2º e 3º, do Decreto 9.203/1998 (Regulamento do ICMS). Precedentes: RMS 38.960/MS, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, DJe 22/05/2013; RMS 37.270/MS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 22/04/2013.

3. Agravo regimental não provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): A decisão agravada não merece reforma e mantém-se por seus próprios fundamentos, *in verbis* (fls. 864-866):

Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Universal Fitness da Amazônia Ltda. contra acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, assim ementado (fl. 762):

MANDADO DE SEGURANÇA - INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA CONTRA LEI EM TESE - DECRETO ESTADUAL COM EFEITO CONCRETO - PRELIMINAR REJEITADA - AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS POR MEIO DE INTERNET/SHOWROOM E TELEMARKETING - OPERAÇÕES INTERESTADUAIS - ICMS - CONSUMIDOR FINAL NÃO CONTRIBUINTE DO IMPOSTO - INCIDÊNCIA DA ALÍQUOTA INTERESTADUAL - MERCADORIAS LIBERADAS - CONTRA O PARECER - SEGURANÇA DENEGADA.

É admissível a interposição do *writ* contra Decreto Estadual com efeito concreto e com operatividade imediata.

A arrecadação do ICMS com fulcro no Decreto Estadual nº 13.162/2011 não inova o ordenamento jurídico, pois está em conformidade com o disposto no art. 155, VII, "a" da Constituição Federal de 1988 e artigos 4º, 11 e 13 da Lei Complementar nº 87/96.

Nas suas razões (fls. 768-780), a empresa recorrente alega que a cobrança de ICMS pelo estado de destino em face de vendas não presenciais de estabelecimentos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sediados em outras Unidades da Federação, tal como disciplinada no Decreto 13.162/2011, contraria do art. 155, VII, *b*, da CF, configurando indevida bitributação. Assevera que, "é direito constitucional da Impetrante [...] que ela efetue o recolhimento do ICMS apenas no Estado de origem da mercadoria em todos os casos em que a venda seja efetuada ao consumidor final não contribuinte do ICMS" (fl. 773). Aduz, ainda, violação ao princípio da estrita legalidade (art. 150, I, da CF/88), pois "[a] ordem constitucional é clara ao determinar que a fixação das alíquotas do imposto em questão não pode ser por meio de decreto" (fl. 775). Sustenta, ainda, infringência ao princípio da anterioridade; criação ilegal de novo fato gerador do ICMS e limitação do tráfego de mercadorias.

Contrarrazões apresentadas às fls. 788-828 pelo Estado de Mato Grosso do Sul.

O Ministério Público opina pelo não seguimento do recurso, em parecer assim ementado (fl. 859):

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. Impetração em face de ato do Secretário da Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul objetivando que a autoridade coatora se abstenha de cobrar ICMS adicional referente às operações de circulação de mercadorias por venda ao consumidor final de forma não presencial (*internet, tele marketing ou showroom*). Acórdão do Eg. Tribunal de Justiça/MS que denegou o writ em comento. Recurso ordinário fundado no art. 539, II, do Código de Processo Civil. Alegação de não cabimento da tributação na espécie. Recurso que não ataca os fundamentos da decisão recorrida. Incidência da Súmula STF nº 283 da espécie. Precedentes jurisprudenciais. Decisão recorrida que deve ser mantida por seus próprios fundamentos. Parecer pelo não seguimento do recurso ordinário ora apreciado.

É o relatório. Decido.

Conforme relatado, a recorrente, empresa sediada no Estado do Amazonas, impetrou mandado de segurança em face do Secretário de Estado de Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul com o objetivo de afastar a cobrança de ICMS exigida com base no Decreto 13.162/2011, autorizado pelo Protocolo ICMS 21/2011, o qual determina o recolhimento de diferencial de alíquota interestadual em face de venda não presencial realizada por meio da *internet*.

