

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 36.445 - MT (2011/0267371-1)

RELATOR : **MINISTRO HUMBERTO MARTINS**
RECORRENTE : VULCAFLEX INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA
ADVOGADO : JOSÉ ROBERTO CAMARGO E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DE MATO GROSSO
PROCURADOR : DENISE COSTA SANTOS BORRALHO E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDAMUS. AUTORIDADE COATORA. LEGITIMIDADE PASSIVA CARACTERIZADA. APRECIÇÃO DO MÉRITO. ART. 515, § 3º, DO CPC. INAPLICÁVEL. PRECEDENTE DO STF. RE 621.473/DF. DEVOLUÇÃO À ORIGEM. RECURSO ORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

DECISÃO

Vistos.

Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por VULCAFLEX INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., com fundamento no art. 105, II, "b", da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso assim ementado (e-STJ fl. 106):

"MANDADO DE SEGURANÇA - APREENSÃO DE MERCADORIAS - POSTO FISCAL - PRETENSÃO DE NÃO PAGAMENTO DE DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA DO ICMS VISANDO LIBERAÇÃO DE MERCADORIA APREENDIDA - PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA - SECRETÁRIO DE ESTADO DE FAZENDA - ACOLHIMENTO - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.

No mandado de segurança autoridade coatora é aquela que pratica, o se omite de praticar, ato impugnado, lesivo de direito líquido e certo. Na hierarquia de um secretaria de estado há diversos níveis de competência e cada funcionário é responsável pelo que ocorre dentro de seu nível funcional. Se no mandado de segurança vem perfeitamente discriminada a atuação funcional de determinado servidor, é ele o legitimado para responder a segurança.

A ilegitimidade passiva importa extinção do processo, nos termos do inciso VI do art. 267 do CPC, pois não assiste ao julgador determinar contra quem o impetrante, que é titular da ação, deve direcional o Mandado de Segurança."

Superior Tribunal de Justiça

Nos argumentos do recurso ordinário (e-STJ fls. 329-363), defende o recorrente que o acórdão impugnado partiu de premissa equivocada, isto porque considerou que a impetrante pleiteia combater ato de Agente de Tributos consubstanciado na apreensão de mercadoria.

Aponta que não há dúvidas sobre a legitimidade da autoridade impetrada, pois o "*remédio heróico se deu unicamente na sua modalidade preventiva, buscando demonstrar que a exigência do diferencial de alíquota de 9%, nos caos de remessa para destinatário no Estado do Mato Grosso, que ostentava a condição de não contribuinte do ICMS, violava flagrantemente o disposto no artigo 155, §2º, inciso VII, letras 'a' e 'b' da Constituição Federal de 1988*" (e-STJ fl. 122).

Pugna, por fim, para que se reconheça a legitimidade passiva da autoridade coatora indicada na peça vestibular do *writ*, bem como, a teor do art. 515, § 3º, do CPC, para que se conceda a segurança postulada.

Contrarrazões nas quais se pugna pela manutenção do acórdão recorrido (e-STJ fls. 145-152).

Parecer do Subprocurador-Geral da República que opina no sentido do provimento do recurso ordinário, conforme os termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 172):

"RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. APREENSÃO DE MERCADORIAS - POSTO FISCAL - PRETENSÃO DE NÃO PAGAMENTO DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA DO ICMS VISANDO LIBERAÇÃO DE MERCADORIA APREENDIDA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. PARECER PELO PROVIMENTO DO RECURSO."

É, no essencial, o relatório.

Assiste razão ao recorrente.

Deve ser parcialmente provido o recurso ordinário, para determinar a anulação do julgamento ocorrido na origem, com a devolução dos autos para que haja nova deliberação.

Argumenta a recorrente (e-STJ fl. 338):

"Com efeito, o manejo do remédio heróico se deu unicamente na sua modalidade preventiva, buscando demonstrar que a

Superior Tribunal de Justiça

exigência do diferencial de alíquota de 9%, nos casos de remessa para destinatário no Estado do Mato Grosso, que ostentava a condição de não contribuinte do ICMS, violava flagrantemente o disposto no artigo 155, §2º, inciso VII, letras 'a' e 'b' da Constituição Federal de 1988.

[...]

A rigor, cabia ao Secretário de Fazenda do Estado do Mato Grosso coibir a sistemática exigência de diferencial de alíquota naqueles casos em que a remessa feita para destinatário naquele Estado, que não ostentasse a condição de contribuinte do ICMS.

