



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 26.891 - SE (2008/0100530-0)

RELATOR : MINISTRO LUIZ FUX
RECORRENTE : FINO GOSTO LTDA
ADVOGADO : JOSÉ RINALDO FEITOZA ARAGÃO
RECORRIDO : ESTADO DE SERGIPE
PROCURADOR : GILDA BOA MORTE CAFÉ E OUTRO(S)

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. LITISPENDÊNCIA. TRÍPLICE IDENTIDADE. EXISTÊNCIA.

1. A litispendência (repropositura de ação que está em curso), assim como a coisa julgada, constitui pressuposto processual negativo que, uma vez configurado, implica na extinção do processo sem "resolução" do mérito (artigo 267, inciso V, do CPC).

2. A configuração da litispendência reclama a constatação de identidade das partes, da causa de pedir e do pedido ("tríplice identidade") das ações em curso (artigo 301, § 1º, do CPC).

3. *In casu*, além da identidade das partes e das causas de pedir, verifica-se que:

(i) a presente ação mandamental pleiteia que a autoridade coatora abstenha-se de proceder à apreensão de mercadorias destinadas aos estabelecimentos da empresa impetrante, que estejam devidamente acompanhadas da documentação fiscal, nos Postos Fiscais de Fronteira, bem como de retê-las em poder da empresa transportadora, nos termos do artigo 783 e parágrafos, do Decreto 21.400/2002, para fins de cobrança da antecipação tributária. Requer, ainda a suspensão da aplicação e da execução das normas previstas no artigo 782, *caput*, incisos e parágrafo único, do Decreto 21.400, até a prolação do julgamento de mérito;

(ii) no Mandado de Segurança 283/2005 (Processo nº 2005107746), o pedido cingiu-se à concessão da segurança "*a fim de determinar às autoridades coadoras desenquadrá-la da condição de CONTRIBUINTE INAPTO, não submetê-la ao Regime Especial de Fiscalização, bem como a não proceder à apreensão de mercadorias, destinadas a seu estabelecimento, ou, dele, saídas, acompanhadas da respectiva documentação fiscal, com a finalidade de obrigá-la a pagar o ICMS - ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA, sob o fundamento de ser responsável por débito fiscal, que está sendo discutido judicialmente*"; e

(iii) no Mandado de Segurança 106/2007 (Processo nº 2007106602), o pedido cingiu-se à concessão da segurança "*a fim de determinar à autoridade coatora a (1) desenquadrá-la da condição de CONTRIBUINTE INAPTO - inclusive no dizente aos estabelecimentos filiais - como também, a não proceder à apreensão de mercadorias destinadas a seus estabelecimentos, acompanhadas da respectiva documentação fiscal, para fins de cobrança de Antecipação Tributária; e (2) suspender a*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicação e a execução das normas previstas no art. 782, caput, incisos e parágrafo único, do Decreto nº 21.400, até a prolação do julgamento de mérito, por serem imprestáveis, ante a ordem jurídica instituída pela Constituição Federal".

4. Destarte, revela-se evidente a litispendência entre as ações mandamentais confrontadas, impondo-se a extinção do presente feito sem "resolução" do mérito, à luz do artigo 267, V, do CPC, razão pela qual não merece reforma o acórdão regional.
5. Recurso ordinário desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Arnaldo Esteves Lima, Benedito Gonçalves (Presidente) e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 22 de fevereiro de 2011(Data do Julgamento)

MINISTRO LUIZ FUX
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 26.891 - SE (2008/0100530-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator): Cuida-se de recurso ordinário interposto por FINO GOSTO LTDA., com fulcro no permissivo constitucional, no intuito de ver reformado acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, que manteve a decisão monocrática que extinguiu o feito de mandado de segurança sem "resolução" do mérito, nos termos da seguinte ementa:

"AGRAVO REGIMENTAL - MANDADO DE SEGURANÇA - COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA - TRIBUNAL DE JUSTIÇA - DECISÃO MONOCRÁTICA - EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO SOB O FUNDAMENTO DE COISA JULGADA MATERIAL - CONSTATAÇÃO DA INEXISTÊNCIA DE COISA JULGADA MATERIAL - OCORRÊNCIA EM VERDADE DE LITISPENDÊNCIA - CONSEQUÊNCIA JURÍDICA IDÊNTICA - MANUTENÇÃO DA EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO CONTUDO SOB FUNDAMENTO DIVERSO - RECURSO IMPROVIDO - DECISÃO UNÂNIME."

