



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 742.631 - SE
(2015/0168441-3)**

RELATORA : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
AGRAVANTE : ESTADO DE SERGIPE
ADVOGADOS : AGRIPINO ALEXANDRE DOS SANTOS FILHO
JULIO CESAR GOULART LANES
AGRAVADO : RICARDO ELETRO DIVINÓPOLIS LTDA
ADVOGADOS : JULIO CESAR GOULART LANES
MÁRCIA CRISTINA VASCONCELOS RIBEIRO GALDINO E
OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. ICMS. VENDAS PELA INTERNET. ILEGITIMIDADE DO SECRETÁRIO DE ESTADO DA FAZENDA PARA FIGURAR, NO POLO PASSIVO, COMO AUTORIDADE IMPETRADA. DECISÃO AGRAVADA QUE CONHECEU DO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL E DEU PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL, POR ESTAR O ACÓRDÃO RECORRIDO EM MANIFESTA DIVERGÊNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ. AGRADO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. No tocante à questão federal em torno da ilegitimidade do Secretário de Estado da Fazenda para figurar, como autoridade coatora, no polo passivo do Mandado de Segurança, o Recurso Especial foi conhecido, pela alínea **a** do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, visto que preenchidos os requisitos de admissibilidade recursal, inclusive o prequestionamento da tese suscitada, pela impetrante, sob a alegação de contrariedade ao art. 6º, § 3º, da Lei 12.016/2009.

II. No que diz respeito à questão processual referente à legitimidade passiva **ad causam**, o Recurso Especial foi provido, por estar o acórdão recorrido em divergência com a orientação jurisprudencial das Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ, as quais, nos julgados a seguir relacionados, também conheceram e deram provimento a recursos especiais, em casos similares: REsp 196.021/MT, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, DJU de 10/05/1999; AgRg no REsp 1.027.909/GO, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 27/05/2010.

III. Com efeito, "o Secretário da Fazenda Estadual apenas edita comandos gerais para a fiel execução da lei, não agindo diretamente na execução da lavratura de auto de infração tributária, cabendo ao Delegado Regional Tributário a tarefa de executar os comandos gerais editados na Instrução Normativa estadual, razão pela qual a autoridade competente para responder ao *mandamus* é o Delegado Regional Tributário e não o Secretário da Fazenda" (STJ, AgRg no REsp 1.027.909/GO, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 27/05/2010).

IV. Agrado Regimental improvido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

A Sra. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3a. Região), os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 17 de março de 2016 (data do julgamento).

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 742.631 - SE
(2015/0168441-3)**

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de Agravo Regimental, interposto pelo ESTADO DE SERGIPE, contra decisão de minha lavra, assim fundamentada, **in verbis**:

"Trata-se de Agravo Regimental, interposto por Ricardo Eletro Divinópolis Ltda, contra a decisão do Presidente do STJ, Ministro FRANCISCO FALCÃO, que não conheceu do Agravo em Recurso Especial, por considerá-lo intempestivo.

Consta dos autos que a supracitada sociedade empresária ajuizou Mandado de Segurança, em caráter preventivo, contra o Superintendente de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado de Sergipe, perante o Juízo de Direito da 12ª Vara Cível da Comarca de Aracaju/SE, com o objetivo de afastar a exigência de ICMS, à alíquota de 10% sobre o valor total das operações de venda de mercadorias, provenientes do Estado de Minas Gerais, quando adquiridas tais mercadorias, pela Internet, por consumidores finais – não-contribuintes do referido tributo – residentes no Estado de Sergipe.

Após a concessão da liminar, bem como depois das informações da autoridade apontada como coatora e do parecer do Ministério Público, o Juiz de 1º Grau concedeu o Mandado de Segurança, conforme a sentença de fls. 156/166e.

Inconformado, o Estado de Sergipe interpôs Apelação Cível, a qual foi provida, pelo Tribunal de Justiça daquele Estado, por acórdão assim ementado:

'Apelação Cível - Mandado de Segurança Preventivo - ICMS - Vendas pela internet - Portaria nº 21/2011 - Decreto Estadual 28.064/2011 - Ação Mandamental julgada procedente - Inadequação da via eleita rejeitada - Decreto que produz efeitos concretos - Ilegitimidade passiva configurada - Ausência de competência da autoridade apontada como coatora para determinar a abstenção da cobrança do imposto nos termos do Decreto questionado, tampouco obstar as medidas restritivas em razão do não pagamento do imposto constituído em conformidade com a mencionada legislação - Necessidade de impetração do mandamus contra a autoridade que ordenou a cobrança nos termos daquela norma - Preliminar de ilegitimidade acolhida - Precedentes nesta Corte - Apelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conhecido e provido - Sentença reformada - Ação mandamental extinta sem julgamento do mérito - Art. 267, VI do CPC - Unanimidade' (fl. 278e).

