



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 36.846 - RJ
(2011/0305811-0)**

RELATOR : MINISTRO ARI PARGENDLER
AGRAVANTE : FAST SHOP COMERCIAL LTDA
ADVOGADO : LEONARDO BRAUNE E OUTRO(S)
AGRAVADO : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : CLÁUDIA DE AZEVEDO E OUTRO(S)

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIDADE COATORA. OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA SUJEITA AO REGIME DO LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.

No regime do lançamento por homologação, a iminência de sofrer o lançamento fiscal acaso não cumpra a legislação de regência autoriza o sujeito passivo da obrigação tributária a impetrar mandado de segurança contra a exigência que considera indevida.

Autoridade coatora, nesse caso, é aquela que tem competência para o lançamento *ex officio*, que certamente não é o Secretário de Estado da Fazenda.

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 Arnaldo Esteves Lima (Presidente), Napoleão Nunes Maia Filho e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki.

Brasília, 27 de novembro de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO ARI PARGENDLER
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 36.846 - RJ
(2011/0305811-0)**

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO ARI PARGENDLER (Relator):

O agravo regimental ataca a seguinte decisão, da lavra do Ministro Francisco Falcão:

"Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança impetrado por FAST SHOP COMERCIAL LTDA contra ato do Secretário de Estado de Fazenda do Rio de Janeiro consistente na aplicação de restrições impostas para o gozo de benefício tributário instituído pelo Decreto Estadual nº 42.677/2010. O Tribunal de Justiça extinguiu o feito, sem resolução de mérito, por ilegitimidade da autoridade apontada como coatora, em acórdão assim ementado:

DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA ATO DO SECRETÁRIO DE ESTADO DA FAZENDA. PRETENSÃO DE OBTENÇÃO DE BENEFÍCIO TRIBUTÁRIO INSTITUÍDO PELO DECRETO ESTADUAL N. 42.677/10. ATO NORMATIVO QUE DISPÕE EXPRESSAMENTE, NO PARÁGRAFO 3º DO ART. 1º, COMPETIR À SUBSECRETÁRIA ADJUNTA DE FISCALIZAÇÃO O EXAME DA SOLICITAÇÃO FEITA PELO CONTRIBUINTE. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DA AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA. INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA ENCAMPAÇÃO, SOB PENA DE AMPLIAÇÃO INDEVIDA DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, NOS TERMOS DO ART. 267, VI, DO CPC (fl. 199).

A impetrante visa a declaração do direito à compensação das exações recolhidas a maior, desde a data da publicação do Decreto Estadual n.º 42.677/2010, e o gozo dos benefícios fiscais ali instituídos, sem a observância das exigências constantes em seus artigos 1º e 2.º, § 1º, que condicionam a inaplicabilidade do regime de Substituição Tributária à comprovação da regularidade fiscal e cadastral do contribuinte e a inscrição do estabelecimento no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado, a partir de 01/07/2010.

Para tanto sustenta a violação ao livre exercício da atividade comercial e aos princípios da isonomia e da inafastabilidade do Poder Judiciário para cobrança de dívidas, dispostos no art. 105, II, 5º, incisos XIII e XXXV e 170, parágrafo único, da Constituição Federal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A medida liminar foi indeferida às fls. 95-96.

Informações do Secretário de Estado de Fazenda do Estado do Rio de Janeiro às fls. 119-127, alegando a sua ilegitimidade passiva.

A empresa alega nas razões do recurso ordinário que, diante da pouca clareza da nova Lei do Mandado de Segurança na conceituação de autoridade coatora, há de prevalecer a tese de que é a pessoa jurídica de direito público, a qual se vincula o agente que praticou o ato impugnado, que deve figurar no polo passivo da ação mandamental. Sustenta que o Tribunal a quo desconsiderou os princípios da instrumentalidade e da celeridade processual, pois diante da equivocada indicação da autoridade coatora deveria ter determinado a emenda da inicial.

A Fazenda Pública apresentou suas contrarrazões às fls. 241-249 em defesa dos fundamentos do acórdão recorrido, afirmando que a competência para prática do ato impugnado ou para ordená-lo é exclusivamente do Subsecretário Adjunto de Fiscalização.

O Ministério Público Federal absteve-se de apresentar parecer por entender que não há interesse a justificar sua intervenção como custos legis (fl. 261).