Noticiam os autos que FINO GOSTO LTDA. impetrou mandado de segurança, em 22.11.2007, em face de supostos atos arbitrários praticados pelo SECRETÁRIO DE ESTADO DA FAZENDA, que lançara *"o nome comercial da impetrante no cadastro dos contribuintes estaduais inadimplentes e, conseqüentemente, a enquadrara na condição de contribuinte inapto, ao fundamento de que a pessoa jurídica é responsável por débito, está sendo cobrado judicialmente"*. Na exordial, aduziu que *"o efeito imediato, decorrente da medida administrativa supra mencionada, foi a retenção de mercadorias, provenientes de outros Estados e destinadas à impetrante, mesmo acompanhadas das respectivas notas fiscais, pelas empresas transportadoras, em cumprimento à expressa prescrição da legislação tributária estadual, com a finalidade específica e exclusiva de coagi-la a proceder ao recolhimento do tributo, antes do nascimento do dever jurídico correlato, sob a rubrica Antecipação Tributária Sem Encerramento da Fase de Tributação"*. Alegou, ainda, que *"o punctum saliens, o cerne, o aspecto nuclear, enfim, a ferida da vexata quaestio, reside na injuridicidade do ato de autoridade, conducente à apreensão e à retenção de mercadorias, com a finalidade de coagir o contribuinte a pagar tributo"*. Conclui que *"a tarja infamante de CONTRIBUINTE INAPTO, instituída mediante simples decreto, traduz a execrável figura da sanção política"*. Ao final, requereu a concessão da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

segurança a fim de que a autoridade coatora seja obstada de "*proceder à apreensão de mercadorias, destinadas aos estabelecimentos da suplicante, devidamente acompanhadas da respectiva documentação fiscal, nos Postos Fiscais de Fronteira, nem retê-las, em poder da empresa transportadora, nos termos do art. 783 e parágrafos, do Decreto 21.400/2002, para fins de cobrança da antecipação tributária*". Requereu, ainda, a decretação da ilegalidade e/ou inconstitucionalidade do artigo 782, do Decreto nº 21.400/02 (Regulamento do ICMS do Estado de Sergipe).

Sobreveio decisão monocrática que, acolhendo a preliminar de coisa julgada suscitada pela autoridade coatora, extinguiu o feito sem julgamento do mérito.

Em sede de agravo regimental, os integrantes do Pleno do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe negaram provimento ao recurso, mantendo a extinção do feito sem "resolução" do mérito, por fundamento diverso do esposado na decisão monocrática, qual seja, a existência de litispendência. No voto-condutor do acórdão recorrido, restou assente que:

"Presentes os pressupostos autorizadores de admissibilidade do presente recurso, passo à análise do mérito da questão.

Insurge-se o Agravante contra a decisão monocrática emanada por esta relatoria que acolheu a preliminar de coisa julgada material, suscitada pelo agravado, e extinguiu sem julgamento do mérito o Mandado de Segurança nº 0241/2008.

Naquela oportunidade acolhi a preliminar de coisa julgada face à constatação da existência de duas outras ações mandamentais (MS 0283/2005 e MS 106/2007) julgadas pelo plenário deste egrégio Tribunal de Justiça e que apresentavam identidade entre partes, pedido e causa de pedir.

No primeiro mandamus (MS 283/2005), cuja relatoria coube a minha pessoa, ficou evidenciado a ausência de direito líquido e certo a ser amparado pela via do Mandado de Segurança, tendo em vista que a inclusão do nome do impetrante, como contribuinte inapto, no Regime Especial de Fiscalização decorreu, unicamente, do seu débito fiscal para com a Fazenda Pública.

