



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA PARAÍBA
GABINETE DO DESEMBARGADOR JOSÉ RICARDO PORTO

DECISÃO MONOCRÁTICA

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2013772-17.2014.815.0000.

Relator :Des. José Ricardo Porto.
Impetrante :Botica Farmácia de Manipulação Ltda.
Advogados :João Peixoto Neto.
Impetrado :Secretário de Receita do Estado da Paraíba.

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO FISCAL. SUPOSTA OMISSÃO DE VENDAS. JULGAMENTO DE RECURSO. AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA. SECRETÁRIO DA RECEITA. IMPETRADO QUE NÃO É O RESPONSÁVEL PELA EXECUÇÃO DO ATO. ILEGITIMIDADE PASSIVA CONFIGURADA. PRECEDENTES DESTA CORTE EM CASOS SIMILARES. ARESTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. ACOLHIMENTO DE OFÍCIO. DENEGAÇÃO DA ORDEM SEM APRECIÇÃO DO MÉRITO. NOVA NORMA DO MANDAMUS. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 267, VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, C/C O DISPOSTO NO ARTIGO 6º, §5º, DA LEI Nº 12.016/2009.

- O Secretário de Estado da Receita não ostenta legitimidade para figurar como autoridade coatora em mandado de segurança que combate o resultado de julgamento de recurso de processo administrativo fiscal, eis que a prática de tal ato cabe ao Conselheiro Relator, integrante do Conselho de Recursos Fiscais. Portanto, nos termos do art. 6º, §3º, da Lei Federal n.º 12.016/09, o impetrante deve indicar o responsável direto pela execução do ato praticado.

- “Art. 6º - O Conselho de Recursos Fiscais é o órgão de representação paritária entre os contribuintes e a Fazenda Estadual, supervisionado pelo Secretário da Receita Estadual, que tem a finalidade de julgar, em segunda instância administrativa, os recursos interpostos contra decisões proferidas em processos contenciosos fiscais ou de consulta.” (Art. 6º do Decreto Estadual nº 25.826/2005).

- Pelo simples fato de ser o titular da Pasta, ocupando o topo da cadeia hierárquica, o Secretário de Estado da Receita não pode, automaticamente, ser responsabilizado, em sede de mandado de segurança, por todos os atos a serem ou já praticados pelos seus

subordinados, ressalvados os casos em que incide a Teoria da Encampação, inaplicável ao caso concreto, eis que inexistente manifestação meritória, além do que o verdadeiro responsável e o declinado equivocadamente como tal atraem a competência de distintos órgãos julgadores para apreciação do *writ*. Precedentes do TJPB em casos similares.

- “*Os agentes do Fisco Estadual que, de conformidade com as atribuições que lhes são conferidas, realizam a apreensão de mercadorias, constituem-se parte legítima para figurar no pólo passivo de writ que vise à desconstituição do ato por eles praticado.*” (TJPB. Tribunal Pleno. MS nº 999.2011.000953-0/001. Rel. Des. Joás de Brito Pereira Filho. **J. em 08/02/2012**).

- “*MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. APREENSÃO DE MERCADORIA E LIBERAÇÃO CONDICIONADA AO PAGAMENTO DE TRIBUTO. ATO ATRIBUÍDO AO SECRETÁRIO DE ESTADO DA RECEITA. INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. MATERIALIZAÇÃO DA ILEGITIMIDADE PASSIVA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.*” (TJPB. MS nº 999.2011.001076-9/001. **Segunda Seção Especializada Cível**. Rel. Des. Romero Marcelo da Fonseca Oliveira. **J. em 16/05/2012**)

- “*O mandado de segurança ajuizado para impugnar registro no SIAFI/CAUC foi proposto contra o Ministro de Estado da Agricultura e do Desenvolvimento Agrário não sendo este a autoridade coatora, pois não praticou pessoalmente o ato impugnado.*” (STJ. MS 15568 / DF. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. **J. em 14/09/2011**).

- “*Nos moldes da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a teoria da encampação deve ser aplicada quando a autoridade apontada como coatora, em mandado de segurança, na mesma oportunidade, não se limita a suscitar apenas a sua ilegitimidade, mas também a defender o ato impugnado, assumindo o polo passivo da demanda, circunstância que não aplica à espécie dos autos.*” (TJPB. AC nº 200.2009.018339-9/001. Rel. Juiz Conv. Miguel de Britto Lyra Filho. **J. em 29/07/2013**).

