



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 45.274 - MS
(2014/0063181-7)**

RELATORA : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
AGRAVANTE : INDÚSTRIA CERÂMICA FRAGNANI LTDA
ADVOGADOS : MICHELE GARCIA KRAMBECK
NOEDY DE CASTRO MELLO E OUTRO(S)
AGRAVADO : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADOR : FERNANDO CESAR C ZANELE E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. DECRETO ESTADUAL 13.162/2011 E PROTOCOLO CONFAZ 21/2011. ILEGITIMIDADE DO SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO DO MANDADO DE SEGURANÇA, POR SE TRATAR DE IMPETRAÇÃO QUE VISA EVITAR A PRÁTICA DE LANÇAMENTO FISCAL. PRECEDENTES.

I. A Primeira Seção do STJ, ao julgar o MS 4.839/DF (Rel. Ministro ARI PARGENDLER, DJU de 16/02/1998), deixou anotado que "a autoridade coatora, no mandado de segurança, é aquela que pratica o ato, não a que genericamente orienta os órgãos subordinados a respeito da aplicação da lei no âmbito administrativo; mal endereçado o **writ**, o processo deve ser extinto sem julgamento de mérito".

II. Especificamente em mandados de segurança análogos, oriundos do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, a Segunda Turma do STJ, ao julgar, sob a relatoria do Ministro ARI PARGENDLER, tanto o RMS 40.373/MS (DJe de 14/05/2013), quanto o RMS 38.960/MS (DJe de 22/05/2013), proclamou que o respectivo Secretário de Estado da Fazenda não está legitimado a figurar, como autoridade coatora, em mandados de segurança que visam evitar a prática de lançamento fiscal. A Primeira Turma do STJ, ao julgar igualmente o RMS 37.270/MS (Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, DJe de 22/04/2013), decidiu, ao apreciar espécie análoga, que não compete diretamente ao Secretário da Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul, mas, sim, aos Agentes Fiscais, a fiscalização e a cobrança do ICMS, na hipótese prevista no Decreto Estadual 13.162/2011 e no Protocolo CONFAZ 21/2011, conforme a inteligência dos arts. 219, § 1º, incisos I e II, da Lei Estadual 1.810/97 (Código Tributário Estadual), e 123, §§ 1º, 2º e 3º, do Decreto Estadual 9.203/1998 (Regulamento do ICMS).

III. No caso, é inaplicável a teoria da encampação, na medida em que a indevida presença do Secretário de Estado da Fazenda no polo passivo do mandado de segurança modifica a regra de competência jurisdicional, disciplinada pela Constituição Estadual (art. 114, II, b).

IV. Agravo Regimental improvido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora.

Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques (Presidente) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 05 de agosto de 2014 (data do julgamento).

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 45.274 - MS
(2014/0063181-7)**

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de Agravo Regimental, interposto por INDÚSTRIA CERÂMICA FRAGNANI LTDA, contra decisão através da qual extingui o processo deste Mandado de Segurança, sem resolução do mérito, por considerar que o Secretário da Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul não possui legitimidade para figurar, como autoridade impetrada, no polo passivo da relação processual, e, por conseguinte, julguei prejudicado o Recurso Ordinário, nos seguintes termos, **in verbis**:

"Trata-se de Recurso Ordinário, interposto por INDÚSTRIA CERÂMICA FRAGNANI LTDA, com fundamento no art. 105, II, **b**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, que, nos termos da seguinte ementa, denegou o Mandado de Segurança ali ajuizado originariamente:

'MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO - OPERAÇÕES INTERESTADUAIS - ICMS - CONSUMIDOR FINAL NÃO CONTRIBUINTE DO IMPOSTO - VENDA NÃO PRESENCIAL - INCIDÊNCIA DO DECRETO ESTADUAL 13.162/2011 - DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE PELO ÓRGÃO ESPECIAL - SEGURANÇA DENEGADA.

A arrecadação do ICMS com fulcro no Decreto Estadual 13.162/2011 não inova o ordenamento jurídico, pois está em conformidade com o disposto nos artigos 4º, 11 e 13 da Lei Complementar 87/96, bem como no Decreto Estadual 13.162/2011, já declarado constitucional pelo Órgão Especial deste Tribunal' (fl. 175e).

A impetrante sustenta, nas razões de seu Recurso Ordinário, a inconstitucionalidade do Decreto 13.162/2011, do Estado de Mato Grosso do Sul, bem como do Protocolo CONFAZ 21/2011, que embasam a cobrança de ICMS sobre operações interestaduais em que o consumidor final adquire, em seu próprio Estado, a mercadoria oferecida pelo vendedor por meio de internet, telemarketing ou showroom.

