

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 51.711 - PR (2016/0207608-2)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
RECORRENTE : THERMO KING DO BRASIL LTDA
ADVOGADOS : CARLOS EDUARDO MANFREDINI HAPNER - PR010515
FABIO ARTIGAS GRILLO - PR024615
ANTONIO JOSE NASCIMENTO DE SOUZA POLAK - PR033218
ALYSSON AMORIM YAMASAKI E OUTRO(S) - PR059434
RECORRIDO : ESTADO DO PARANÁ
PROCURADOR : DULCE ESTHER KAIRALLA E OUTRO(S) - PR022601

DECISÃO

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. DIREITO À APURAÇÃO DO CRÉDITO PRESUMIDO DE ICMS. LEI ESTADUAL 14.985/2006. ILEGITIMIDADE DO SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO. RECURSO ORDINÁRIO DA EMPRESA A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.

1. Trata-se de Recurso em Mandado de Segurança interposto por THERMO KING DO BRASIL LTDA. contra acórdão proferido pelo TJPR, assim ementado:

MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. LEI ESTADUAL Nº 14.985/06 QUE CRIOU BENEFÍCIOS NAS IMPORTAÇÕES. ESCRITURAÇÃO EM CONTA GRÁFICA. DECRETO ESTADUAL Nº 6.891/2012. LEGALIDADE. FACULDADE PREVISTA NO ARTIGO 11 DA LEI Nº 14.985/06. LEI ESTADUAL Nº 14.985/06. BENEFÍCIO DIRECIONADO PARA IMPORTADORES COM DOMICÍLIO NO ESTADO DO PARANÁ. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA NÃO -DISCRIMINAÇÃO TRIBUTÁRIA. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO QUE SE SUJEITA À RESERVA ABSOLUTA DE LEI FORMAL (ART. 150, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). NECESSIDADE DE CONVÊNIO (CONFAZ). VIOLAÇÃO ARTS. 155, § 2º, XII, "G"; ART. 155, § 2º, VI; ART. 150, § 6º; ART. 152, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (PRINCÍPIO DA ISONOMIA TRIBUTÁRIA). SUPERVENIENTE JULGAMENTO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DA ADI Nº 4481 QUE DECLAROU A INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DA LEI ESTADUAL Nº 14.985/06. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. EFICÁCIA A PARTIR DO JULGAMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE (11/03/2015). LEGALIDADE DO DECRETO ESTADUAL Nº 6891/2012. PREVISÃO LEGAL. ANTES DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, AFIGURA-SE CORRETA A APLICAÇÃO DA LEI ESTADUAL Nº 14.985/06, COM AS DISPOSIÇÕES

DO DECRETO ESTADUAL Nº 6.891/2012. APÓS A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO, QUANTO À APURAÇÃO DO CRÉDITO PRESUMIDO, A PARTIR DE 01/2013. CUSTAS PELO IMPETRANTE. MANDADO DE SEGURANÇA DENEGADO (fls. 303/304).

2. Os Embargos de Declaração opostos foram rejeitados (fls. 359/367).

3. Em suas razões recursais, a Impetrante defende a manutenção dos benefícios fiscais concedidos pela Lei Estadual 14.985/2006, mesmo após a declaração de sua inconstitucionalidade pelo STF (ADI 4.481/PR), com efeitos a partir de 11.3.2015. Aduz, para tanto, que o Decreto Estadual 6.891/2012, que deixou de conceder o crédito presumido de ICMS, possui vícios de inconstitucionalidade e ilegalidade.

4. Requer, ao final, que o Secretário de Estado da Fazenda do Paraná abstenha-se de exigir da empresa, ora recorrente, a obrigação inserida nos arts. 615 e 616 do RICMS/PR, com redação dada pelo Decreto Estadual 6.891/2012, mantendo-se, em relação às parcelas de ICMS devidas a partir de janeiro de 2013, o direito à apuração do crédito presumido, na forma da Lei Estadual 14.985/2006.

5. Apresentadas as contrarrazões (fls. 440/449), o Recurso Ordinário foi admitido.

6. O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do recurso, nos termos da seguinte ementa:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. APURAÇÃO DE CRÉDITO PRESUMIDO DE ICMS EM OPERAÇÕES DE IMPORTAÇÕES. PARANÁ. LEI ESTADUAL Nº 14.985/2006 DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO STF, COM MODULAÇÃO DE EFEITOS. DECRETO ESTADUAL Nº 6.891/2012. NÃO EXTRAPOLAÇÃO DO PODER REGULAMENTAR. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECURSO NÃO PROVIDO.