Já o segundo mandamus (MS 106/2007), cuja relatoria coube a Desembargadora Josefa Paixão de Santana, foi extinto, por unanimidade, sem julgamento do mérito, face ao entendimento da configuração de coisa julgada material. Nesta oportunidade a relatora constatou a identidade partes, causa de pedir e pedido com aquele primeiro mandamus por mim relatado.

Pois bem. Como dito anteriormente, a decisão monocrática por mim



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exarada em novo mandado de segurança impetrado pelo Agravante acolheu a preliminar de coisa julgada em razão do julgamento anterior daqueles outros dois mandamus referidos acima, um dos quais extinto sob o mesmo fundamento de coisa julgada.

Ocorre que, o Agravante refuta minha decisão por entender que o instituto da coisa julgada material não restou configurado nos exatos termo do art. 467 do CPC. Isto porque as decisões emanadas nos mandamus supramencionados ainda estariam sujeitas a recurso ordinário ou extraordinário.

Melhor compulsando os autos, bem como o sistema de controle processual deste Tribunal, constato que, neste ponto, razão assiste ao Agravante.

Ora, há coisa julgada quando a repetição da ação acontece (mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido), e a primeira ação já se encontra acobertada pela coisa julgada material, decisão que não cabe mais qualquer recurso.

'Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.'

No caso em apreço observo que realmente as decisões proferidas por este egrégio Tribunal de Justiça nos Mandados de Segurança nº 283/2005 e 106/2007 encontram-se pendentes de recursos.

É dizer portanto que a decisão agravada deve ser modificada? Não deve a mesma ser mantida sendo que por outros fundamentos. Explico.

Apesar de não configurada o instituto da coisa julgada material, observo, neste momento, que em verdade o que ocorreu foi a configuração da litispendência.

Esta ocorre quando se repete ação idêntica a outra que já se encontra em andamento, possuindo as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. A consequência jurídica deste fato é a mesma da coisa julgada material, qual seja, a extinção do processo sem resolução de mérito (artigo 267, inciso V, CPC).

(...)

Assim, não obstante a não configuração da coisa julgada material, uma vez configurada a litispendência o mandamus deve ser extinto sem julgamento do mérito.

Frente às razões supra, conheço do recurso para lhe negar provimento, mantendo-se a decisão de extinção do feito sem julgamento do mérito, contudo em face da constatação da litispendência e não da coisa julgada material."

Em suas razões recursais, sustenta o impetrante que não resta configurada a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

litispendência no caso *sub examine*, uma vez que: **(i)** na Ação de Mandado de Segurança nº 283/2005 (Processo nº 2005107746), o pedido cinge-se à concessão da segurança "*a fim de determinar às autoridades coatoras desenquadrá-la da condição de CONTRIBUINTE INAPTO, não submetê-la ao Regime Especial de Fiscalização, bem como a não proceder à apreensão de mercadorias, destinadas a seu estabelecimento, ou, dele, saídas, acompanhadas da respectiva documentação fiscal, com a finalidade de obrigá-la a pagar o ICMS - ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA, sob o fundamento de ser responsável por débito fiscal, que está sendo discutido judicialmente*"; **(ii)** na Ação de Mandado de Segurança nº 106/2007 (Processo nº 2007106602), o pedido cinge-se à concessão da segurança "*a fim de determinar à autoridade coatora a (1) desenquadrá-la da condição de CONTRIBUINTE INAPTO - inclusive no dizente aos estabelecimentos filiais - como também, a não proceder à apreensão de mercadorias destinadas a seus estabelecimentos, acompanhadas da respectiva documentação fiscal, para fins de cobrança de Antecipação Tributária; e (2) suspender a aplicação e a execução das normas previstas no art. 782, caput, incisos e parágrafo único, do Decreto nº 21.400, até a prolação do julgamento de mérito, por serem imprestáveis, ante a ordem jurídica instituída pela Constituição Federal*"; e **(iii)** na presente Ação de Mandado de Segurança nº 241/2007 (Processo nº 2007115420), o pedido cinge-se à concessão da segurança "*a fim de determinar à autoridade coatora (1) a não proceder à apreensão de mercadorias destinadas a seus estabelecimentos da suplicante, devidamente acompanhadas da respectiva documentação fiscal, nos Postos Fiscais de Fronteira, nem retê-las, em poder da empresa transportadora, nos termos do art. 783 e parágrafos, do Decreto 21.400/2002, para fins de cobrança da antecipação tributária, acompanhadas da respectiva documentação fiscal, para fins de cobrança de Antecipação Tributária; e (2) suspender a aplicação e a execução das normas previstas no art. 782, caput, incisos e parágrafo único, do Decreto nº 21.400, até a prolação do julgamento de mérito, por serem imprestáveis, ante a ordem jurídica instituída pela Constituição Federal*". Sustenta que inexistente a tríple identidade apta a configurar a litispendência. Aduz, ainda, no que concerne à matéria de fundo, que a jurisprudência hodierna proscreve a utilização de sanção política como meio de coerção para o pagamento de tributo. Ao final, pugna pelo provimento do recurso ordinário, julgando-se procedente a pretensão deduzida na inicial, a fim de conceder a segurança pleiteada.