Relatados, decido.

O mandado de segurança é dirigido contra o Secretário Estadual de Fazenda e tem como fundamento suposta inconstitucionalidade do Decreto Estadual n.º 42.677/2010.

Verifica-se, portanto, que a impetrante não aponta um ato administrativo concreto que tenha sido praticado pela autoridade tida como coatora. Tal ato, ademais, seria da competência do Subsecretário Adjunto de Fiscalização, conforme está previsto no referido decreto:

Art. 1º Não se aplica a substituição tributária na saída de produtos de informática e eletroeletrônicos relacionados nos Capítulos 84, 85 e 90 e os classificados na posição 4821 e subitens 3705.90.10, 3926.90.90, 6909.12.20, 6909.19.20 e 7104.90.00 da Nomenclatura Comum do MERCOSUL - NCM, quando destinados a estabelecimento atacadista ou distribuidor localizado no Estado do Rio de Janeiro, qualificado como sujeito passivo por substituição na forma deste Decreto, conforme ato publicado no Diário Oficial do Estado, observadas as demais disposições previstas neste Decreto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

§ 1º Ao estabelecimento referido no caput deste artigo não se aplicam os benefícios constantes do Decreto nº 33.981, de 29 de setembro de 2003, e do Decreto nº 42.649, de 05 de outubro de 2010.

§ 2º A publicação de que trata o caput deste artigo será realizada por ato da Secretaria de Estado da Fazenda – SEFAZ, mediante solicitação do contribuinte, e desde que comprovada sua regularidade fiscal e cadastral.

§ 3º A solicitação de que trata o § 2º deste artigo será apresentada na Subsecretaria Adjunta de Fiscalização, a qual verificará a regularidade fiscal e cadastral do contribuinte com base nos sistemas informatizados da SEFAZ e, se for o caso, o intimará para regularização, nos termos estabelecidos no § 4º deste artigo.

Note-se que a ausência de um ato concreto impede que se cogite da aplicação da teoria da encampação, já que autoridade hierarquicamente superior, apontada como coatora nos autos de mandado de segurança, jamais poderia, ao prestar as informações, defender o mérito de um ato inexistente, como de fato não se fez no presente caso. É que tal teoria pressupõe ato efetivamente praticado por autoridade legítima e competente, o que não ocorreu no caso dos autos.

Há ainda outro impedimento ao acatamento da teoria da encampação.

Não pode a aplicação desse entendimento resultar em modificação da competência jurisdicional. Ora, segundo o texto da Constituição Estadual, o Tribunal de Justiça é competente para processar e julgar mandado de segurança contra ato do Secretário de Estado (art. 161, inciso IV, alínea "e", item n.º 5), mas não o é se o ato impugnado emana de autoridade subalterna.

A propósito, conferir os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA FRENTE. PRETENSÃO DE RESTITUIÇÃO FUNDADA NO SUPOSTO RECOLHIMENTO A MAIOR DO TRIBUTO. AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA. SECRETÁRIO DE ESTADO DA FAZENDA. AFASTAMENTO DA PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM.

1. Consoante leciona Hely Lopes Meirelles, "numa imposição fiscal ilegal, atacável por mandado de segurança, o coator não é nem o Ministro ou o Secretário da Fazenda que expede



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

instruções para a arrecadação de tributos, nem o funcionário subalterno que científica o contribuinte da exigência tributária; o coator é o chefe do serviço que arrecada o tributo e impõe as sanções fiscais respectivas, usando do seu poder de decisão". ("Mandado de Segurança", 27ª edição, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 60). Por outro lado, de acordo com a teoria da encampação, adotada por este Superior Tribunal de Justiça, a autoridade hierarquicamente superior, apontada como coatora nos autos de mandado de segurança, que adentra o mérito da ação mandamental ao prestar informações, torna-se legitimada para figurar no pólo passivo do writ.

2. No Estado do Rio Grande do Sul, conforme consta do acórdão recorrido, por força dos arts. 96 e 194, do Código Tributário Nacional, e 14, I, do Decreto 37.297/97, é do Diretor da Receita Pública Estadual a competência para a prática de atos relacionados com a fiscalização e a imposição tributária. Ocorre que, embora não possuindo, a princípio, legitimidade para a correção de eventual ilegalidade ou abuso de poder, o Secretário de Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul, apontado como autoridade coatora, adentrou o mérito do mandado de segurança, tornando-se legitimado, assim, para figurar no pólo passivo da ação mandamental.