- A ilegitimidade *ad causum* caracteriza-se como matéria de ordem pública, razão pela qual pode ser reconhecida de ofício pelo Magistrado.

- Reconhecida a ilegitimidade *ad causum* da autoridade apontada como coatora, e não restando nenhum impetrado para compor o polo passivo da ação mandamental, a extinção do feito sem resolução de mérito é medida que se impõe.

- “*Art. 6º das Lei 12.016/09.*”

(...)

§5º Denega-se o mandado de segurança nos casos previstos pelo art. 267 da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil.” (§5º, do art. 6º, da Lei nº 12.016/2009).

VISTOS.

Trata-se de mandado de segurança impetrado pela Botica Pharmácia de Manipulação Ltda, em desfavor de ato do Secretário de Receita do Estado da Paraíba, referente ao julgamento de recurso de processo administrativo fiscal, acerca de suposta omissão na vendas de bens para fins de pagamento de ICMS.

A impetrante assevera que exerce atuação empresarial na prestação de serviços farmacêuticos para manipulação de fórmulas, não comercializando quaisquer produtos sujeitos ao ICMS.

Logo em seguida, proclama que, após a autuação fiscal e a formalização de procedimento administrativo, apresentou defesa amparada num *“arsenal de documentos e informações, capazes de atestar a inserção de sua atividade empresarial no regime do ISSQN, sua plena quitação com a Receita Municipal de João Pessoa, bem como a grave intenção confiscatória e lesiva, empreendida pela autoridade tributante estadual”* - fls. 09.

Ato contínuo, afirma que mesmo com os seus argumentos e toda documentação acostada, bem como contrariando decisão administrativa de 1ª instância, a qual lhe foi favorável, a Administração, através do Conselho de Recursos Fiscais, reformou o *decisum* anterior e indeferiu o seu intento, condenando-lhe no pagamento de R\$ 34.826,44 (trinta e quatro mil, oitocentos e vinte e seis reais e quarenta e quatro centavos).

Dito isso, defende a ilegalidade do ato praticado, porquanto *“os auditores não identificaram no decorrer da ação fiscalizatória, e nem conseguiram demonstrar formalmente no processo administrativo, através de provas, a existência de quaisquer produtos farmacêuticos industrializados, expostos à comercialização, que pudessem ser tributáveis pelo ICMS”* - fls. 12.

Dessa forma, alega, ainda, que tal situação, pagamento de ISS já realizado perante a Prefeitura de João Pessoa, bem como o adimplemento de ICMS cobrado pelo Estado da Paraíba, configura em bitributação, prática vedada pela nossa Carta Magna.

Com efeito, após tecer comentários acerca do processo de manipulação e de citar jurisprudência a favor de sua tese, pugna pela concessão da ordem mandamental para cessar os efeitos do acórdão nº 227/2014-CRF-PB, o arquivamento definitivo do Processo nº 0761512008-0, bem como que seja determinado que a autoridade coatora se abstenha de exigir o recolhimento do imposto em referência (ICMS) sobre os serviços farmacêuticos prestados pela impetrante.

Acostou documentos, às fls. 29/65, inclusive o comprovante das custas mandamentais, às fls. 66.

Impetrado perante uma das varas fazendárias desta Capital, o Magistrado de base declinou da competência, determino a remessa dos autos para este Corte – fls. 69.

É o necessário relatório. **DECIDO.**

Como foi relatado, a impetrante busca, através do presente *mandamus*, a concessão da ordem mandamental, no sentido de fazer cessar os efeitos do acórdão nº 227/2014-CRF-PB, o arquivamento definitivo do Processo nº 0761512008-0, bem como que seja determinado que a autoridade coatora se abstenha de exigir o recolhimento do imposto em referência (ICMS) sobre os serviços farmacêuticos por ela prestados.

Contudo, em que pese toda a argumentação exposta na inicial, penso que o julgamento de mérito deste *writ* encontra óbices de natureza processual intransponíveis, materializados na ilegitimidade passiva do Secretário de Receita do Estado da Paraíba.