Ocorre que, recentemente, a Primeira Turma, ao julgar recurso ordinário análogo ao dos presentes autos, também sob minha relatoria, decidiu que o Governador de Estado de Mato Grosso do Sul e o seu Secretário de Fazenda são partes ilegítimas para responder à pretensão mandamental acima identificada.

Isso porque, de acordo a legislação estadual, não compete diretamente ao Secretário de Estado da Fazenda do Estado de Mato Grosso, muito menos ao Governador daquela Unidade da Federação, a fiscalização e a cobrança do imposto em comento, nem sequer em grau de recurso administrativo tributário (Lei 2.315/2001). Essa tarefa, sim, é de competência dos Agentes Fiscais do Estado de Mato Grosso do Sul (Fiscal de Rendas, Agente Tributário Estadual ou a Agente Fazendário), conforme se verifica dos arts. 219, § 1º, incisos I e II da Lei 1.810/97 (Código Tributário Estadual); 123, §§ 1º, 2º e 3º, do Decreto 9.203/1998 (Regulamento do ICMS); e 39 c/c 2º, III e V, e § 2º, da Lei 2.315/2001 (Lei que regula o Processo Administrativo Tributário estadual).

Eis a ementa desse julgado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. INSURGÊNCIA CONTRA A COBRANÇA DE TRIBUTO. DECRETO 13.162/2011 (PROTOCOLO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ICMS 21/2011). ATO ATRIBUÍDO AO GOVERNADOR E AO SECRETÁRIO DE ESTADO DE FAZENDA. ILEGITIMIDADE PASSIVA.

1. Recurso ordinário em mandado de segurança impetrado com o objetivo de afastar a cobrança de ICMS exigida pelo Estado do Mato Grosso do Sul com base no Decreto 13.162/2011, autorizado pelo Protocolo ICMS 21/2011, o qual determina o recolhimento de diferencial de alíquota interestadual em face de venda não presencial realizada por meio da internet, bem como impedir a apreensão das mercadorias destinadas aos consumidores residentes naquele Estado.

2. Não compete diretamente ao Governador ou ao Secretário de Estado de Fazenda indicado, mas, sim, aos Agentes Fiscais, a fiscalização e a cobrança do tributo em comento. Inteligência dos arts. 219, § 1º, incisos I e II da Lei 1.810/97 (Código Tributário Estadual) e 123, §§ 1º, 2º e 3º, do Decreto 9.203/1998 (Regulamento do ICMS).

3. Impossível, na espécie, a aplicação da teoria da encampação, na medida em que a indevida presença do Governador ou do Secretário de Estado de Fazenda no polo passivo do mandamus modifica a regra de competência jurisdicional disciplinada pela Constituição Estadual (art. 114, II, b).

4. Reconhecida, de ofício, a ilegitimidade das autoridades coatoras; prejudicado o recurso ordinário (RMS 37270/MS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 22/04/2013).

Nesse mesmo sentido:

MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIDADE COATORA.

A autoridade coatora desempenha duas funções no mandado de segurança: a) uma, internamente, de natureza processual, consistente em defender o ato impugnado pela impetração; trata-se de hipótese excepcional de legitimidade ad processum, em que o órgão da pessoa jurídica, não o representante judicial desta, responde ao pedido inicial; b) outra, externamente, de natureza executiva, vinculada à sua competência administrativa; ela é quem cumpre a ordem judicial.

A legitimação da autoridade coatora deve ser aferida à base das duas funções acima descritas; só o órgão capaz de cumpri-las pode ser a autoridade coatora.

A pessoa jurídica sujeita aos efeitos da sentença no mandado de segurança só estará bem apresentada no processo se houver correlação material entre as atribuições funcionais da autoridade coatora e o objeto litigioso; essa identificação depender de saber, à luz do direito administrativo, qual o órgão encarregado de defender o ato atacado pela impetração.

O Governador do Estado e o Secretário de Estado da Fazenda não estão legitimados a figurar como autoridades coatoras em mandado de segurança que visa evitar a prática de lançamento fiscal.

Recurso ordinário desprovido (RMS 38.960/MS, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, DJe 22/05/2013).