3. Recurso ordinário provido para, afastando a preliminar de ilegitimidade passiva ad causam da autoridade indicada como coatora, determinar que a Corte de origem prossiga na apreciação do presente feito quanto aos demais aspectos, inclusive no tocante à alegação de litispendência (RMS 17.948/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/03/2007, DJU de 02/04/2007).

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA FRENTE. FATO GERADOR PRESUMIDO. VENDA REALIZADA A PREÇO MENOR DO QUE O UTILIZADO COMO BASE DE CÁLCULO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SECRETÁRIO DE ESTADO DA FAZENDA DO RIO DE JANEIRO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. EXTINÇÃO DO FEITO.

1. A impetrante objetiva ver reconhecido seu direito de aplicar aos cinco últimos exercícios as disposições da Lei Estadual nº 3.889/02 - que permitiria a restituição, ainda que sob a forma de compensação, de crédito de ICMS porventura decorrente de mercadoria comercializada em valor inferior ao presumido para a operação sujeita ao regime de substituição tributária.

2. A pretensão está à margem da competência atribuída ao Secretário da Fazenda Estadual, pois, segundo a legislação estadual aplicável, não é ele quem lança ou cobra os tributos estaduais, assim como também não é o responsável por autorizar a compensação tributária almejada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Também não cabe invocar a Teoria da Encampação. A Primeira Seção, ao apreciar o MS nº 10.484/DF, em 24.08.05, traçou os requisitos mínimos para a sua aplicação. Ficou esclarecido, na oportunidade, que a tese somente incide se: (a) houver vínculo hierárquico entre a autoridade erroneamente apontada e aquela que efetivamente praticou o ato ilegal; (b) a extensão da legitimidade não modificar regra constitucional de competência; (c) for razoável a dúvida quanto à legitimação passiva na impetração; e (d) houver a autoridade impetrada defendido a legalidade do ato impugnado, ingressando no mérito da ação de segurança.

4. A dúvida fundada que legitima tal teoria ocorre quando o mandado de segurança é impetrado, por exemplo, contra o delegado da receita estadual, embora a legislação de regência atribua a um diretor de arrecadação a responsabilidade pelo controle da receita tributária no Estado. Não é o caso dos autos, pois a indicação do Secretário da Fazenda Estadual como legitimado passivo para o mandamus configura erro inescusável, não havendo espaço para a encampação do ato coator.

5. Ainda que assim não fosse, há um outro fator que impede a adoção da teoria, qual seja, o fato de que o Secretário de Estado tem foro especial por prerrogativa de função, de modo que aceitar a encampação do ato importaria, em última análise, na modificação de regra de competência fixada na Constituição do Estado.

6. Assim, estão ausentes dois dos requisitos necessários à aplicação válida da Teoria da Encampação: (a) inexistência de modificação de regra constitucional de competência e (b) dúvida razoável quanto à legitimação passiva na impetração.

7. Preliminar de ilegitimidade passiva da autoridade coatora acolhida.

8. Extinção do mandado de segurança sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, IV e VI, do CPC (RMS 20.471/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/06/2009, DJe de 17/06/2009).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VALORES PAGOS A MAIOR. RESTITUIÇÃO. SECRETÁRIO DE FAZENDA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. INAPLICABILIDADE.

1. Hipótese em que a empresa pretende a restituição de valores indevidamente recolhidos a título de ICMS no regime de substituição tributária "para frente". Impetrou writ contra o Secretário de Fazenda. O TJ extinguiu o feito sem julgamento de mérito, por ilegitimidade passiva.

2. O Diretor do Departamento de Receita Pública é a autoridade responsável pela fiscalização e imposição tributária no Rio Grande do Sul, nos termos do art. 14 do Decreto Estadual



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

37.297/1997. O Secretário de Fazenda secunda o Governador na elaboração e implantação das políticas fiscais, o que não se confunde com lançamento, cobrança de ICMS ou análise de pedidos de restituição.

3. Inviável aplicar a Teoria da Encampação, pois haveria ampliação indevida da competência originária do Tribunal de Justiça. Precedentes do STJ.