Às fls. 253/290e, foram juntadas as contrarrazões ao Recurso Ordinário.

O Ministério Público Federal manifesta-se pelo improvimento do Recurso Ordinário, através do parecer de fls. 306/307e.

Em mandados de segurança ajuizados originariamente perante o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, a Segunda



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Turma do STJ, ao julgar, sob a relatoria do Ministro ARI PARGENDLER, tanto o RMS 40.373/MS (DJe de 14/05/2013), quanto o RMS 38.960/MS (DJe de 22/05/2013), proclamou que o Secretário de Estado da Fazenda não está legitimado a figurar como autoridade coatora em mandados de segurança que visam evitar a prática de lançamento fiscal.

Consoante ficou assentado nos retromencionados precedentes da Segunda Turma, '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 *presentada* no processo se houver correlação material entre as atribuições funcionais da autoridade coatora e o objeto litigioso; essa identificação depende de saber, à luz do direito administrativo, *qual o órgão encarregado de defender o ato atacado pela impetração*' (RMS 40.373/MS, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, DJe de 14/05/2013; RMS 38.960/MS, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, DJe de 22/05/2013).

Também a Primeira Turma do STJ, ao julgar o RMS 37.270/MS (Rel. Ministro Benedito Gonçalves, DJe de 22/04/2013), enfrentou situação semelhante à dos presentes autos, ocasião em que decidiu que não compete diretamente ao Secretário da Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul, mas, sim, aos Agentes Fiscais, a fiscalização e a cobrança do ICMS, na hipótese prevista no Decreto Estadual 13.162/2011 e no Protocolo CONFAZ 21/2011, conforme a inteligência dos arts. 219, § 1º, incisos I e II, da Lei Estadual 1.810/97 (Código Tributário Estadual), e 123, §§ 1º, 2º e 3º, do Decreto Estadual 9.203/1998 (Regulamento do ICMS).

No supracitado precedente, a Primeira Turma considerou ser inaplicável, na espécie, a teoria da encampação, na medida em que a indevida presença do Secretário de Estado da Fazenda no polo passivo do mandado de segurança modifica a regra de competência jurisdicional disciplinada pela Constituição Estadual (art. 114, II, b).

Transcreve-se, por ser bastante oportuna, a ementa do referido precedente da Primeira Turma do STJ:

'PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ORDINÁRIO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. INSURGÊNCIA CONTRA A COBRANÇA DE TRIBUTO. DECRETO 13.162/2011 (PROTOCOLO 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' (STJ, RMS 37.270/MS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, SEGUNDA TURMA, DJe de 22/04/2013).

Ante o exposto, nos termos do art. 267, VI, do CPC, declaro a extinção do processo, sem resolução do mérito, por ilegitimidade passiva da autoridade impetrada, e julgo prejudicado o Recurso Ordinário" (fls. 309/311e).

A impetrante sustenta, nas razões de seu Recurso Ordinário, a inconstitucionalidade do Decreto 13.162/2011, do Estado de Mato Grosso do Sul, bem como do Protocolo CONFAZ 21/2011, que embasam a cobrança de ICMS sobre operações interestaduais em que o consumidor final adquire, em seu próprio Estado, a mercadoria oferecida pelo vendedor por meio de internet, telemarketing ou showroom.

Já nas razões de seu Agravo Regimental, a impetrante defende que a eleição do Secretário de Estado da Fazenda como autoridade coatora estaria resguardada pela jurisprudência, não havendo qualquer equívoco por conta das responsabilidades funcionais da dita autoridade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A impetrante acrescenta, em defesa de sua tese, que foi o próprio Secretário de Estado da Fazenda quem assinou o Protocolo CONFAZ 21/2001, e menciona um precedente do Tribunal de origem, para justificar sua alegação de que estaria correta a indicação do Secretário Estadual da Fazenda como autoridade impetrada.

Com base nos argumentos acima, a impetrante requer a reconsideração da decisão agravada ou, noutra hipótese, a remessa deste Agravo Regimental à Turma julgadora, a fim de que seja conhecido e provido o Recurso Ordinário.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 45.274 - MS
(2014/0063181-7)

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): A irresignação não merece prosperar.

A Primeira Seção do STJ, ao julgar o MS 4.839/DF (Rel. Ministro ARI PARGENDLER, DJU de 16/02/1998), deixou anotado que "a autoridade coatora, no mandado de segurança, é aquela que pratica o ato, não a que genericamente orienta os órgãos subordinados a respeito da aplicação da lei no âmbito administrativo; mal endereçado o **writ**, o processo deve ser extinto sem julgamento de mérito".