I – A empresa recorrente impetrou o presente mandado de

Superior Tribunal de Justiça

segurança com o intuito de abster a Secretaria de Fazenda do Estado do Paraná de aplicar a obrigação prevista nos artigos 615 e 616 do RICMS/PR, com redação conferida pelo Decreto Estadual nº 6.891/2012, a fim de manter eventual direito à apuração do crédito presumido de ICMS em operações de importações, na forma prescrita pela Lei Estadual nº 14.985/2006, a partir de janeiro de 2013.

II – No julgamento da ADI 4481/PR, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 14.985/2006, com eficácia somente a partir de 11 de março de 2015, não podendo a empresa recorrente se beneficiar de regime menos gravoso instituído por norma inconstitucional.

III – Entre janeiro de 2013 e 11 de março de 2015, período em que a Lei Estadual nº 14.985/2006 esteve vigente devido à modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, a empresa recorrente também não tem direito líquido e certo à manutenção dos benefícios fiscais concedidos pela referida norma, pois o Decreto Estadual nº 6.891/2012 apenas regulamentou a própria prerrogativa atribuída ao Poder Executivo pelo art. 11 da Lei Estadual nº 14.985/2006, possibilitando a não concessão do benefício à importação na hipótese dessa vantagem causar prejuízo à indústria, à agricultura ou à economia do Estado, resguardando as finanças públicas.

IV – Parecer pelo não provimento do recurso ordinário em mandado de segurança (fls. 468).

7. É o relatório.

8. O STJ possui entendimento consolidado de que o Secretário de Estado não possui legitimidade para figurar no polo passivo de Mandado de Segurança em que se discute a incidência de tributos, uma vez que essa autoridade não tem competência para lançar e exigir o recolhimento da exação.

9. A orientação acima aplica-se à hipótese dos autos, em que o Impetrante postula que os créditos presumidos de ICMS, a título de benefício fiscal instituído pela Lei 14.985/2006, sejam contabilizados no momento da apuração do crédito tributário.

10. Nessa mesma linha de raciocínio, confirmam-se os seguintes julgados:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE

Superior Tribunal de Justiça

SEGURANÇA. TUSD. TUST. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO. ICMS. AUTORIDADE COATORA. SECRETÁRIO DE ESTADO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. RECURSO ORDINÁRIO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. CONHECIMENTO DE OFÍCIO. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. ART. 485, VI, DO CPC/2015.

I - Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança impetrado contra o Secretário de Estado da Tributação do Rio Grande do Norte, objetivando o afastamento da incidência de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) sobre os Encargos de Uso do Sistema de Distribuição (EUSD) de energia elétrica, quais sejam: a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST).

II - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que, em regra, o Secretário de Estado não possui legitimidade para figurar no polo passivo de mandado de segurança em que se discute incidência de tributos. Precedentes: AgInt no RMS n. 36.682/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 26/9/2017, DJe 9/10/2017; RMS n. 54.333/RN, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 19/9/2017, DJe 20/10/2017; AgInt no RMS n. 54.968/RN, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 15/5/2018, DJe 21/5/2018; e AgInt no RMS n. 35.512/RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 27/11/2018, DJe 7/12/2018.

III - A legitimidade da parte condiciona a resolução do mérito do processo, nos termos do art. 485, VI, do CPC/2015, constituindo matéria de ordem pública passível de controle de ofício, ou seja, independentemente de provocação, a qualquer tempo e grau de jurisdição ordinária, consoante o disposto no art. 485, § 3º, do CPC/2015.

IV - O reconhecimento da ilegitimidade do Secretário de Estado da Tributação do Rio Grande do Norte para figurar no polo passivo do mandado de segurança impetrado com o intuito de discutir a base de cálculo do ICMS decorre, igualmente, da impossibilidade de aplicação, ao caso em tela, da Teoria da Encampação, porquanto a retificação da autoridade coatora importaria, necessariamente, a alteração do Órgão Julgador da ação mandamental. Precedentes: AgInt no RMS n. 49.232/MS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 5/5/2016, DJe 18/5/2016; AgInt no RMS n. 53.867/MG, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 21/3/2019, DJe 3/4/2019; e AgInt no RMS n. 58.354/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 26/2/2019, DJe 1º/3/2019.

V - Recurso ordinário conhecido para julgar extinto o processo, sem resolução do mérito, em virtude da ilegitimidade passiva da autoridade

apontada como coatora, nos termos do art. 485, VI, do CPC/2015 (RMS 54.996/RN, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJe 17.6.2019).

2 2 2

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. 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 IMPETRADA, NO POLO PASSIVO DO MANDADO DE SEGURANÇA. PRECEDENTES DO STJ. EXTINÇÃO DO PROCESSO, DE OFÍCIO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, RESTANDO PREJUDICADO O RECURSO ORDINÁRIO.

I. Trata-se, na origem, de Mandado de Segurança, ajuizado em 29/10/2014, contra o Secretário da Fazenda do Estado de Minas Gerais, perante o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no qual se pretende afastar a aplicabilidade da Resolução 3.166, de 11/07/2001, que veda a apropriação de créditos do 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.