Apresentadas contra-razões pelo Estado de Sergipe, que defende a manutenção do acórdão recorrido, uma vez configurada a litispendência. Quanto à matéria de fundo, pugna



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pela constitucionalidade e legalidade da cobrança antecipada do ICMS.

O *parquet* federal opina pelo improvimento do recurso ordinário, ante a configuração da litispendência na hipótese dos autos.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 26.891 - SE (2008/0100530-0)

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. LITISPENDÊNCIA. TRÍPLICE IDENTIDADE. EXISTÊNCIA.

1. A litispendência (repropositura de ação que está em curso), assim como a coisa julgada, constitui pressuposto processual negativo que, uma vez configurado, implica na extinção do processo sem "resolução" do mérito (artigo 267, inciso V, do CPC).

2. A configuração da litispendência reclama a constatação de identidade das partes, da causa de pedir e do pedido ("tríplice identidade") das ações em curso (artigo 301, § 1º, do CPC).

3. *In casu*, além da identidade das partes e das causas de pedir, verifica-se que:

(i) a presente ação mandamental pleiteia que a autoridade coatora abstenha-se de proceder à apreensão de mercadorias destinadas aos estabelecimentos da empresa impetrante, que estejam devidamente acompanhadas da documentação fiscal, nos Postos Fiscais de Fronteira, bem como de retê-las em poder da empresa transportadora, nos termos do artigo 783 e parágrafos, do Decreto 21.400/2002, para fins de cobrança da antecipação tributária. Requer, ainda a suspensão da aplicação e da execução das normas previstas no artigo 782, *caput*, incisos e parágrafo único, do Decreto 21.400, até a prolação do julgamento de mérito;

(ii) no Mandado de Segurança 283/2005 (Processo nº 2005107746), o pedido cingiu-se à concessão da segurança "*a fim de determinar às autoridades coadoras desenquadrá-la da condição de CONTRIBUINTE INAPTO, não submetê-la ao Regime Especial de Fiscalização, bem como a não proceder à apreensão de mercadorias, destinadas a seu estabelecimento, ou, dele, saídas, acompanhadas da respectiva documentação fiscal, com a finalidade de obrigá-la a pagar o ICMS - ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA, sob o fundamento de ser responsável por débito fiscal, que está sendo discutido judicialmente*"; e

(iii) no Mandado de Segurança 106/2007 (Processo nº 2007106602), o pedido cingiu-se à concessão da segurança "*a fim de determinar à autoridade coatora a (1) desenquadrá-la da condição de CONTRIBUINTE INAPTO - inclusive no dizente aos estabelecimentos filiais - como também, a não proceder à apreensão de mercadorias destinadas a seus estabelecimentos, acompanhadas da respectiva documentação fiscal, para fins de cobrança de Antecipação Tributária; e (2) suspender a aplicação e a execução das normas previstas no art. 782, caput, incisos e parágrafo único, do Decreto nº 21.400, até a prolação do julgamento de mérito, por serem imprestáveis, ante a ordem jurídica instituída pela Constituição Federal*".