Para o Superior Tribunal de Justiça “*considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática.*” (MS nº 14668/DF. Rel. Min. Benedito Gonçalves. J. em 24/03/2010).

A figura processual da autoridade coatora é concebida como aquela diretamente responsável pela execução do ato impugnado ou pela ordem direta de implementação, dirigida a servidor subordinado, encarregado da rotina meramente ordinatória da repartição, art. 6º, §3º, da Lei Federal nº 12.016/09.

O Decreto Estadual nº 25.826/05, que dispõe sobre a Estrutura Organizacional Básica da Secretaria da Receita Estadual, preceitua, *in verbis*:

“Art. 3º A Secretaria da Receita Estadual tem a seguinte Estrutura Organizacional Básica, cujo Organograma constitui o Anexo III deste Decreto:

1- DIREÇÃO SUPERIOR:

- 1. Secretário de Receita Estadual;*
- 2. Secretário Executivo da Receita Estadual; e*
- 3. Conselho de Recursos Fiscais.*

(...)

Art. 4º O Secretário da Receita Estadual é a autoridade máxima da Secretaria, a quem cabe o comando, o controle e a orientação normativa do sistema de tributação, arrecadação e fiscalização das receitas estaduais.

(...)

Art. 6º - O Conselho de Recursos Fiscais é o órgão de representação paritária entre os contribuintes e a Fazenda Estadual, supervisionado pelo Secretário da Receita Estadual, que tem a finalidade de julgar, em segunda instância

administrativa, os recursos interpostos contra decisões proferidas em processos contenciosos fiscais ou de consulta.” Grifei.

Por sua vez, o art. 726 do Regulamento do ICMS do Estado da Paraíba, leciona que:

“Art. 726. O julgamento em segunda instância far-se-á pelo Conselho de Recursos Fiscais, cujas decisões são definitivas, no que tange a serem irrecorríveis por parte do sujeito passivo, respeitados os Recursos previstos em seu Regimento.” Grifei.

O Secretário de Estado da Receita, pelo simples fato de ser o titular da Pasta, ocupando o topo da cadeia hierárquica, não pode, automaticamente, ser responsabilizado, em sede de mandado de segurança, por todos os atos praticados pelos seus funcionários subordinados investidos com poderes decisórios, ressalvados os casos em que incide a Teoria da Encampação, inaplicável ao caso concreto, ainda que houvesse futura e hipotética defesa de mérito da condutada impugnada, porquanto inexistente dúvida razoável quanto ao seu executor/ordenador, além do que o verdadeiro responsável e o declinado equivocadamente como tal atraem a competência de distintos órgãos julgadores para apreciação do *writ*.

Em casos similares, o Tribunal Pleno desta Corte de Justiça já se manifestou, em acórdão vazado nos seguintes termos:

“Mandado de Segurança. Apreensão de mercadoria. Ilegitimidade passiva do Secretário de Estado da Receita. Acolhimento. Ato praticado por auditor fiscal. Denegação da ordem. Inteligência dos arts. 267, VI, do CPC e 6º, §5º 3º e 5º, da Lei nº 12.016/2009. - Os agentes do Fisco Estadual que, de conformidade com as atribuições que lhes são conferidas, realizam a apreensão de mercadorias, constituem-se parte legítima para figurar no pólo passivo de writ que vise à desconstituição do ato por eles praticado. TJGO. 8699-4/195 - Duplo Grau de Jurisdição. Proc. nº 200300501948. Rel. Des. João Ubaldo Ferreira. 1ª Câni. Cível. J. 12/08/2003. DJ 14102 de 04/09/2003; - Ordem denegada.” (TJPB. Tribunal Pleno. MS nº 999.2011.000953-0/001. Rel. Des. João de Brito Pereira Filho. J. em 08/02/2012). Grifei.

