



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
Câmaras Reunidas
Gabinete do Desembargador JOMAR RICARDO SAUNDERS FERNANDES

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 4002343-78.2021.8.04.000

Impetrante: Alexandre de Almeida Farto

Advogado: Dr. Leonardo Henrique Berkembrock , OAB/RO 4.641 e outros.

Autoridade Coatora: Exmo. Secretário de Estado da Fazenda

Procuradora de Justiça: Dra. Jussara Maria Pordeus e Silva

Relator: Desembargador Jomar Ricardo Saunders Fernandes

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. DIREITO TRIBUTÁRIO. COBRANÇA DE ICMS. TRANSPORTE DE SEMOVENTES ENTRE ESTABELECIMENTOS DE MESMA PROPRIEDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SECRETÁRIO DE ESTADO DA FAZENDA. INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. SEGURANÇA DENEGADA.

1. O impetrante almeja provimento mandamental no sentido de que o Secretário Estadual da Fazenda se abstenha de cobrar o ICMS sobre as operações de transferência de semoventes entre arrendamentos rurais de sua propriedade, localizados entre os estados do Amazonas e Rondônia;
2. Ocorre que, nos moldes da jurisprudência do STJ, o suposto ato coator se encontra fora da esfera de atribuições do Secretário de Estado da Fazenda. De outro modo, pertence aos agentes fiscais, sob a supervisão e controle do Departamento de Fiscalização (DEFIS), nos termos do que dispõe Regimento Interno da SEFAZ-AM (Decreto Estadual nº 36.218/2015).
3. Ademais, é inviável a aplicação da teoria da encampação, porquanto ensejaria a ampliação indevida da competência originária do Tribunal de Justiça.
4. Assim, dever ser acolhida preliminar de ilegitimidade passiva, para julgar extinto o processo, sem julgamento de mérito e, na dicção do art. 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/2009, denegar a segurança requerida.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
Câmaras Reunidas
Gabinete do Desembargador **JOMAR RICARDO SAUNDERS FERNANDES**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos autos do **Processo nº 4002343-78.2021.8.04.0000**, em que são partes as acima indicadas, **ACORDAM** os Excelentíssimos Desembargadores que compõem as Câmaras Reunidas do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, por unanimidade de votos, e em consonância com o parecer do Graduado Órgão Ministerial, em **DENEGAR A SEGURANÇA REQUERIDA**, nos termos do voto do relator, que acompanha a presente decisão, dela fazendo parte integrante.

Desembargador **DOMINGOS JORGE CHALUB PEREIRA**

Presidente

Desembargador **JOMAR RICARDO SAUNDERS FERNANDES**

Relator

PROCURADORA DE JUSTIÇA



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
Câmaras Reunidas
Gabinete do Desembargador JOMAR RICARDO SAUNDERS FERNANDES

RELATÓRIO

Cuida-se de mandado de segurança preventivo, impetrado por ALEXANDRO DE ALMEIDA FARTO, em face do SECRETÁRIO DE FAZENDA DO ESTADO DO AMAZONAS, com o desiderato de obstar a cobrança de ICMS sobre o transporte de semoventes entre estabelecimentos rurais de sua propriedade.

Em síntese, o Impetrante alega que possui arrendamentos de gado localizados nos estados do Amazonas e Rondônia. Em razão disso, necessitou transportar dois semoventes de Lábrea para Porto Velho e, no dia 22.02.2021, foi surpreendido com a cobrança de ICMS, através do Documento Auxiliar de Nota Fiscal Eletrônica Avulsa – DANFE nº 643400 e do Documento de Arrecadação – DAR, expedidos com base na suposta “*transferência de produção do estabelecimento*”.

Prossegue narrando que, em virtude da urgência, realizou o pagamento do valor cobrado, conforme comprovante anexo à inicial. Alega, todavia, que o ato foi ilegal, uma vez que não se configurou negócio jurídico no qual há transferência de propriedade dos bovinos, ou seja, não há fato gerador para a incidência do tributo. Aduz, assim, que no exercício da atividade de produtor rural, possui direito líquido e certo à transferir os seus semoventes de um imóvel rural para o outro sem a incidência do ICMS.

Diante disso, requer ordem judicial no sentido de que os agentes de fiscalização da SEFAZ-AM se abstenham de realizar novas cobranças em relação às futuras transferências de gado entre os seus arrendamentos rurais, seja dentro do próprio estado ou para estados distintos, uma vez que necessita realizar tais operações com habitualidade.

Documentos anexados às fls. 17/49.

Às fls. 50 acautelei-me quanto à concessão da tutela de urgência, determinando a notificação da autoridade coatora para o oferecimento de informações,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
Câmaras Reunidas
Gabinete do Desembargador JOMAR RICARDO SAUNDERS FERNANDES

bem como o envio dos autos ao Ministério Público.

O Estado do Amazonas manifestou-se às fls. 59/68, arguindo a ilegitimidade da autoridade coatora, tendo em vista que de acordo com o entendimento consolidado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça o Secretário de Estado da Fazenda não possui legitimidade para figurar, como autoridade coatora, em mandado de segurança que visa afastar exigência fiscal supostamente ilegítima. Argumenta, ainda, que não há falar em aplicabilidade da Teoria de Encampação por implicar em modificação da competência absoluta para julgamento do *mandamus*.

A Procuradoria de Justiça, por sua vez, exarou promoção às fls. 81/85, em que manifesta o seu desinteresse em intervir no feito.

No primordial, é o relatório.

VOTO

A princípio, saliento que à luz do princípio da vedação à surpresa, contemplado no art. 10, do CPC, seria necessário, via de regra, ouvir o Impetrante acerca da alegação de ilegitimidade da autoridade coatora. Todavia, observa-se que após apresentadas as informações pelo Estado do Amazonas contendo tal argumentação, a parte se manifestou no processo às fls. 89/106, ou seja, tomou conhecimento acerca da questão suscitada, porém nada questionou nesse sentido.

Diante disso, passo ao exame imediato da preliminar em voga.

Nos termos do que dispõe o art. 6º, § 3º, da Lei nº 12.016/2009, considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática. Na mesma linha, é a doutrina de Hely Lopes Meireles:

"É autoridade coatora, para os efeitos da lei, a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado e o superior que baixa normas gerais para a sua execução. Não há confundir, entretanto, o simples executor material do ato com a autoridade por ele responsável. Coator é a autoridade superior que pratica ou ordena concreta e



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS

Câmaras Reunidas

Gabinete do Desembargador JOMAR RICARDO SAUNDERS FERNANDES

especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado e responde pelas suas consequências administrativas; executor é o agente subordinado que cumpre a ordem por dever hierárquico, sem se responsabilizar por ela. Incabível é a segurança contra autoridade que não disponha de competência para corrigir a ilegalidade impugnada. A impetração deverá ser sempre dirigida contra a autoridade que tenha poderes e meios para praticar o ato ordenado pelo Judiciário.¹

No caso concreto, o ato coator indicado é a cobrança de ICMS sobre o transporte de semovente entre arrendamentos de titularidade do Impetrante, localizados nos estados do Amazonas e Rondônia. Tal providência se encontra fora da esfera de atribuições do Secretário de Estado da Fazenda. De outro modo, pertence aos agentes fiscais, sob a supervisão e controle do Departamento de Fiscalização (DEFIS), nos termos do que dispõe Regimento Interno da SEFAZ-AM (Decreto Estadual nº 36.218/2015) Senão, vejamos o teor do art. 48 c/c art. 90:

Art. 48. O Departamento de Fiscalização – DEFIS, órgão vinculado à SER, tem por finalidade coordenar, programar, supervisionar e controlar a execução das atividades de fiscalização de contribuintes de receitas estaduais, nos termos da legislação do Estado do Amazonas, competindo-lhe especificamente: [...]

Art. 90. Ao Auditor Fiscal de Tributos Estaduais competem os encargos relacionados à gestão tributária, auditoria fiscal e contábil em estabelecimentos, julgamento no processo administrativo tributário, vistoria e fiscalização de mercadorias em trânsito, instrução processual, orientação e supervisão em unidades descentralizadas, bem como o lançamento de tributos, através de lavratura de Auto de Infração e Notificação Fiscal.

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça, de forma reiterada, tem manifestado entendimento 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 a exigência de ICMS, na hipótese de transferência de**

¹ Hely Lopes Meirelles. "Mandado de Segurança, Ação Popular, ...", 28ª ed., atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 63



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS

Câmaras Reunidas

Gabinete do Desembargador JOMAR RICARDO SAUNDERS FERNANDES

mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte, como demonstram os seguintes precedentes:

Decisão monocrática. [...] De fato, a impetrante não indicou qualquer ato, de efeitos concreto, já praticado, ou na iminência de ser praticado, pela autoridade impetrada – o Secretário da Fazenda do Estado de Minas Gerais –, a justificar a competência originária do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apenas sustentou a não-incidência de ICMS, nas operações de transporte de seu gado vivo ('em pé'), a partir de seus estabelecimentos situados no Estado de Minas Gerais, com destino aos seus estabelecimentos situados nos Estados de Goiás e de São Paulo. Nesse contexto, o Secretário da Fazenda do Estado de Minas Gerais não possui legitimidade para figurar, como autoridade coatora, no polo passivo deste Mandado de Segurança, que visa afastar a exigência do ICMS.

Isto porque, **de acordo com a orientação jurisprudencial predominante no STJ, 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.** [...] (Recurso em Mandado de Segurança nº 54.205-MG, Relatora Ministra Carmem Lúcia).

MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO - ILEGITIMIDADE PASSIVA - RECONHECIMENTO - POSIÇÃO DO STJ.

Segundo a jurisprudência assente no Superior Tribunal de Justiça, o Secretário de Estado da Fazenda de Minas Gerais é parte ilegítima para figurar no pólo passivo de mandado de segurança impetrado, preventivamente, contra possível ato futuro de fiscalização do ICMS, sendo inaplicável a teoria da encampação, por implicar a modificação da competência estabelecida no art. 106, I, "c", da Constituição do Estado de Minas Gerais. Denegação da ordem. (Mandado de Segurança n. 1.0000.13.075148-0/000. Rel. Des. Judimar Biber. 3ª Câmara Cível. DJe em 24/10/2014);

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO 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 AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL E DEU PROVIMENTO AO RECURSO



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS

Câmaras Reunidas

Gabinete do Desembargador JOMAR RICARDO SAUNDERS FERNANDES

ESPECIAL, POR ESTAR O ACÓRDÃO RECORRIDO EM MANIFESTA DIVERGÊNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ. AGRAVO 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 arecursos 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. Agravo Regimental improvido. - (AgRg no AgRg no AREsp 742.631/SE. Rel. Ministra Assuste Magalhães. 2ª Turma. DJe 29/03/2016);

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE BENS DO ATIVO IMOBILIZADO. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA O SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DO MATO GROSSO PARA QUE SE ABSTENHA DE COBRAR ICMS. ILEGITIMIDADE PASSIVA. EXTINÇÃO DO FEITO.

1. Busca a impetrante provimento mandamental para que o Secretário da Fazenda do Estado do Mato Grosso se abstenha de cobrar o ICMS sobre as operações de transferência de bens de seu ativo imobilizado entre seus próprios estabelecimentos, sejam em operações interestaduais ou internas, destinadas ao Estado ou deste para outros Estados da Federação.

2. A pretensão acha-se à margem da competência atribuída ao Secretario da Fazenda. Segundo a legislação estadual aplicável, não é ele quem lavra autos de infração ou determina que se proceda à autuação dos contribuintes em decorrência do não pagamento de tributos estaduais.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS

Câmaras Reunidas

Gabinete do Desembargador **JOMAR RICARDO SAUNDERS FERNANDES**

3. Também não cabe invocar a Teoria da Encampação. A Primeira Seção, ao apreciar o MS 10.484/DF, em 24.08.05, traçou os requisitos mínimos para a sua aplicação. Ficou esclarecido, na oportunidade, que a tese somente incide se: **(a)** houver vínculo hierárquico entre a autoridade erroneamente apontada e aquela que efetivamente praticou o ato ilegal; **(b)** a extensão da legitimidade não modificar regra constitucional de competência; **(c)** for razoável a dúvida quanto à legitimação passiva na impetração; e **(d)** houver a autoridade impetrada defendido a legalidade do ato impugnado, ingressando no mérito da ação de segurança.

4. A dúvida fundada que legitima tal teoria ocorre quando o mandado de segurança é impetrado, por exemplo, contra o delegado da receita estadual, embora a legislação de regência atribua a um diretor de arrecadação a responsabilidade pelo controle da receita tributária no Estado. Não é o caso dos autos, pois a indicação do Secretário da Fazenda como legitimado passivo para o mandamus configura erro inescusável, não havendo espaço para a encampação do ato coator.