Ante o exposto, **reconheço, de ofício, a ilegitimidade do Secretário de Estado de Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul e, em consequência, denego a ordem, nos termos do art. 6º, § 5º, da Lei 12.016/09.**

Em consequência, **julgo prejudicado o recurso ordinário.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Cumpra registrar que a expressão "enquanto não proferida sentença de mérito" contida no art. 267, § 3º, do CPC é direcionada à instância originária, não vinculando o Tribunal *ad quem* quando do julgamento do recurso ordinário em mandado de segurança, cujo extensão do efeito devolutivo equipara-se ao da apelação.

A esse respeito:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC CONFIGURADA. OMISSÃO SOBRE A QUESTÃO REFERENTE À LEGITIMIDADE ATIVA PARA QUESTIONAR A COBRANÇA DE ICMS. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. CONHECIMENTO DE OFÍCIO PELO TRIBUNAL A QUO. POSSIBILIDADE.

[...]

2. A ausência de legitimidade ativa, por se tratar de uma das condições da ação, é matéria de ordem pública cognoscível a qualquer tempo e grau, sendo insuscetível de preclusão nas instâncias ordinárias. Ressalte-se que, em se tratando de matéria de ordem pública, pode ser alegada na instância ordinária a qualquer tempo, podendo inclusive ser conhecida de ofício.

[...] (REsp 1.252.842/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14/06/2011).

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DEVOLUTIVIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA. ENTIDADE DE CLASSE. CONFEDERAÇÃO NACIONAL. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. SÚMULAS 629 E 630 DO STF. TRANSPORTE ALTERNATIVO DE PASSAGEIROS. FISCALIZAÇÃO E CONTROLE PELO PODER PÚBLICO. AUTORIDADE COATORA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM.

[...]

7. Consectariamente, "Tendo em conta a devolutividade do recurso ordinário em mandado de segurança, cujo paradigma é a apelação, pode o Superior Tribunal de Justiça conhecer toda a matéria alegada na impetração, mesmo que não tenha sido apreciada pelo Tribunal de origem, principalmente aquela de ordem pública, que deve ser examinada de ofício, a qualquer tempo.(...)" (RMS 11.771/SC)

[...] (RMS 20.762/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 11/09/2008).

DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ACÓRDÃO ESTADUAL QUE ADOTOU FUNDAMENTO ADEQUADO PARA O DESLINDE DA CONTROVÉRSIA. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 165, 458, II E III, E 535, I E II, DO CPC. INEXISTÊNCIA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. AFERIÇÃO EX OFFICIO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL PREJUDICADO. DIREITO ADQUIRIDO. APRECIÇÃO DE MATÉRIA LOCAL. SÚMULA 280/STF.

AGRAVO IMPROVIDO.

[...]

2. Por se tratar de uma condição da ação, e portanto, matéria de ordem pública, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

legitimidade das partes deve ser apreciada a qualquer tempo pelo Juízo singular ou pela instância ordinária ad quem. Precedentes.
[...] (AgRg no Ag 879.865/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJ 22/10/2007).

No mais, tendo em vista que as razões do presente agravo já foram suficientemente rebatidas pela decisão ora agravada, não vislumbro a necessidade de tecer nenhuma consideração complementar à devida fundamentação deste julgado.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2012/0122384-4

AgRg no
RMS 38.355 / MS

Número Origem: 20110141881000200

EM MESA

JULGADO: 25/06/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : UNIVERSAL FITNESS DA AMAZÔNIA LTDA
ADVOGADO : JULIANA FRIEDRICH FARAJ E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADOR : FERNANDO CÉSAR C.ZANELE E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : UNIVERSAL FITNESS DA AMAZÔNIA LTDA
ADVOGADO : JULIANA FRIEDRICH FARAJ E OUTRO(S)
AGRAVADO : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADOR : FERNANDO CÉSAR C.ZANELE E OUTRO(S)

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Ari Pargendler, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.