4. Nos termos do art. 95, XII, "b", da Constituição Estadual, o TJ julga originariamente Mandado de Segurança impetrado contra Secretários de Estado, mas não contra Diretor de Receita Pública.

5. Não procede o argumento a favor da legitimidade passiva do Secretário de Estado, a pretexto de que seria responsável por dar cumprimento à legislação tributária local. O Governador, assim como diversos outros agentes públicos, tem o dever de respeitar e fazer cumprir a legislação, mas nem por isso confunde-se com autoridade coatora para fins de impetração do mandamus, que deve ser direcionado ao agente que efetivamente realiza o ato impugnado e tem competência para revertê-lo.

6. Recurso Ordinário não provido (RMS 18.563/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/03/2009, DJe de 24/03/2009).

Ante o exposto, com esteio no artigo 557, caput, do CPC, NEGO SEGUIMENTO ao recurso ordinário." (fl. 263/267).

A teor do recurso, *in verbis*:

"Acerca da ausência de apontamento de autoridade coatora e a suposta ausência de ato concreto a ensejar a reparação do direito líquido e certo da Agravante, concessa maxima venia, tal fundamento não pode prosperar, uma vez que acerca da legitimidade passiva em sede de mandado de segurança, este tema, ou melhor, esta razão de decidir, constitui objeto de grande celeuma, tanto no âmbito doutrinário, como na jurisprudência pátria, e uma razão principal pode ser destacada para contribuir na discussão quanto à pessoa que deve figurar no pólo passivo do mandamus, a saber: o emaranhado administrativo das pessoas jurídicas que prejudica a correta identificação da autoridade responsável (...).

.....

Na perfunctória análise da recente Lei do Mandado de Segurança, Lei nº 12.016/2009, verifica-se que optou por considerar "autoridade coatora" aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a prática desse (...).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

.....

Dessa forma, é absolutamente razoável que o poder de mando dentro da estrutura administrativa da Secretaria Estadual de Fazenda pertença ao próprio Secretário Estadual. E não poderia ser diferente já que este agente é hierarquicamente superior a todos os outros servidores deste mesmo órgão do estado recorrido.

.....

Destarte, conclui-se que o Sr. Secretário de Estado da Fazenda tem legitimidade para figurar como autoridade coatora decorrente das descabidas imposições que se pretende anular, uma vez que possui poder de mando, podendo inclusive determinar seu desfazimento por ordem emanada pelo Poder Judiciário, sem prejuízo ainda pela desconsideração do princípio da instrumentalidade e celeridade processual, dado que o julgador da decisão impugnada deveria intimar a Impetrante, ora Recorrente, a retificar o suposto apontamento equivocado do agente coator, sem prejuízo, ainda, de remeter os autos para o juízo competente, dado a hipótese de ser outro agente administrativo o que praticou ato ilegal ou abusivo" (fl. 276/283).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 36.846 - RJ
(2011/0305811-0)**

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO ARI PARGENDLER (Relator):

No regime do lançamento por homologação, a iminência de sofrer o lançamento fiscal acaso não cumpra a legislação de regência autoriza o sujeito passivo da obrigação tributária a impetrar mandado de segurança contra a exigência que considera indevida.

Autoridade coatora, nesse caso, é aquela que tem competência para o lançamento *ex officio*, que certamente não é o Secretário de Estado da Fazenda.

Voto, por isso, no sentido de negar provimento ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2011/0305811-0

AgRg no
RMS 36.846 / RJ

Números Origem: 013342010 201000401334 201114000137 619696520108190000

EM MESA

JULGADO: 27/11/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ARI PARGENDLER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ARNALDO ESTEVES LIMA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO RODRIGUES DOS SANTOS SOBRINHO**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FAST SHOP COMERCIAL LTDA
ADVOGADO : AURÉLIO ROCHA DOS SANTOS E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : CLÁUDIA DE AZEVEDO E OUTRO(S)

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : FAST SHOP COMERCIAL LTDA
ADVOGADO : LEONARDO BRAUNE E OUTRO(S)
AGRAVADO : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : CLÁUDIA DE AZEVEDO 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 Arnaldo Esteves Lima (Presidente), Napoleão Nunes Maia Filho e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki.