



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 45.902 - RJ (2014/0156385-1)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
RECORRENTE : CASARÃO LUSTRES LTDA
ADVOGADO : AURÉLIO ROCHA DOS SANTOS E OUTRO(S) - RJ122124
RECORRIDO : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : MARCELO ORTIGAO B DE CARVALHO E OUTRO(S) - RJ057899

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS-ST. INSURGÊNCIA CONTRA A COBRANÇA DE TRIBUTO. ATO ATRIBUÍDO AO SECRETÁRIO DE ESTADO DE FAZENDA. ILEGITIMIDADE PASSIVA CARACTERIZADA.

1. O Superior Tribunal de Justiça tem decidido que nem o Secretário de Estado da Fazenda nem o Governador de Estado detêm legitimidade para figurar como autoridades coatoras em mandado de segurança em que se pretende evitar a prática de lançamentos fiscais, ainda que em caráter preventivo.

2. Inviável a pretensão de ver aplicada a teoria da encampação do ato pela autoridade apontada como coatora, pois, na linha jurisprudencial desta Corte, tal configuraria indevida ampliação da regra de competência absoluta insculpida na Constituição.

3. Recurso ordinário em mandado de segurança desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos aos autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães (Presidente), Francisco Falcão e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília, 15 de setembro de 2016(data do julgamento).

Ministra Assusete Magalhães
Presidente

Ministro Og Fernandes
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 45.902 - RJ (2014/0156385-1)

RECORRENTE : CASARÃO LUSTRES LTDA
ADVOGADO : AURÉLIO ROCHA DOS SANTOS E OUTRO(S) - RJ122124
RECORRIDO : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : MARCELO ORTIGAO B DE CARVALHO E OUTRO(S) - RJ057899

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Casarão Lustres Ltda. contra acórdão oriundo do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado:

MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. RESOLUÇÃO SEFAZ Nº 537/2012. POSSIBILIDADE A INFRAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA PORQUE PRETENDE ATACAR OS EFEITOS CONCRETOS DA RESOLUÇÃO INCIDENTES SOBRE A ATIVIDADE NEGOCIAL DA IMPETRANTE. DOCUMENTAÇÃO APRESENTADA NA INICIAL PERMITE A IMPETRAÇÃO DO MANDAMUS. LEGITIMIDADE PASSIVA DO SECRETÁRIO DE ESTADO DE FAZENDA, ENQUANTO RESPONSÁVEL PELA EDIÇÃO DO ATO NORMATIVO IMPUGNADO. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE APRESENTADO EM MOMENTO INOPORTUNO. NÃO RECEBIMENTO. QUANTO AO MÉRITO, INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NA RESOLUÇÃO IMPUGNADA. CONFORMIDADE DA RESOLUÇÃO COM A LEI ESTADUAL 2657/96 (LEI DO ICMS) QUE POR SUA VEZ ESTÁ EM CONSONÂNCIA COM A LEI COMPLEMENTAR 87/96 E COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES DO STJ. SEGURANÇA DENEGADA.

Em suas razões recursais, a contribuinte aduz que a inconstitucionalidade de norma é matéria de ordem pública e, como tal, pode ser alegada em qualquer momento.

Assevera que o Tribunal de origem deixou de observar regra procedimental, pois, diante da arguição de inconstitucionalidade normativa, nem sequer intimou o Ministério Público para intervir no feito.

No mérito, pugna pela ordem que o exima da obrigação de recolher o ICMS-ST antes da tradição da coisa, quando da entrada da mercadoria em território estadual.

Postula, nesses termos, o provimento do recurso.

Contrarrazões recursais apresentadas às e-STJ, fls. 202/214.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal, por meio do parecer de e-STJ, fls. 234/238, opinou pelo desprovimento do recurso ordinário.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 45.902 - RJ (2014/0156385-1) VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): Como bem sintetizou o Ministério Público Federal, em parecer da lavra da em. Subprocuradora-Geral da República Dra. Darcy Santana Vitobello, a recorrente pleiteia ordem judicial com o objetivo de lhe assegurar o direito de não recolher o ICMS por substituição tributária, tendo como fato gerador a entrada da mercadoria em território fluminense, nos termos do que dispõe o art. 4º da Resolução SEFAZ 537/2002.

Em situações análogas, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido que nem o Secretário de Estado da Fazenda nem o Governador de Estado detêm legitimidade para figurar como autoridades coatoras em mandado de segurança em que se pretende evitar a prática de lançamentos fiscais, ainda que em caráter preventivo:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DA APLICABILIDADE DA RESOLUÇÃO 3.166/2001, DO SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, QUE VEDA A APROPRIAÇÃO DE CRÉDITO DE ICMS NAS ENTRADAS, DECORRENTES DE OPERAÇÕES INTERESTADUAIS, DE MERCADORIAS CUJOS REMETENTES SEJAM BENEFICIADOS COM INCENTIVOS FISCAIS CONCEDIDOS, POR OUTROS ESTADOS, EM DESACORDO COM O ENTENDIMENTO DO FISCO MINEIRO ACERCA DA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA DO IMPOSTO. IMPETRAÇÃO CONTRA LEI EM TESE. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 266/STF. ILEGITIMIDADE DO SECRETÁRIO DE ESTADO DA FAZENDA PARA FIGURAR, COMO AUTORIDADE COATORA, NO POLO PASSIVO DO MANDADO DE SEGURANÇA. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. Na hipótese, a associação impetrante, ao apontar, como autoridade coatora, o Secretário da Fazenda do Estado de Minas Gerais - a justificar a competência originária do Tribunal de Justiça de Minas Gerais -, bem como ao sustentar inconstitucionais, tanto a Resolução 3.166/2001, do Secretário de Estado da Fazenda, quanto os arts. 28, § 5º, e 225 da Lei estadual 6.763/75 e 62, §§ 1º e 2º, do RICMS/MG (Decreto estadual 43.080/2002), buscou, liminarmente, decisão judicial que afastasse a aplicabilidade da aludida Resolução, com autorização para que seus associados se apropriassem integralmente dos créditos de ICMS, nas entradas de mercadorias provenientes de outros Estados, e, ainda, que se determinasse à autoridade coatora, e a seus subordinados, que se abstivessem da prática de quaisquer atos tendentes à exigência do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ICMS, com base nas supracitadas disposições normativas, tais como a instauração de processos administrativos tributários. No mérito, buscou a confirmação da liminar, declarando-se, em caráter definitivo, a inconstitucionalidade e ilegalidade das disposições normativas acima.

II. Sendo preventivo o mandado de segurança coletivo, desnecessária a existência concreta de ato coator, porquanto o receio de ato que venha a violar o direito líquido e certo dos associados da impetrante é suficiente a ensejar a impetração. Ocorre que, *in casu*, diante da argumentação constante da impetração, não se verifica a existência de possíveis atos de efeitos concretos, a serem praticados pelo Secretário de Estado da Fazenda - a justificar a competência originária do Tribunal de Justiça -, tendentes a violar ou ameaçar suposto direito líquido e certo dos associados da impetrante, a dar ensejo à impetração, ainda que na forma preventiva. Com efeito, a impetrante não aponta ato algum, de efeitos concretos, a ser praticado pela autoridade que se aponta coatora, o Secretário de Estado da Fazenda, a justificar a competência originária do Tribunal de Justiça. Apenas impetra o *mandamus* contra a Resolução 3.166/2001, do Secretário de Estado da Fazenda, e os arts. 28, § 5º, e 225 da Lei Estadual 6.763/75 e 62, §§ 1º e 2º, do RICMS/MG (Decreto estadual 43.080/2002), por reputar ilegais e inconstitucionais tais normas de direito local. Assim, incide, na espécie, a Súmula 266/STF ("Não cabe mandado de segurança contra lei em tese").

III. 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".

IV. A Primeira Turma do STJ, ao julgar o AgRg no RMS 36.846/RJ (Rel. Ministro ARI PARGENDLER, DJe de 07/12/2012), decidiu que, 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. Nesse caso, porém, autoridade coatora é aquela que tem competência para o lançamento *ex officio*, que, certamente, não é o Secretário de Estado da Fazenda.

V. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no RMS 49.945/MG, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/3/2016, DJe 30/3/2016)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 representada 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.

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, DJe 22/5/2013)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AUTORIDADE COATORA. SECRETÁRIO DE ESTADO DA FAZENDA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. MODIFICAÇÃO DA COMPETÊNCIA. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CARÁTER DE IMPUGNAÇÃO CONTRA LEI EM TESE. PRECEDENTE.

1. O Secretário de Estado da Fazenda não possui legitimidade passiva para figurar como autoridade coatora em Mandado de Segurança que discute regime de substituição tributária aplicável ao ICMS.

2. O simples fato de a ação fiscal estar eventualmente pautada em norma infralegal editada pelo Secretário da Fazenda não o torna legitimado passivo para os Mandados de Segurança que discutem a ilegalidade da autuação (AgRg no RMS 42.792/CE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 11.3.2014; EDcl no RMS 38.530/MS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 14.10.2014; AgRg no RMS 36.846/RJ, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, DJe 7.12.2012).

3. Afastada a legitimidade passiva do Secretário para figurar como autoridade coatora, o Tribunal de Justiça local deixa de ser competente para o julgamento do feito, consoante o art. 108, VII, "b", da Constituição Estadual, o que impossibilita a aplicação da Teoria da Encampação (AgRg no REsp 1.343.436/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 17.4.2013; RMS 30.848/MT, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 11.6.2010 REsp 818.473/MT, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 17.12.2010).

4. Em hipótese análoga à dos autos - de impugnação à Resolução SEFAZ/RJ 201/2009 -, esta Turma reconheceu que se tratava de Mandado de Segurança impetrado contra lei em tese, o que não é admitido, nos termos da Súmula 266/STF (RMS 44.239/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 14.10.2014).

5. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no RMS 47.916/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 2/6/2015, DJe 5/8/2015)

Convém acrescentar a impossibilidade de se ver aplicada a teoria da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

encampação do ato pela autoridade apontada como coatora, pois, na linha jurisprudencial desta Corte, tal configuraria indevida ampliação da regra de competência absoluta insculpida na Constituição:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. INSURGÊNCIA CONTRA A COBRANÇA DE TRIBUTO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SECRETÁRIO ESTADUAL DE FAZENDA. EMENDA À INICIAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. Recurso ordinário em mandado de segurança impetrado em face da exigência fiscal concernente à inclusão da Margem de Valor Agregado (MVA) na base de cálculo do ICMS referente às mercadorias adquiridas de outras Unidades da Federação.

2. As Turmas de Direito Público desta Corte Superior já consolidaram o entendimento de que o Secretário de Fazenda não é parte legítima para responder a esse tipo de pretensão mandamental, na medida em que essa autoridade não tem a atribuição de lançar e de exigir, de forma individualizada, o recolhimento do tributo. Precedentes: AgRg no RMS 39.115/RJ, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 18/08/2014; AgRg no RMS 18.140/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 11/09/2009; RMS 29.490/RJ, de minha relatoria, Primeira Turma, DJe 19/08/2009; RMS 20.471/RJ, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 17/06/2009; RMS 26.762/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 10/06/2009.

3. "(...) além de incabível a substituição de ofício dessa autoridade por outra não sujeita à sua jurisdição originária, inviável é também a determinação, pelo Tribunal, de emenda à inicial ou a adoção da 'teoria da encampação', o que determinaria indevida modificação ampliativa de competência absoluta fixada na Constituição. Correta, portanto, a extinção do processo, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC" (RMS 22.518/PE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 16/08/2007).

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no RMS 46.748/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/3/2015, DJe 17/3/2015)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ILEGITIMIDADE DO SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO DO MANDADO DE SEGURANÇA, POR SE TRATAR DE IMPETRAÇÃO QUE VISA AFASTAR OU EVITAR A PRÁTICA DE LANÇAMENTO FISCAL.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

extinto sem julgamento de mérito".

II. A Primeira Turma do STJ, ao julgar o AgRg no RMS 36.846/RJ (Rel. Ministro ARI PARGENDLER, DJe de 07/12/2012), decidiu que, 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; mas autoridade coatora, nesse caso, é aquela que tem competência para o lançamento ex officio, que, certamente, não é o Secretário de Estado da Fazenda. Também 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), e, posteriormente, o RMS 38.735/CE (DJe de 19/12/2013), reafirmou 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.

III. No caso, é inaplicável a teoria da encampação, pois 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 do Estado do Rio de Janeiro. Precedente do STJ (RMS 29.490/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 19/08/2009).

IV. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no RMS 39.115/RJ, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 5/8/2014, DJe 18/8/2014)

Ante o exposto, acolhendo a manifestação do Ministério Público Federal, nego provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2014/0156385-1 **PROCESSO ELETRÔNICO** **RMS 45.902 / RJ**

Números Origem: 00296157920138190000 296157920138190000 5060034113705

PAUTA: 15/09/2016

JULGADO: 15/09/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO JOSÉ GISI

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : CASARÃO LUSTRES LTDA
ADVOGADO : AURÉLIO ROCHA DOS SANTOS E OUTRO(S) - RJ122124
RECORRIDO : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : MARCELO ORTIGAO B DE CARVALHO E OUTRO(S) - RJ057899

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

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 recurso ordinário, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

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