Nesse mesmo diapasão, colaciono arestos das duas Seções Especializadas Cíveis do Areópago Paraibano:

“MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. APREENSÃO DE MERCADORIA E LIBERAÇÃO CONDICIONADA AO PAGAMENTO DE TRIBUTO. ATO ATRIBUÍDO AO SECRETÁRIO DE ESTADO DA RECEITA. INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. MATERIALIZAÇÃO DA ILEGITIMIDADE PASSIVA. DENEGAÇÃO DA ORDEM. A autoridade coatora no mandado de segurança é aquela que pratica ou se omite de praticar o ato impugnado, e detém

atribuições para cumprir a ordem. A teoria da encampação não é aplicada na hipótese em que ocorrer a ampliação da competência originária do órgão judicial para julgar a ação mandamental.” (TJPB. MS nº 999.2011.001076-9/001. Segunda Seção Especializada Cível. Rel. Des. Romero Marcelo da Fonseca Oliveira. J. em 16/05/2012). Grifei.

“MANDADO DE SEGURANÇA APREENSÃO DE MERCADORIAS SECRETÁRIO DE ESTADO IMPUGNAÇÃO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA NAS INFORMAÇÕES NÃO CONHECIMENTO ILEGITIMIDADE PASSIVA CARÊNCIA DE AÇÃO CPC, ART. 267, VI EXTINÇÃO DO PROCESSO. - A impugnação à assistência judiciária deve ser feita em autos apartados. Inteligência do art. 4º, §2º, da Lei 1.060/50. [...] Não tendo o Secretário da Receita Estadual atribuição para a correção do ato tachado de ilegal, há de se reconhecer a sua ilegitimidade passiva. - [...] Impossível adotar a teoria da encampação quando a autoridade coatora não se manifesta sobre o mérito da demanda, quando não houver dúvida fundada sobre a legitimidade da autoridade coatora e a aplicação importar em modificação de regra constitucional de competência CE, art. 104, XIII, d. Precedentes do STJ. Extinção do processo sem julgamento do mérito”. TJPB - Acórdão do processo nº 99920090003719001. Relator João Aves da Silva.” (TJPB. MS nº 999.2011.000938-1/001. Rel. Dr. Ricardo Vital de Almeida, Juiz convocado. J. em 18/04/2012). Grifei.

Ademais, a própria suplicante, nas razões de sua peça vestibular, afirma que **“o Conselho de Recursos Fiscais, alegando consulta formulada, reformou o conteúdo decisório monocrático, por intermédio do Acórdão nº 227/214 (Dec. 01), indeferindo/negando o intento da impetrante”** - fls. 09 – Grifei, de modo que não podemos dizer que o Secretário Estadual da Receita é o responsável direto e pessoal pela execução do ato praticado, repita-se mais uma vez.

Cito, ainda, aresto do Superior Tribunal de Justiça em hipóteses semelhantes:

“PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. REGISTRO NO SIAFI, SUBSISTEMA CAUC - CADASTRO ÚNICO DE CONVÊNIOS. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO MINISTRO DE ESTADO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO.

1. O mandado de segurança ajuizado para impugnar registro no SIAFI/CAUC foi proposto contra o Ministro de Estado da Agricultura e do Desenvolvimento Agrário não sendo este a autoridade coatora, pois não praticou pessoalmente o ato impugnado. Precedentes: MS 12322/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, julgado em 28.2.2007; MS 11405/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, julgado em 27.9.2006; AgRg no MS 12.495/DF, Rel.

Ministra Eliana Calmon, julgado em 9.5.2007;EDcl no MS 12.320/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, julgado em 27.6.2007.

2. Na notificação houve apenas o alerta para uma possível inclusão no CADIN acaso o TCU assim decidisse, o que demonstra a inexistência de ato concreto ou iminente a ser impugnado pela via do mandamus.

3. Mandado de Segurança extinto, sem resolução do mérito, na forma do art. 267, VI, do CPC.” (STJ. MS 15568 / DF. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. J. em 14/09/2011). Grifei.

Dito isso, dúvidas não restam de que o responsável pela conduta indicada como ilegal praticada (Julgamento de Recurso no Processo Administrativo) não é a autoridade apontada como coatora, e sim o integrante do Conselho de Recursos Fiscais designado para o julgamento do recurso do processo administrativo, nominado às fls. 46 como “Conselheira Relatora”.

Além do mais, no caso em disceptação, não podemos aplicar a Teoria da Encampação, eis que, apesar da existência de vínculo hierárquico, inexistente manifestação de mérito por parte do Secretário Estadual da Receita.

Em caso similar, colaciono precedente desta Corte:

“APELAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA C/C COBRANÇA. DEFENSORAS PÚBLICAS PENSIONISTAS E APOSENTADAS. IMPLANTAÇÃO DA GRATIFICAÇÃO POR ATIVIDADE ESPECIAL NOS PROVENTOS. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO ESTADO DA PARAÍBA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. INCONFORMISMO DA PARTE AUTORA. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. INAPLICABILIDADE. REQUISITOS NÃO OBSERVADOS NOS AUTOS. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. PREJUDICADOS. ÓBICE À ANÁLISE DE MÉRITO. MANUTENÇÃO DA PRELIMINAR. CONDIÇÃO DA AÇÃO. AUSÊNCIA. PREVIDÊNCIA. ÓRGÃO RESPONSÁVEL PELO PAGAMENTO DAS APOSENTADORIAS E PENSÕES DOS SERVIDORES DO ESTADO DA PARAÍBA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 4º E 38, DA LEI ESTADUAL Nº 7.517/03 C/C O ART. 1º, VI, DA LEI ESTADUAL Nº 7.545/ 04. MANUTENÇÃO DO DECISUM. DESPROVIMENTO. **Nos moldes da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a teoria da encampação deve ser aplicada quando a autoridade apontada com coatora, em mandado de segurança, na mesma oportunidade, não se limita a suscitar apenas a sua ilegitimidade, mas também a defender o ato impugnado, assumindo o polo passivo da demanda, circunstância que não aplica à espécie dos autos. Não há que se falar em adoção dos princípios constitucionais, da celeridade processual, efetividade e força normativa, quando a apreciação de tais matérias se encontram prejudicadas, frente à preliminar de mérito observada pela sentença e mantida nesta instância, no tocante à**

ilegitimidade passiva ad causam. Com a criação pela Lei estadual nº 7.517/03, da pbprev. Paraíba previdência. E posterior regulamentação pela Lei nº 7.545/04 ocorreu a transferência da responsabilidade pelo pagamento das aposentadorias e pensões dos servidores do estado para a aludida entidade previdenciária, legitimando-se, assim, para figurar no polo passivo da demanda onde se postula o pagamento de aposentadoria ou acréscimo dele decorrentes.” (TJPB. AC nº 200.2009.018339-9/001. Rel. Juiz Conv. Miguel de Britto Lyra Filho. J. em 29/07/2013). Grifei.

Oportuno destacar que o Regimento Interno desta Corte autoriza o relator a decidir, isoladamente, em casos desse jaez, senão vejamos:

“Art. 127. São atribuições do Relator:

(...)

X – extinguir o processo de competência originária do Tribunal, nas hipóteses previstas no artigo 267 e nos incisos III e V do artigo 269 do Código de Processo Civil, e resolver incidentes cuja solução não competir ao Tribunal, por algum de seus órgão;” (Art. 127, X, do RITJPB).

Por sua vez, o inciso VI, do art. 267, da Lei Adjetiva Civil, assevera que:

“Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

VI – quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;” (Inciso VI, do art. 267, do CPC).

Friso que a nova norma mandamental (Lei nº 12.016/2009), em casos desse jaez (ilegitimidade passiva – art. 267 - VI, do CPC), instituiu, tecnicamente, que nas hipóteses de extinção sem julgamento do mérito a segurança deve ser denegada, senão vejamos:

“Art. 6º

(...)

§5º Denega-se o mandado de segurança nos casos previstos pelo art. 267 da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil.” (§5º, do art. 6º, da Lei nº 12.016/2009).

Por último, destaco que nada impede que a impetrante ingresse com novo MS, indicando a autoridade coatora correta e dentro do prazo decadencial.

Dito isso, tratando-se de matéria de ordem pública, reconheço, de ofício, a ilegitimidade passiva do impetrado, para, com respaldo nas prescrições do §5º, do art. 6º, da Lei nº 12.016/2009, c/c dispositivo 267, VI, do CPC, **DENEGAR A SEGURANÇA**, sem apreciação de mérito.

Sem honorários advocatícios (Súmula 512 do STF).

Intimações necessárias. Cumpra-se.

João Pessoa/PB, 02 de dezembro de 2014.

José Ricardo Porto
Desembargador Relator

J/08