Não se tratava de coibir ato de apreensão de mercadoria, conforme anteriormente salientado, mas efetiva [r] ordem para se suspender as recorrentes vulnerações ao artigo 155, §2º, inciso VII, letras 'a' e 'b' da Constituição Federal de 1988, prerrogativa essa exclusiva daquele agente político" (e-STJ fls. 122/129).

De fato, na mesma linha do opinativo do Ministério Público Federal, entendo que resta caracterizada a legitimidade passiva da autoridade impetrada. Isto porque o Secretário Fazenda de Estado do Mato Grosso possui legitimidade para corrigir o ato atentatório ao direito líquido e certo da recorrente.

A propósito:

"TRIBUTÁRIO - PROCESSO CIVIL - ICMS - ALÍQUOTA - SELETIVIDADE - DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - DESNECESSIDADE DE NOVA SUBMISSÃO AO PLENÁRIO - ART. 481, PARÁGRAFO ÚNICO, CPC - SECRETÁRIO DE FAZENDA ESTADUAL - LEGITIMIDADE PASSIVA - CONTRIBUINTE DE FATO E CONTRIBUINTE DE DIREITO - LEGITIMIDADE ATIVA.

1. É desnecessária a submissão da arguição de inconstitucionalidade ao plenário do Tribunal se anterior arguição jurídica já fora julgada procedente com o mesmo objeto. Inteligência do art. 481, parágrafo único, do CPC.

2. O Secretário de Fazenda Estadual é o responsável pela edição de Decreto regulamentar, no qual se exige ICMS com alíquota seletiva, objeto da impetração.

3. Tanto o contribuinte de fato como o contribuinte de direito têm interesse jurídico na cessação da ilegalidade consubstanciada em cobrança de imposto com alíquota considerada inconstitucional.

4. Recurso especial não provido."

(REsp 1.094.422/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda

Superior Tribunal de Justiça

Turma, julgado em 23.6.2009, DJe 4.8.2009.)

"RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. SECRETÁRIO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO. AUTORIDADE COATORA. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM RECONHECIDA. REQUISITOS PARA INVESTIDURA DO CARGO. COMPROVAÇÃO NO MOMENTO DA POSSE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 266 DESTA C. CORTE. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. SEGURANÇA CONCEDIDA.

I - Restando comprovado nos autos que o ato emanado do Secretário Estadual de Educação teria violado direito líquido e certo da impetrante, inafastável o reconhecimento da legitimidade dessa autoridade para figurar no pólo passivo da ação mandamental. Precedentes.

II - "O diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público" (Súmula 266/STJ).

Recurso ordinário provido. Segurança concedida."

(RMS 26.357/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 21.8.2008, DJe 8.9.2008.)

Friso que as demais alegações referentes ao mérito não podem ser apreciadas por devolução recursal, pelo que foi decidido pelo Pretório Excelso, com base no art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil.

"RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL – MANDADO DE SEGURANÇA – DEVOLUTIVIDADE. O disposto no § 3º do artigo 515 do Código de Processo Civil não se aplica ao recurso ordinário em mandado de segurança, cuja previsão, no tocante à competência, decorre de texto da Constituição Federal. Precedentes: Embargos de Declaração no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 24.309/DF, julgado na Primeira Turma, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 21.469/DF e Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 23.286/DF, julgados na Segunda Turma, todos de minha relatoria, e Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 26.959/DF, julgado no Pleno, redator para o acórdão Ministro Menezes Direito, com acórdãos publicados no Diário da Justiça de 30 de abril de 2004, 7 de agosto de 1992, 11 de junho de 1999 e 15 de maio de 2009, respectivamente."

(RE 621.473/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 23.11.2010, publicado no DJe em 23.3.2011, Ementário vol. 2.487-02, p. 255, LEXSTF v. 33, n. 388, 2011, pp. 418-424.)

Superior Tribunal de Justiça

Por conta desse entendimento é que não cabe apreciar os contornos específicos do debate havido na origem. Somente se deu provimento para que retornem os autos, e a questão seja examinada pelo prisma do mérito.

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, dou provimento parcial ao recurso para anular o acórdão recorrido, determinando que seja reapreciado o *writ*, porquanto a autoridade apontada como coatora é parte legítima para figurar no polo passivo da demanda.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 15 de dezembro de 2011.

MINISTRO HUMBERTO MARTINS
Relator

