



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 54.996 - RN (2017/0198906-6)

RELATOR : **MINISTRO FRANCISCO FALCÃO**
RECORRENTE : A F NETO SUPERMERCADO ME
ADVOGADOS : LAILSON EMANOEL RAMALHO DE FIGUEIREDO -
RN005797
ANDRÉA ABRANTES PONTES DE FIGUEIREDO - RN012264
RECORRIDO : ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADOR : RENAN AGUIAR DE GARCIA MAIA E OUTRO(S) - RN010306

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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, julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília (DF), 06 de junho de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRO FRANCISCO FALCÃO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 54.996 - RN (2017/0198906-6)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO (Relator):

Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por A F Neto Supermercado – ME, com fundamento no art. 105, II, *b*, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, assim ementado:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PRETENSÃO DE RETIRADA DAS TARIFAS DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO E TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA (TUSD/TUST) DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS, NAS FATURAS DE ENERGIA ELÉTRICA DA IMPETRANTE. CONSUMIDOR CATIVO. ART. 34, § 9º DO ADCT (CF/88). BASE DE CÁLCULO DO ICMS. VALOR DA OPERAÇÃO FINAL, QUE ABRANGE O CUSTO DE TODA A CADEIA PRODUTIVA, INCLUSIVE OS ENCARGOS DE TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA (TUSD/TUST), POR SE TRATAREM DE ETAPAS INDISSOCIÁVEIS PARA O EFETIVO CONSUMO, DIFERENTE DO QUE OCORRE COM O CONSUMIDOR LIVRE. NÃO APLICABILIDADE DO ENUNCIADO Nº 166 DA SÚMULA DO STJ, UMA VEZ QUE A MESMA TRATA DE FATO GERADOR, E A HIPÓTESE DOS AUTOS CINGE-SE À DISCUSSÃO ACERCA DA BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REVOGAÇÃO DA LIMINAR ANTERIORMENTE DEFERIDA. SEGURANÇA DENEGADA.

Na origem, cuida-se de mandado de segurança impetrado em desfavor do 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).

No presente recurso ordinário, a recorrente sustenta, em síntese, ser ilegal a inclusão dos EUSD, ou seja, tanto da TUSD quanto da TUST, na base de cálculo do ICMS, independentemente da classificação do consumidor de energia elétrica em cativo ou livre. Para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tanto, invoca precedentes do Superior Tribunal de Justiça, os quais não promovem a distinção entre consumidores adotada no acórdão recorrido.

Não foram apresentadas contrarrazões ao recurso ordinário.

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso ordinário interposto.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 54.996 - RN (2017/0198906-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO (Relator):

Na hipótese em tela, a recorrente impetrou mandado de segurança a fim de impugnar ato supostamente ilegal de natureza tributária; tendo arrolado no polo passivo da ação mandamental o Secretário de Estado da Tributação do Rio Grande do Norte, sob a justificativa de que o mesmo possui autonomia para determinar a cobrança, a arrecadação e a fiscalização dos tributos estaduais.

Infere-se o exposto do fragmento da petição inicial transcrito a seguir:

"A estrutura do Estado do RN é dividida em diversas Pastas Governamentais, entre as quais a Secretaria de Estado da Tributação, que é responsável pela administração tributária.

No âmbito da Secretaria de Estado da Tributação do RN, quem detém autonomia para determinar a cobrança, a arrecadação e a fiscalização dos tributos estaduais é o seu Secretário de Estado.

Por conseguinte, se o ICMS incidente sobre os contratos de fornecimento de energia elétrica é recolhido e repassado à Secretaria de Estado da Tributação do RN pela COSERN, agente arrecadador, logo a autoridade coatora neste *mandamus* é, indiscutivelmente, o Secretário de Estado da Tributação do RN."

Todavia, a partir da análise dos autos, é possível verificar que a impetrante, ora recorrente, não logrou comprovar a prática de qualquer ato ilícito concreto por parte da autoridade apontada como coatora, tampouco demonstrou que o Secretário de Estado da Tributação do Rio Grande do Norte, cargo equiparado ao de Ministro, detém competência legal específica para o exercício das funções de arrecadação, cobrança e fiscalização do ICMS; muito menos para efetuar, retificar ou anular lançamentos tributários. Ao revés, contra ele dirigiu o mandado de segurança por ser o titular máximo da pasta governamental incumbida da administração tributária estadual.