4. Destarte, revela-se evidente a litispendência entre as ações



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mandamentais confrontadas, impondo-se a extinção do presente feito sem "resolução" do mérito, à luz do artigo 267, V, do CPC, razão pela qual não merece reforma o acórdão regional.

5. Recurso ordinário desprovido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator): Não obstante cognoscível, a pretensão recursal não merece prosperar.

Com efeito, a litispendência (repropositura de ação que está em curso), assim como a coisa julgada, constitui pressuposto processual negativo que, uma vez configurado, implica na extinção do processo sem "resolução" do mérito (artigo 267, inciso V, do CPC).

A configuração da litispendência reclama a constatação de identidade das partes, da causa de pedir e do pedido ("tríplice identidade") das ações em curso (artigo 301, § 1º, do CPC).

In casu, além da identidade das partes e das causas de pedir, verifica-se que:

(i) a presente ação mandamental pleiteia que a autoridade coatora abstenha-se de proceder à apreensão de mercadorias destinadas aos estabelecimentos da empresa impetrante, que estejam devidamente acompanhadas da documentação fiscal, nos Postos Fiscais de Fronteira, bem como de retê-las em poder da empresa transportadora, nos termos do artigo 783 e parágrafos, do Decreto 21.400/2002, para fins de cobrança da antecipação tributária. Requer, ainda a suspensão da aplicação e da execução das normas previstas no artigo 782, *caput*, incisos e parágrafo único, do Decreto 21.400, até a prolação do julgamento de mérito;

(ii) no Mandado de Segurança 283/2005 (Processo nº 2005107746), o pedido cingiu-se à concessão da segurança *"a fim de determinar às autoridades coadoras desenquadrá-la da condição de CONTRIBUINTE INAPTO, não submetê-la ao Regime Especial de Fiscalização, bem como a não proceder à apreensão de mercadorias, destinadas a seu estabelecimento, ou, dele, saídas, acompanhadas da respectiva documentação fiscal, com a finalidade de obrigá-la a pagar o ICMS - ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA, sob o fundamento de ser responsável por débito fiscal, que está sendo discutido judicialmente"*; e

(iii) no Mandado de Segurança 106/2007 (Processo nº 2007106602), o pedido cingiu-se à concessão da segurança *"a fim de determinar à*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

autoridade coatora a (1) desenquadrá-la da condição de CONTRIBUINTE INAPTO - inclusive no dizente aos estabelecimentos filiais - como também, a não proceder à apreensão de mercadorias destinadas a seus estabelecimentos, acompanhadas da respectiva documentação fiscal, para fins de cobrança de Antecipação Tributária; e (2) suspender a aplicação e a execução das normas previstas no art. 782, caput, incisos e parágrafo único, do Decreto nº 21.400, até a prolação do julgamento de mérito, por serem imprestáveis, ante a ordem jurídica instituída pela Constituição Federal".

Destarte, revela-se evidente a litispendência entre as ações mandamentais confrontadas, impondo-se a extinção do presente feito sem "resolução" do mérito, à luz do artigo 267, V, do CPC, razão pela qual não merece reforma o acórdão regional.

Com essas considerações, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2008/0100530-0 PROCESSO ELETRÔNICO RMS 26.891 / SE

Números Origem: 1062007 2007106602 2007115420 2008101611 2412007 2832005 72008

PAUTA: 22/02/2011

JULGADO: 22/02/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LUIZ FUX**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretária

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FINO GOSTO LTDA
ADVOGADO : JOSÉ RINALDO FEITOZA ARAGÃO
RECORRIDO : ESTADO DE SERGIPE
PROCURADOR : GILDA BOA MORTE CAFÉ E OUTRO(S)

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

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 recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Arnaldo Esteves Lima, Benedito Gonçalves (Presidente) e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator.