



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**EDcl no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 38.530 - MS
(2012/0139572-3)**

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS
EMBARGANTE : ASSOCIAÇÃO GAÚCHA DE VINICULTORES - AGAVI
ADVOGADO : ALYSSON ROCHA E OUTRO(S)
EMBARGADO : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADOR : FERNANDO CESAR C ZANELE E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. INSTRUMENTALIDADE RECURSAL. ICMS. INSURGÊNCIA CONTRA A COBRANÇA DE TRIBUTO. DECRETO 13.162/2011. ATO ATRIBUÍDO AO SECRETÁRIO DE ESTADO DE FAZENDA. ILEGITIMIDADE PASSIVA CARACTERIZADA.

1. É possível receber os embargos de declaração como agravo regimental, em homenagem à fungibilidade recursal e à economia processual, quando nítido o caráter infringente. Precedente: EDcl na Rcl 5.932/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 29.5.2012.

2. Em casos idênticos ao dos autos, a jurisprudência se firmou no sentido da ilegitimidade da autoridade apontada como coatora, uma vez que não ostenta legitimidade para responder mandado de segurança impetrado contra atos concretos levados a efeito pelo fisco estadual. Precedentes: AgRg no RMS 38.355/MS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 25.6.2013, DJe 2.8.2013; AgRg no RMS 39.284/MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 11.6.2013, DJe 24.6.2013.

Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, mas improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA Turma do Superior Tribunal de Justiça "A Turma, por unanimidade, recebeu os embargos de declaração como agravo regimental e negou-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques (Presidente) e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 07 de outubro de 2014(Data do Julgamento).

MINISTRO HUMBERTO MARTINS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**EDcl no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 38.530 - MS
(2012/0139572-3)**

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS
EMBARGANTE : ASSOCIAÇÃO GAÚCHA DE VINICULTORES - AGAVI
ADVOGADO : ALYSSON ROCHA E OUTRO(S)
EMBARGADO : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADOR : FERNANDO CESAR C ZANELE E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Cuida-se de embargos de declaração opostos por ASSOCIAÇÃO GAÚCHA DE VINICULTORES - AGAVI contra decisão assim ementada (fls.389-392, e-STJ):

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. INSURGÊNCIA CONTRA A COBRANÇA DE TRIBUTO. DECRETO 13.162/2011. ATO ATRIBUÍDO AO SECRETÁRIO DE ESTADO DE FAZENDA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. RECURSO ORDINÁRIO IMPROVIDO."

A embargante alega que:

"Destarte, a presente ação mandamental não se opõe contra lei em tese, tampouco objetiva a declaração de inconstitucionalidade do Decreto nº 13.162/2011, visando, a bem da verdade, a declaração de um direito, líquido e certo, dos contribuintes, de não recolherem tributo manifestamente ilegal.

Contudo, as razões recursais foram completamente ignoradas pelo Relator que, através de decisão monocrática, julgou extra petita, manifestando-se pela ilegitimidade das autoridades coatoras apontadas para figurar no polo passivo do mandado de segurança, omitindo-se acerca de toda a fundamentação do Recurso.

Desta feita, omissa a decisão monocrática, que manteve a decisão de extinção do feito, sem resolução de mérito, sob outros fundamentos que não os apontados em sede recursal, que dá ensejo aos presentes aclaratórios.

Como referido, em 27 de abril de 2011, o Governador do Estado do Mato Grosso do Sul editou o Decreto n.º 13.162, cuja publicação no DOE ocorreu no dia 28 de abril de 2011, instituindo cobrança adicional de ICMS em relação a mercadorias ou bens que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ingressam no Estado, oriundas de outras unidades da Federação, independentemente destas serem ou não signatárias do Protocolo nº 21, quando adquiridas por meio de internet, telemarketing, showroom ou qualquer outra modalidade não presencial.

As empresas associadas à Embargante, que realizam vendas a consumidores finais, não contribuintes de ICMS, com residência no Estado do Mato Grosso do Sul, nos moldes previstos no Decreto nº 13.162/2011, restaram, em razão do referido Decreto, sujeitas ao recolhimento do ICMS, nos termos do art. 1º do indigitado Decreto.

Tal “adicional” de ICMS é inconstitucional e ilegal, pois o tributo em questão tem sua regra matriz fixada pela Constituição Federal e regulamentada pela Lei Complementar no. 87/96 e, como tal, o ICMS incidente sobre estas operações é integralmente recolhido no Estado de Origem, com aplicação da alíquota interna.

Assim, busca, a Embargante, uma decisão declaratória que reconheça o direito de seus associados de não recolher o ICMS nos termos do Decreto nº 13.162/2011.” (fls.400-401, e-STJ).

Pugna pelo acolhimento dos aclaratórios.

A parte embargada apresentou manifestação (fls.409-415, e-STJ).

É, no essencial, o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**EDcl no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 38.530 - MS
(2012/0139572-3)**

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. INSTRUMENTALIDADE RECURSAL. ICMS. INSURGÊNCIA CONTRA A COBRANÇA DE TRIBUTO. DECRETO 13.162/2011. ATO ATRIBUÍDO AO SECRETÁRIO DE ESTADO DE FAZENDA. ILEGITIMIDADE PASSIVA CARACTERIZADA.

1. É possível receber os embargos de declaração como agravo regimental, em homenagem à fungibilidade recursal e à economia processual, quando nítido o caráter infringente. Precedente: EDcl na Rcl 5.932/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 29.5.2012.

2. Em casos idênticos ao dos autos, a jurisprudência se firmou no sentido da ilegitimidade da autoridade apontada como coatora, uma vez que não ostenta legitimidade para responder mandado de segurança impetrado contra atos concretos levados a efeito pelo fisco estadual. Precedentes: AgRg no RMS 38.355/MS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 25.6.2013, DJe 2.8.2013; AgRg no RMS 39.284/MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 11.6.2013, DJe 24.6.2013.

Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, mas improvido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

De início, registro que os embargos de declaração são recebidos como agravo regimental, em homenagem à fungibilidade recursal e à economia processual.

Neste sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONHECIDOS COMO REGIMENTAL. PRINCÍPIOS DA FUNGIBILIDADE E DA ECONOMIA PROCESSUAL.

1. O Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sentido de conhecer dos embargos de declaração como agravo regimental em razão da nítida pretensão infringente que deles emerge, prestigiando os princípios da fungibilidade e da economia processual.

2. As hipóteses de cabimento da reclamação são estritas e podem ser assim resumidas: (I) preservação da competência constitucional do Superior Tribunal de Justiça; (II) manutenção da autoridade das decisões proferidas nesta Corte Superior, (III) adequação do entendimento adotado em acórdãos de Turma Recursais Estaduais ao entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, regulada na Resolução STJ n. 12/2009.

3. Na hipótese dos autos, a presente reclamação foi proposta com o objetivo de preservar a competência do Superior Tribunal de Justiça em face de julgamento proferido por Turma Recursal do Juizado Especial Federal o que, por si só, afasta a possibilidade de conhecimento da pretensão, pois a reclamação somente poderia ter sido apresentada contra julgado de Turmas Recursais de Juizados Especiais Estaduais.

4. Por outro lado, admite-se a reclamação apenas para dirimir divergência relativa a regras de direito material, e não em relação à questão processual.

5. Embargos de declaração conhecidos como regimental, ao qual se nega provimento."

(EDcl na Rcl 5.932/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 23.5.2012, DJe 29.5.2012.)

Não prospera a pretensão recursal.

Isso porque, em casos idênticos ao dos autos, a jurisprudência se firmou no sentido da ilegitimidade da autoridade apontada como coatora, uma vez que não ostenta legitimidade para responder mandado de segurança impetrado contra atos concretos levados a efeito pelo fisco estadual.

A propósito:

"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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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."

(AgRg no RMS 38.355/MS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 25.6.2013, DJe 2.8.2013.)

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTUAÇÃO FISCAL. AUTORIDADES COATORAS. GOVERNADOR E SECRETÁRIO DE ESTADO. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. ARGUMENTO DE QUE O MANDAMUS TEM POR OBJETO AS DISPOSIÇÕES DE DECRETO ESTADUAL. SÚMULA 266/STF.

1. O Governador do Estado de Mato Grosso do Sul e seu Secretário de Estado da Fazenda não possuem legitimidade passiva para figurarem como autoridades coatoras em Mandado de Segurança que discute incidência de ICMS e apreensão de mercadorias pelo não pagamento do tributo.

2. O simples fato de a ação fiscal estar pautada em Decreto baixado pelo Governador de Estado não o torna legitimado passivo para os Mandados de Segurança que discutem ilegalidade de autuação (RMS 13.976/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 17/11/2003, p. 240); RMS 37.270/MS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 22/04/2013).

3. Afastada a legitimidade passiva ad causam, o Tribunal de Justiça local deixa de ser competente para o julgamento do feito, consoante o art. 114, II, "b", da Constituição Estadual, o que impossibilita a aplicação da Teoria da Encampação. Precedentes do STJ.

4. O argumento de que o mandamus tem por objeto unicamente a legalidade do Decreto 13.162/2011 em nada favorece o contribuinte, uma vez que não cabe Mandado de Segurança contra norma geral e abstrata (Súmula 266/STF).

5. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no RMS 39.284/MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 11.6.2013, DJe 24.6.2013.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por derradeiro o magistrado não é obrigado a responder todas as alegações das partes se já tiver encontrado motivo suficiente para fundamentar a decisão, nem é obrigado a ater-se aos fundamentos por elas indicados. Desse modo, não há falar em decisão *extra petita*.

Ante o exposto, recebo os embargos de declaração como agravo regimental, mas nego-lhe provimento.

É como penso. É como voto.

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2012/0139572-3 PROCESSO ELETRÔNICO RMS **EDcl no 38.530 / MS**

Número Origem: 20110255836

PAUTA: 07/10/2014

JULGADO: 07/10/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ROBERTO LUIS OPPERMANN THOMÉ**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ASSOCIAÇÃO GAÚCHA DE VINICULTORES - AGAVI
ADVOGADO : ALYSSON ROCHA E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADOR : FERNANDO CESAR C ZANELE E OUTRO(S)

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

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE : ASSOCIAÇÃO GAÚCHA DE VINICULTORES - AGAVI
ADVOGADO : ALYSSON ROCHA E OUTRO(S)
EMBARGADO : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADOR : FERNANDO CESAR C ZANELE E OUTRO(S)

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, recebeu os embargos de declaração como agravo regimental e negou-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques (Presidente) e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.