5. Ainda que assim não fosse, outro óbice à adoção da teoria, qual seja, o fato de que o Secretário da Fazenda do Estado de Mato Grosso tem foro especial por prerrogativa de função, de modo que aceitar a encampação do ato importaria, em última análise, na modificação de regra de competência fixada na Constituição do Estado.

6. Assim, mostram-se ausentes dois dos requisitos necessários à aplicação válida da Teoria da Encampação: **(a)** inexistência de modificação de regra constitucional de competência e **(b)** dúvida razoável quanto à legitimação passiva na impetração. Desse modo, deve ser acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva da autoridade coatora.

7. Recurso ordinário não provido" (STJ, RMS 30.848/MT, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe de 11/06/2010).

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. INAPLICABILIDADE.

1. Como bem observando pelo Tribunal de origem, considerando a pretensão contida no mandamus - afastamento do ICMS nas transferências de mercadorias entre estabelecimentos da impetrante - , verifica-se que a atribuição para a prática do ato é do Diretor da Coordenação da Receita da Secretaria da Fazenda (art. 56, XI, da Lei Estadual 11.580/2006), inexistindo ato que possa ser atribuído ao Governador do Estado ou ao Secretário de Fazenda.

2. É inviável a aplicação da teoria da encampação quando enseja a ampliação indevida da competência originária do Tribunal de Justiça.

3. Agravo regimental não provido" (STJ, AgRg no RMS 36.113/PR, Rel.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
Câmaras Reunidas
Gabinete do Desembargador **JOMAR RICARDO SAUNDERS FERNANDES**

Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 25/09/2013).

DIREITO CONSTITUCIONAL - DIREITO PROCESSUAL CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO - RESOLUÇÃO 3.166/01 - RESTRIÇÃO A APROPRIAÇÃO DE CRÉDITOS DE ICMS - IMPETRAÇÃO CONTRA O SECRETÁRIO DE ESTADO DA FAZENDA - ILEGITIMIDADE PASSIVA - IMPETRAÇÃO CONTRA LEI EM TESE - IMPOSSIBILIDADE - SEGURANÇA DENEGADA.

- Além de não competir ao Secretário de Estado de Fazenda, mas, sim, aos Agentes Fiscais, a fiscalização e a cobrança do ICMS, não se admite a impetração de mandado de segurança contra lei em tese. - (Mandado de Seg. Coletivo n. 1.0000.14.101224-5/000. Rel. Des. Moreira Diniz. 4ª Câmara Cível. DJe em 26/06/2015);

Nesse contexto, admitir que o Secretário de Estado da Fazenda possa ser a autoridade administrativa que realizou ou realizará o ato impugnado/impugnável significaria ampliar demasiadamente a competência inerente ao cargo, notadamente tendo em vista que, em regra, a ele são atribuídas funções que implicam a edição de comandos gerais para execução da lei e não, propriamente, a execução de cobranças e imposição de sanções. Em resumo, não é possível atribuir a ele, de forma genérica, a responsabilidade pela possível execução material de atos de fiscalização tributária no que concerne ao deslocamento de gado vivo entre estabelecimentos de mesma propriedade do impetrante.

É preciso considerar, ainda, que não há falar em aplicabilidade da Teoria da Encampação, porquanto nos termos definidos na Súmula 628, do STJ esta exige que sejam cumpridos cumulativamente os seguintes requisitos: a) discussão do mérito nas informações; b) subordinação hierárquica entre a autoridade efetivamente coatora e a apontada como tal pela inicial e c) ausência de modificação de competência. Na situação específica dos autos, haveria evidente modificação da competência, uma vez que a presença do Secretário de Estado no polo passivo da demanda atrai a competência das Câmaras Reunidas para julgamento da causa (art. 50, II, e, da CF/88).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
Câmaras Reunidas
Gabinete do Desembargador **JOMAR RICARDO SAUNDERS FERNANDES**

Ante ao exposto, considerando a errônea indicação da autoridade coatora, deve ser reconhecida a ausência de legitimidade passiva nesta ação mandamental. Em consequência, **voto no sentido de julgar extinto o feito, sem resolução de mérito (art. 485, VI, do CPC) e na dicção do art. 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/2009, DENEGAR A SEGURANÇA REQUERIDA.**

Desembargador JOMAR RICARDO SAUNDERS FERNANDES

Relator