Sobre a autoridade que deve figurar no polo passivo de mandado de segurança que vise o afastamento de exigência fiscal supostamente ilegítima, confira-se a lição doutrinária de Hely Lopes Meireles:

"Considera-se autoridade coatora a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado, e não o superior que o recomenda ou baixa normas para sua execução. Não há confundir, entretanto, o simples executor material do ato com a autoridade por ele responsável. Coator é a autoridade superior que pratica ou ordena concretamente e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado e responde pelas suas consequências administrativas; executor é o agente subordinado que cumpre a ordem por dever hierárquico, sem se responsabilizar por ela. Exemplificando: numa imposição fiscal ilegal, atacável por mandado de segurança, o coator não é nem o Ministro ou o Secretário da Fazenda que expede instruções para a arrecadação de tributos, nem o funcionário subalterno que cientifica 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, 29ª edição, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 63).

Por outro lado, a respeito da teoria da encampação, a Primeira Seção do STJ, nos autos do MS 10.484/DF (Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, DJU de 26/09/2005), firmou o entendimento de que tal teoria apenas se aplica ao mandado de segurança quando preenchidos os seguintes requisitos: (a) existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; (b) manifestação a respeito do mérito, nas informações prestadas; (c) ausência de modificação de competência, estabelecida na Constituição.

Como já destacado, especificamente em mandados de segurança



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

análogos, oriundos do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, a Primeira Turma do STJ, ao julgar, sob a relatoria do Ministro ARI PARGENDLER, tanto o RMS 40.373/MS (DJe de 14/05/2013), quanto o RMS 38.960/MS (DJe de 22/05/2013), proclamou que o Secretário de Estado da Fazenda não está legitimado a figurar, como autoridade coatora, em mandados de segurança que visam evitar a prática de lançamento fiscal.

Consoante ficou assentado nos retromencionados precedentes da Primeira Turma, "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 *presentada* no processo se houver correlação material entre as atribuições funcionais da autoridade coatora e o objeto litigioso; essa identificação depende de saber, à luz do direito administrativo, *qual o órgão encarregado de defender o ato atacado pela impetração*" (RMS 40.373/MS, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, DJe de 14/05/2013; RMS 38.960/MS, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, DJe de 22/05/2013).

A Primeira Turma do STJ, ao julgar igualmente o RMS 37.270/MS (Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, DJe de 22/04/2013), enfrentou situação semelhante à dos presentes autos, ocasião em que decidiu que não compete diretamente ao Secretário da Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul, mas, sim, aos Agentes Fiscais, a fiscalização e a cobrança do ICMS, na hipótese prevista no Decreto Estadual 13.162/2011 e no Protocolo CONFAZ 21/2011, conforme a inteligência dos arts. 219, § 1º, incisos I e II, da Lei Estadual 1.810/97 (Código Tributário Estadual), e 123, §§ 1º, 2º e 3º, do Decreto Estadual 9.203/1998 (Regulamento do ICMS).

Como se demonstrou, no supracitado precedente, a Primeira Turma do STJ considerou ser inaplicável a teoria da encampação, na medida em que a indevida presença do Secretário de Estado da Fazenda no polo passivo do mandado de segurança modifica a regra de competência jurisdicional, disciplinada pela Constituição Estadual (art. 114, II, b).

Transcreve-se, por oportuna, a ementa do referido precedente da Primeira Turma do STJ, ao enfrentar hipótese análoga:

"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). ATO ATRIBUÍDO AO GOVERNADOR E AO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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" (STJ, RMS 37.270/MS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 22/04/2013).**

Não tendo a impetrante, com seus argumentos, conseguido infirmar a supracitada fundamentação, deve ser mantida a decisão agravada, em todos os seus termos.

Ante o exposto, nego provimento ao Agravo Regimental.
É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2014/0063181-7

AgRg no
RMS 45.274 / MS

Números Origem: 4006481-47.2013.8.12.0000/50002 40064814720138120000 4006481472013812000050002

PAUTA: 05/08/2014

JULGADO: 05/08/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

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

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA CAETANA CINTRA SANTOS**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : INDÚSTRIA CERÂMICA FRAGNANI LTDA
ADVOGADOS : NOEDY DE CASTRO MELLO E OUTRO(S)
MICHELE GARCIA KRAMBECK
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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : INDÚSTRIA CERÂMICA FRAGNANI LTDA
ADVOGADOS : NOEDY DE CASTRO MELLO E OUTRO(S)
MICHELE GARCIA KRAMBECK
AGRAVADO : 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, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques (Presidente) votaram com a Sra. Ministra Relatora.