Opostos Embargos de Declaração, foram rejeitados, pelo Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

No Recurso Especial, a impetrante indicou ofensa ao art. 535, II, do CPC, ao argumento de que, a despeito da oposição dos Embargos de Declaração, o Tribunal de origem deixou de se pronunciar sobre as disposições normativas suscitadas como omissas.

Também apontou contrariedade ao art. 6º, § 3º, da Lei 12.016/2009, bem como suscitou divergência jurisprudencial com julgados do STJ, e defendeu a tese de que o Secretário de Estado da Fazenda não possui legitimidade para figurar, como autoridade impetrada, em Mandado de Segurança que visa impedir o lançamento tributário ou a prática de atos de cobrança ou penalidades, em decorrência do não-recolhimento espontâneo do tributo.

Por fim, indicou contrariedade aos arts. 9º, I, 97, I e II, e 156, I, do CTN, e 6º, § 1º, da Lei Complementar 87/96, e sustentou a ilicitude da cobrança adicional de ICMS, pelo Estado de Sergipe, na hipótese dos autos.

O Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, ao não admitir o Recurso Especial, o fez com base nas Súmulas 182/STJ e 284/STF, por considerar que, no caso, faltaria pertinência temática entre as razões recursais do Especial e os fundamentos do acórdão recorrido.

No Agravo em Recurso Especial, a impetrante defendeu a inaplicabilidade das Súmulas 182/STJ e 284/STF.

Já no presente Agravo Regimental, a impetrante afirmou a tempestividade do Agravo em Recurso Especial, comprovando-a, por documentos hábeis, as fls. 430/439e.

Por estarem preenchidos os requisitos de admissibilidade, inclusive a tempestividade recursal, a decisão agravada deve ser reconsiderada, em juízo de retratação, para se conhecer do Agravo em Recurso Especial, a fim de se examinar o próprio Recurso Especial.

No tocante à questão federal em torno da arguição de ilegitimidade do Secretário de Estado da Fazenda para figurar, como autoridade coatora, no pólo passivo do Mandado de Segurança, o Recurso Especial deve ser conhecido, porquanto há pertinência temática entre as respectivas razões recursais e os fundamentos do acórdão recorrido, não sendo aplicáveis, portanto, as Súmulas 182/STJ e 284/STF. Restou configurado, outrossim, o prequestionamento da tese suscitada sob a alegação de ofensa ao art. 6º, § 3º, da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

12.016/2009.

Quanto ao mérito recursal, especificamente no que diz respeito à questão processual referente à legitimidade passiva **ad causam**, o acórdão recorrido divergiu da orientação jurisprudencial das Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ, que, nos julgados a seguir relacionados, conheceram e deram provimento a Recursos Especiais, em casos similares:

'PROCESSUAL CIVIL – MANDADO DE SEGURANÇA – LEGITIMIDADE PASSIVA – ORDEM GERAL EMANADA EM INSTRUÇÃO NORMATIVA – AUTORIDADE COMPETENTE – DELEGADO REGIONAL TRIBUTÁRIO E NÃO O SECRETÁRIO ESTADUAL DA FAZENDA.

1. Mandado de segurança impetrado com a finalidade de questionar a aplicação da Instrução Normativa 493/01-GSF, de 06/07/2001, expedida pelo Secretário da Fazenda Estadual que dispõe *'sobre os procedimentos a serem adotados para utilização do crédito outorgado de ICMS concedido ao industrial de álcool etílico anidro combustível'*.

2. A ilegitimidade decretada pelo Tribunal de origem tem como fundamento a questão de apenas o Secretário da Fazenda ter poder para desfazer a Instrução Normativa 493/01.

3. A legitimidade passiva no *mandamus* é fixada pela autoridade que tem poder de realizar o ato lesivo, na ação preventiva, ou aquele que pode desfazer o ato lesivo, na ação repressiva.

4. O Secretário da Fazenda Estadual apenas edita comandos gerais para a fiel execução da lei, não agindo diretamente na execução da lavratura de auto de infração tributária, cabendo ao Delegado Regional Tributário a tarefa de executar os comandos gerais editados na Instrução Normativa estadual, razão pela qual a autoridade competente para responder ao *mandamus* é o Delegado Regional Tributário e não o Secretário da Fazenda.

5. Precedentes: RMS 20471/RJ, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 4/6/2009, DJe 17/6/2009; REsp 829728/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 16/9/2008, DJe 7/11/2008; REsp 891795/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 11/3/2008, DJe 31/3/2008.

Agravo regimental provido' (STJ, AgRg no REsp 1.027.909/GO, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 27/05/2010).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

'PROCESSUAL CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - AUTORIDADE COATORA - ICMS - PORTARIA 85/96 - LEGITIMIDADE DO COORDENADOR-GERAL DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA DO ESTADO.

Autoridade coatora em mandado de segurança é quem ordena a prática do ato impugnado ou se omite em praticá-lo, e não o superior que o recomenda ou baixa normas para sua execução. Recurso provido' (STJ, REsp 196.021/MT, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, DJU de 10/05/1999).

No mesmo sentido são os seguintes julgados desta Corte: RMS 37.270/MS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 22/04/2013; AgRg no RMS 38.355/MS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 02/08/2013; RMS 39.599/CE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 14/08/2013; AgRg no RMS 43.709/PA, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 30/09/2013; AgRg no RMS 45.274/MS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/08/2014; AgRg no RMS 39.406/PA, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 02/12/2014.

Afastado o fundamento que o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe havia adotado para extinguir o processo, sem resolução do mérito, não cabe ao STJ examinar o mérito da causa, mas impõe-se o retorno dos autos à Corte Estadual, para que ali se prossiga, no julgamento da Apelação.

Ante o exposto, em juízo de retratação, com fundamento nos arts. 544, § 4º, II, c, 545 e 557, § 1º, do CPC, conheço do Agravo em Recurso Especial e dou parcial provimento ao Recurso Especial, tão somente para determinar que o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe prossiga, no julgamento da Apelação" (fls. 455/458e).

Inconformada, a parte agravante alega que:

"Em que pese o brilhantismo das manifestações da douta Ministra Relatora, da qual a decisão agravada é exemplo, ousa o Estado de Sergipe discordar, **data maxima venia**, de Vossa Excelência no tocante ao conhecimento do recurso especial manejado.

A questão da ilegitimidade do Secretário de Estado da Fazenda para figurar, como autoridade coatora, no polo passivo do Mandado de Segurança, deveras, não merece conhecimento.

A partir de uma detida leitura do recurso especial interposto pela empresa impetrante (fls. 315/330), observa-se que a questão em foco – ilegitimidade do Secretário de Estado da Fazenda – foi objeto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do apelo nobre fundado na **alínea 'c' do permissivo constitucional**, isto é, pela **divergência jurisprudencial**, tendo a empresa recorrente apontado como paradigmas dois precedentes dessa colenda Corte Superior de Justiça, quais sejam: **AgRg no RMS 39.284/MS**, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 24/06/2013; e **RMS 38.960/MS**, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, DJe 22/05/2013.

O recurso especial é uma peça técnica, especialmente quando fundado pela divergência jurisprudencial, sendo exigido o cumprimento de uma série de formalidades para o seu conhecimento, nenhuma observada pela empresa recorrente, como se verá.

A primeira é a **comprovação da divergência** nos moldes legais e regimentais.

O art. 541 do CPC assim preconiza:

Art. 541.....

Parágrafo único. Quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência mediante certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que tiver sido publicada a decisão divergente, ou ainda pela reprodução de julgado disponível na Internet, com indicação da respectiva fonte, mencionando, em qualquer caso, as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

Já o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça estabelece o seguinte:

Art. 255. O recurso especial será interposto na forma e no prazo estabelecido na legislação processual vigente, e recebido no efeito devolutivo.

§ 1º A comprovação de divergência, nos casos de recursos fundados na alínea c do inciso III do art. 105 da Constituição, será feita:

a) por certidões ou cópias autenticadas dos acórdãos apontados divergentes, permitida a declaração de autenticidade do próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal;

b) pela citação de repositório oficial, autorizado ou credenciado, em que os mesmos se achem publicados

§ 2º Em qualquer caso, o recorrente deverá transcrever os trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

§ 3º São repositórios oficiais de jurisprudência, para o fim do §



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1º, b, deste artigo, a Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a Revista do Superior Tribunal de Justiça e a Revista do Tribunal Federal de Recursos, e, autorizados ou credenciados, os habilitados na forma do art. 134 e seu parágrafo único deste Regimento.

Assim, é indispensável a juntada de certidões ou de cópias autenticadas dos inteiros teores dos acórdãos paradigmas, ou ainda pela citação do repositório de jurisprudência em que os mesmos se achem publicados, sob pena de não conhecimento. **O recorrente, no entanto, não observou essa exigência legal e regimental, não juntando qualquer dos acórdãos divergentes ou mesmo citando o repositório oficial dos julgados.**

A jurisprudência do STJ está firmada no sentido de que **'não se conhece da divergência jurisprudencial, quando o recorrente não observa o disposto nos arts. 541, parágrafo único, do CPC e no art. 255, § 1º, 'a', e § 2º, do RISTJ, deixando de trazer aos autos o inteiro teor do julgado paradigma e de citar o repositório oficial, autorizado ou credenciado, em que o acórdão divergente foi publicado'** (STJ, AgRg no REsp 1.496.185/RN, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 12/05/2015).

No mesmo sentido: AgRg no AREsp 635.066/DF, rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES, DJe 15/09/2015; AgRg no AREsp 421.991/SP, rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 04/12/2013; e inúmeros outros. De outra banda, exige-se que o recorrente promova o **necessário cotejo analítico**, transcrevendo trechos dos acórdãos confrontados, recorrido e paradigmas, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos, a fim de demonstrar a similitude fática desses julgados. **Não basta a simples transcrição das ementas, como procedeu o recorrente.** Esse cotejo entre os acórdãos confrontados há de ser realizado de forma analítica, os acórdãos divergentes. Do contrário, o recurso não será conhecido.

Na hipótese vertente, observa-se que o recorrente também **não realizou o cotejo analítico**, promovendo apenas a mera transcrição de ementas. A tabela em que o recorrente supostamente teria realizado o cotejo (fls. 325/326) é inservível, pois o pequeno trecho supostamente do julgado no AgRg no RMS 39.284/MS não pode ser confirmado, mercê da inexistência nos autos do seu inteiro teor.

Acrescente-se, ainda, que **o recorrente apontou como paradigmas acórdãos proferidos em recurso em mandado de segurança**, inservíveis para fins de demonstração da divergência jurisprudencial, a teor do entendimento pacífico dessa colenda Corte Superior:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

'A indicação de recurso em mandado de segurança não é admitido como acórdão paradigma, pois os requisitos de admissibilidade são diversos dos previstos para o Recurso Especial' (AgRg no REsp 1449322/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 06/11/2015).

'A jurisprudência desta Corte não autoriza o processamento do recurso especial com fundamento no art. 105, III, 'c', da Constituição Federal, quando os paradigmas apontados para comprovar a alegada divergência jurisprudencial são decisões monocráticas ou acórdãos proferidos em mandado de segurança ou em recurso ordinário' (STJ, AgRg no REsp 1.434.857/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 24/11/2014).

No mesmo sentido, podemos ainda citar: AgRg no REsp 1.380.554/CE, rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES, Segunda Turma, DJe 05/03/2015; REsp 1.409.767/DF, rel. Min. ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe 19/11/2015; AgRg no REsp 1.556.156/DF, rel. Min. HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe 13/11/2015; AgRg nos EREsp 998.249/RS, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Terceira Seção, DJe 21/09/2012; entre inúmeros outros de todas as turmas desse Superior Tribunal de Justiça.

Destaca-se, Excelência, que a alegação de violação ao art. 6º, § 3º, da Lei 12.016/2009 não foi objeto de recurso especial pela alínea 'a' do permissivo constitucional, mas somente pela divergência (alínea 'c' do inciso III do art. 105 da Constituição).

Assim, por mais boa vontade que se tenha para apreciar a questão da ilegitimidade do Secretário de Estado da Fazenda, ainda que o recorrente tenha, no mérito, razão (o que não concordamos), não há como ultrapassar tantas falhas do recurso especial, fundado pela divergência jurisprudencial, que não merece ser conhecido.

Por fim, observamos ainda que a definição das atribuições do Secretário de Estado, autoridade legítima para figurar no polo passivo da impetração, segundo o acórdão recorrido, ou do Superintendente de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado de Sergipe, autoridade apontada como impetrada pela empresa recorrente, **demanda necessariamente análise do direito local**, como bem demonstra o próprio recorrente em suas razões recursais, ao se ver obrigado a transcrever disposições (art. 84 e 90) da Constituição do Estado de Sergipe.

Assim, o acolhimento da pretensão recursal demandaria interpretação do direito local, providência vedada a esse colendo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Superior Tribunal de Justiça, a teor da **Súmula 280 do STF**.

Destarte, considerando que as demais matérias suscitadas pela empresa recorrente no recurso especial relativamente ao mérito da própria impetração sequer chegaram a ser analisadas pelo Tribunal de origem, em decorrência do acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva da autoridade apontada como coatora e que tal questão somente foi trazida a essa colenda Corte Especial pelo recurso especial com fundamento da divergência jurisprudencial (art. 105, III, 'c', da CF/88) e que o recorrente não observou diversas formalidades legais e regimentais para o seu conhecimento, requer o Estado de Sergipe que V. Exa. se digne em **reconsiderar** a decisão impugnada, a fim de **NÃO CONHECER DO RECURSO ESPECIAL**" (fls. 461/465e).

Por fim, requer "que submeta a apreciação da presente peça recursal ao Colegiado competente para admissão e provimento, a fim de que a decisão agravada seja reformada, na forma das normas processuais e regimentais aplicáveis" (fl. 465e).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 742.631 - SE
(2015/0168441-3)**

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): Não merece censura a decisão agravada.

É certo que, em recurso especial, quando verificada a hipótese enunciada, aplica-se, por analogia, a Súmula 280/STF, do seguinte teor: "Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário."

Também é certo que, em recurso especial fundado em divergência jurisprudencial, não serve, como paradigma, acórdão proferido, pelo STJ, em recurso ordinário em mandado de segurança.

No caso dos autos, contudo, os dois supracitados óbices não acarretam necessidade de reforma da decisão agravada, pois, em que pese a impetrante haja apontado, como paradigmas, acórdãos proferidos, pelo STJ, em recursos ordinários, o Recurso Especial foi conhecido, não em decorrência da suscitada divergência jurisprudencial, mas em relação à alegada contrariedade ao art. 6º, § 3º, da Lei Federal 12.016/2009.

Com efeito, consta dos autos que a sociedade empresária Ricardo Eletro Divinópolis Ltda ajuizou Mandado de Segurança, em caráter preventivo, contra o Superintendente de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado de Sergipe, perante o Juízo de Direito da 12ª Vara Cível da Comarca de Aracaju/SE, com o objetivo de afastar a exigência de ICMS, à alíquota de 10% sobre o valor total das operações de venda de mercadorias, provenientes do Estado de Minas Gerais, quando adquiridas tais mercadorias, pela Internet, por consumidores finais – não-contribuintes do referido tributo – residentes no Estado de Sergipe.

Após a concessão de medida liminar, bem como depois das informações e do parecer do Ministério Público, o Juiz de 1º Grau concedeu o Mandado de Segurança.

Inconformado, o Estado de Sergipe interpôs Apelação, a qual foi provida, pelo Tribunal de Justiça daquele Estado, por acórdão assim ementado:

"Apelação Cível - Mandado de Segurança Preventivo - ICMS - Vendas pela Internet - Portaria nº 21/2011 - Decreto Estadual 28.064/2011 - Ação Mandamental julgada procedente - Inadequação da via eleita rejeitada - Decreto que produz efeitos concretos - Ilegitimidade passiva configurada - Ausência de competência da autoridade apontada como coatora para determinar a abstenção da cobrança do imposto nos termos do Decreto questionado, tampouco obstar as medidas restritivas em razão do não pagamento do imposto constituído em conformidade com a mencionada legislação - Necessidade de impetração do mandamus contra a autoridade que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordenou a cobrança nos termos daquela norma - Preliminar de ilegitimidade acolhida - Precedentes nesta Corte - Apelo conhecido e provido - Sentença reformada - Ação mandamental extinta sem julgamento do mérito - Art. 267, VI do CPC - Unanimidade" (fl. 278e).

Opostos Embargos de Declaração, foram rejeitados, pelo Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

No Recurso Especial, a impetrante indicou ofensa ao art. 535, II, do CPC, ao argumento de que, a despeito da oposição dos Embargos de Declaração, o Tribunal de origem deixou de se pronunciar sobre as disposições normativas suscitadas como omissas.

Também apontou contrariedade ao art. 6º, § 3º, da Lei 12.016/2009, bem como suscitou divergência jurisprudencial com julgados do STJ, e defendeu a tese de que o Secretário de Estado da Fazenda não possui legitimidade para figurar, como autoridade impetrada, em Mandado de Segurança que visa impedir o lançamento tributário ou a prática de atos de cobrança ou penalidades, em decorrência do não recolhimento espontâneo do tributo.

Quanto ao mérito da causa, indicou contrariedade aos arts. 9º, I, 97, I e II, e 156, I, do CTN, e 6º, § 1º, da Lei Complementar 87/96, e sustentou a ilicitude da cobrança adicional de ICMS, pelo Estado de Sergipe, na hipótese dos autos.

Como dito anteriormente – no tocante à questão federal em torno da ilegitimidade do Secretário de Estado da Fazenda para figurar, como autoridade coatora, no polo passivo do Mandado de Segurança –, o Recurso Especial foi conhecido, pela alínea **a** do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, visto que preenchidos os requisitos de admissibilidade recursal, inclusive o prequestionamento da tese suscitada, pela impetrante, sob a alegação de contrariedade ao art. 6º, § 3º, da Lei 12.016/2009.

Ao contrário do que consta do presente Agravo Regimental, o Recurso Especial merece conhecimento, quanto à questão federal em torno da ilegitimidade **ad causam** do Secretário de Estado da Fazenda para figurar, como autoridade coatora, no polo passivo do Mandado de Segurança, visto que tal questão foi objeto do Especial, em relação à interposição deste fundada na alínea **a** do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, por alegação de contrariedade ao art. 6º, § 3º, da Lei Federal 12.016/2009, como demonstra o seguinte excerto das razões recursais respectivas:

"DISPOSITIVOS VIOLADOS

O presente recurso especial visa a reformar a decisão atacada por entender que a mesma contrariou os seguintes artigos:

- **Art. 6, § 3º, da Lei nº 12.016/09**, que estabelece que a autoridade coatora é aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática" (fl. 317e).

Aliás, a interpretação lógico-sistemática do Recurso Especial como um



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

todo afasta a conclusão, sugerida pela parte agravante, de que "a alegação de violação ao art. 6º, § 3º, da Lei 12.016/2009 não foi objeto de recurso especial pela alínea 'a' do permissivo constitucional, mas somente pela divergência (alínea 'c' do inciso III do art. 105 da Constituição)".

No que diz respeito à questão processual referente à legitimidade passiva **ad causam**, o Recurso Especial foi provido, por estar o acórdão recorrido em divergência com a orientação jurisprudencial das Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ, as quais, nos julgados a seguir relacionados, também conheceram e deram provimento a recursos especiais, em casos similares:

"PROCESSUAL CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - AUTORIDADE COATORA - ICMS - PORTARIA 85/96 - LEGITIMIDADE DO COORDENADOR-GERAL DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA DO ESTADO.

Autoridade coatora em mandado de segurança é quem ordena a prática do ato impugnado ou se omite em praticá-lo, e não o superior que o recomenda ou baixa normas para sua execução. Recurso provido" (STJ, REsp 196.021/MT, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, DJU de 10/05/1999).

"PROCESSUAL CIVIL – MANDADO DE SEGURANÇA – LEGITIMIDADE PASSIVA – ORDEM GERAL EMANADA EM INSTRUÇÃO NORMATIVA – AUTORIDADE COMPETENTE – DELEGADO REGIONAL TRIBUTÁRIO E NÃO O SECRETÁRIO ESTADUAL DA FAZENDA.

1. Mandado de segurança impetrado com a finalidade de questionar a aplicação da Instrução Normativa 493/01-GSF, de 06/07/2001, expedida pelo Secretário da Fazenda Estadual que dispõe *'sobre os procedimentos a serem adotados para utilização do crédito outorgado de ICMS concedido ao industrial de álcool etílico anidro combustível'*.

2. A ilegitimidade decretada pelo Tribunal de origem tem como fundamento a questão de apenas o Secretário da Fazenda ter poder para desfazer a Instrução Normativa 493/01.