II. De acordo com os arts. 267, VI, § 3º, 301, X, § 4º, 515 e 540 do CPC/73 (correspondentes aos arts. 485, VI, § 3º, 337, XI, § 5º, 1.013 e 1.028 do CPC/2015, respectivamente) c/c os arts. 34 da Lei 8.038/90 e 247 do RISTJ, este Tribunal, no exercício de sua competência recursal ordinária, pode, de ofício, extinguir o processo de Mandado de Segurança, sem resolução do mérito, quando a parte impetrante for carecedora de ação, por ausência de qualquer das condições da ação mandamental. Ainda que o Tribunal de origem haja considerado presentes os pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, bem como as condições da ação, o STJ pode reconhecer, de ofício, a ausência de qualquer pressuposto processual ou condição da ação, não havendo que se falar, nessa hipótese, em ofensa ao princípio que veda a reformatio in pejus.

III. Sendo preventivo o mandado de segurança, desnecessária a existência concreta de ato coator, porquanto o receio de ato que venha a violar o direito líquido e certo da parte impetrante é suficiente a ensejar a

impetração. Entretanto, 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 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, por reputar inconstitucional tal norma de direito local. Assim, incide, na espécie, a Súmula 266/STF ("Não cabe mandado de segurança contra lei em tese").

IV. A Primeira Seção do STJ, ao julgar o MS 4.839/DF (Rel. Ministro ARI PARGENDLER, DJU de 16/02/98), 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".

V. 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.

VI. Sobre a 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, cumulativamente, 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 indevida modificação ampliativa de competência jurisdicional absoluta.

VII. A mais recente jurisprudência da Segunda Turma do STJ orienta-se no sentido de que o Secretário de Estado da Fazenda não possui legitimidade para figurar, como autoridade coatora, em mandado de segurança que visa afastar restrições ao aproveitamento de créditos de ICMS. Nesse sentido: AgRg no RMS 32.648/PE, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/11/2015; AgRg no RMS 49.945/MG, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/03/2016. No mesmo sentido são os seguintes precedentes atuais da

Superior Tribunal de Justiça

Primeira Turma desta Corte: AgInt no RMS 51.519/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 16/12/2016; AgInt no RMS 46.013/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 29/08/2016; AgRg no RMS 30.771/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 30/11/2016; AgInt no RMS 49.232/MS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 18/05/2016.

VIII. A partir da interpretação analítica da legislação estadual pertinente à Secretaria da Fazenda do Estado de Minas Gerais, ao Secretário de Estado da Fazenda e aos Agentes Fiscais de Tributos Estaduais, Auditores Fiscais da Receita Estadual e Fiscais de Tributos Estaduais, especialmente os arts. 201, § 1º, da Lei estadual 6.763/75 e 188 do Decreto estadual 43.080/2002, impõe-se a conclusão de que a fiscalização e a cobrança do ICMS não se incluem entre as atribuições do Secretário da Fazenda do Estado de Minas Gerais. Ao contrário, tais atos de fiscalização e cobrança competem, exclusivamente, aos Agentes Fiscais de Tributos Estaduais, Auditores Fiscais da Receita Estadual e Fiscais de Tributos Estaduais.

IX. Não se aplica ao caso a teoria da encampação, pois a indevida presença do Secretário de Estado da Fazenda, no polo passivo deste Mandado de Segurança, implicou modificação da competência jurisdicional, disciplinada pela Constituição do Estado de Minas Gerais.

X. Julgado extinto o presente Mandado de Segurança, sem resolução do mérito, logicamente não cabe ao STJ pronunciar-se sobre o mérito da causa ou do Recurso Ordinário, porquanto tal pronunciamento seria incompatível com a decisão tomada. Nesse contexto, também não se justifica o sobrestamento do feito, até o julgamento do Recurso Extraordinário 628.075/RS, pelo STF, na forma estabelecida pelo art. 1.030, III, do CPC/2015.

XI. Extinção do Mandado de Segurança, de ofício, sem resolução do mérito, com fundamento no art. 485, VI, § 3º, do CPC/2015.

XII. Recurso Ordinário prejudicado (RMS 51.486/MG, Rel. Min. ASSUETE MAGALHÃES, DJe 30.4.2019).

2 2 2

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

Superior Tribunal de Justiça

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. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 17.3.2015).*

11. Ante o exposto, nega-se seguimento ao Recurso Ordinário da Empresa, por reconhecer, de ofício, a ilegitimidade do Secretário de Estado de Fazenda do Estado do Paraná e, em consequência, denegar a ordem, nos termos do art. 6o., § 5o. da Lei 12.016/2009.

12. Publique-se. Intimações necessárias.

Brasília (DF), 31 de março de 2020.

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
MINISTRO RELATOR