3. A legitimidade passiva no *mandamus* é fixada pela autoridade que tem poder de realizar o ato lesivo, na ação preventiva, ou aquele que pode desfazer o ato lesivo, na ação repressiva.

4. O Secretário da Fazenda Estadual apenas edita comandos gerais para a fiel execução da lei, não agindo diretamente na execução da lavratura de auto de infração tributária, cabendo ao Delegado Regional Tributário a tarefa de executar os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

comandos gerais editados na Instrução Normativa estadual, razão pela qual a autoridade competente para responder ao *mandamus* é o Delegado Regional Tributário e não o Secretário da Fazenda.

5. Precedentes: RMS 20471/RJ, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 4/6/2009, DJe 17/6/2009; REsp 829728/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 16/9/2008, DJe 7/11/2008; REsp 891795/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 11/3/2008, DJe 31/3/2008.

Agravo regimental provido" (STJ, AgRg no REsp 1.027.909/GO, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 27/05/2010).

O Mandado de Segurança foi impetrado, preventivamente, contra o Superintendente da Administração Tributária da Secretaria de Fazenda do Estado de Sergipe, e, como consta do acórdão recorrido, pleiteia-se "que a autoridade fiscal se abstenha de exigir da impetrante o pagamento do ICMS em favor do Estado de Sergipe nos termos do Protocolo CONFAZ ICMS no. 21/2011; que não venha a ter suas mercadorias apreendidas ou retidas pela Fiscalização Sergipana visando a cobrança do imposto, dentre outras medidas que visem coagir referido pagamento" (fl. 283e). O acórdão recorrido fundamentou-se, para dar pela ilegitimidade passiva da autoridade apontada coatora, no fato de que "o Protocolo da CONFAZ questionado foi assinado pelo Secretário de Estado da Fazenda e o posterior decreto editado pelo Governador do Estado, não havendo qualquer ligação com as atribuições da autoridade apontada como coatora" (fl. 284e).

Entretanto, não é o Secretário de Estado da Fazenda – que editou norma geral para a execução da lei – competente para impedir o lançamento tributário ou a prática de atos de cobrança, em decorrência do não recolhimento do tributo, falecendo-lhe, assim, legitimidade passiva para a impetração.

A Primeira Seção do STJ, ao julgar o MS 9.507/DF, entendeu que, "em mandado de segurança, a legitimidade para figurar no pólo passivo é daquele que detém atribuição para adoção das providências tendentes a executar o ato combatido pela segurança, e não daquele responsável pela edição da norma geral e abstrata" (STJ, MS 9.507/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, DJU de 28/06/2004).

Considerando que não cabe ao STJ examinar o mérito da causa, após afastado o fundamento que o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe havia adotado para extinguir o processo, sem resolução do mérito, foi determinado o retorno dos autos à Corte Estadual, para que ali se prossiga, no julgamento da Apelação.

Portanto, deve ser mantida a decisão agravada, que, com fundamento no art. 544, § 4º, II, c, do CPC, conheceu do Agravo em Recurso Especial e deu parcial



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

provimento ao Recurso Especial, tão somente para afastar a ilegitimidade passiva da autoridade apontada coatora e determinar que o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe prossiga, no julgamento da Apelação.

Ante o exposto, nego provimento ao Agravo Regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2015/0168441-3

**AgRg no AgRg no
AREsp 742.631 / SE**

Números Origem: 00230440520058250001 0165819 201111201826 201300211277 2013216438 21092013
230440520058250001 48742013

PAUTA: 17/03/2016

JULGADO: 17/03/2016

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : RICARDO ELETRO DIVINÓPOLIS LTDA
ADVOGADOS : MÁRCIA CRISTINA VASCONCELOS RIBEIRO GALDINO E OUTRO(S)
JULIO CESAR GOULART LANES
AGRAVADO : ESTADO DE SERGIPE
ADVOGADOS : AGRIPINO ALEXANDRE DOS SANTOS FILHO
JULIO CESAR GOULART LANES

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ESTADO DE SERGIPE
ADVOGADOS : AGRIPINO ALEXANDRE DOS SANTOS FILHO
JULIO CESAR GOULART LANES
AGRAVADO : RICARDO ELETRO DIVINÓPOLIS LTDA
ADVOGADOS : MÁRCIA CRISTINA VASCONCELOS RIBEIRO GALDINO E OUTRO(S)
JULIO CESAR GOULART LANES

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)."

A Sra. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3a. Região), os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.