Acerca da legitimidade passiva na ação mandamental, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça consignou que: "a autoridade coatora, no mandado de segurança,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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" (MS n. 4.839/DF, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Seção, julgado em 16/12/1997, DJ 16/2/1998, p. 3).

O Secretário de Estado da Tributação do Rio Grande do Norte, contudo, compreende agente político responsável por auxiliar o Governador do Estado na elaboração e implantação das políticas fiscais estaduais, o que não se confunde com as atribuições de constituir o crédito tributário oriundo do ICMS, mediante lançamento, de promover a cobrança do referido tributo ou de apreciar os eventuais pedidos de restituição de indébito tributário formulados, conforme depreende-se da interpretação sistemática do disposto no art. 7º, II, *b*, no art. 26 e no art. 54, todos da Lei Complementar Estadual n. 163/1999, bem como nos arts. 1º e 6º da Lei Estadual n. 6.038/1990 (com a redação conferida pela Lei Complementar Estadual n. 399/2009).

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. Isso porque, a referida autoridade "apenas edita comandos gerais para a fiel execução da lei" (RMS n. 38.129/GO, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 18/5/2017, DJe 1º/8/2017).

Nesse mesmo sentido, confirmam-se os precedentes que seguem:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO FUNDADO NO CPC/73. ICMS. INSURGÊNCIA CONTRA COBRANÇA DO TRIBUTO. SECRETÁRIO DE ESTADO DE FAZENDA APONTADO COMO AUTORIDADE COATORA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO AUTÔNOMO. VIA MANDAMENTAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 266/STF. ENTENDIMENTO DA PRIMEIRA SEÇÃO FIRMADO PELO RITO DO ART. 543-C DO CPC/73 (REsp 1.119.872/RJ).

1. Incabível a aplicação dos dispositivos do CPC/2015 para aferir os pressupostos de admissibilidade do recurso ordinário, porquanto o acórdão recorrido foi publicado na vigência do CPC/73. Observância da diretriz contida no Enunciado Administrativo n. 2/STJ, aprovado pelo Plenário do STJ na Sessão de 9 de março de 2016 (Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/73 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça).

2. O Secretário de Estado de Fazenda não ostenta legitimidade para figurar no pólo passivo do mandado de segurança questionando a exigibilidade de tributos, no caso, ICMS. Precedentes: RMS 45.902/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 21/09/2016; AgInt no RMS 49.232/MS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 18/05/2016.

3. "É incabível mandado de segurança que tem como pedido autônomo a declaração de inconstitucionalidade de norma, por se caracterizar mandado de segurança contra lei em tese" (Tema 430 dos Recursos Repetitivos).

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no RMS n. 36.682/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 26/9/2017, DJe 9/10/2017)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. TUSD. TUST. EUSD. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO. AUTORIDADE COATORA. SECRETÁRIO DE ESTADO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. RECURSO ORDINÁRIO. CONHECIMENTO DE OFÍCIO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÃO DA AÇÃO.

1. Cuida-se de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança impetrado contra ato do Secretário de Estado da Tributação do Estado do Rio Grande do Norte, objetivando excluir a incidência do ICMS sobre os encargos de distribuição (TUSD) e de transmissão (TUST) de energia elétrica.

2. Sustenta a recorrente ser ilegal a inclusão na base de cálculo do ICMS da Tarifa de Uso de Sistema de Transmissão - TUSD e da Tarifa de Uso de Sistema de Distribuição - TUST, também conhecidas como Encargo de Uso do Sistema de Distribuição - EUSD, independentemente da classificação dos consumidores em cativos ou livres. Invoca precedentes do STJ, que não fazem a distinção operada pelo acórdão recorrido.

3. Justifica a impetrante a inclusão do Secretário de Estado no polo passivo da demanda por ser "quem detém autonomia para determinar a cobrança, a arrecadação e a fiscalização dos tributos estaduais", e por ser o ICMS recolhido e repassado à Secretaria de Estado da Tributação do RN.

4. Não se verifica nos autos demonstração de qualquer ato concreto praticado pela autoridade apontada como coatora, tampouco que o Secretário de Estado, cargo equiparado ao de Ministro, detém competência legal específica para o exercício da função de arrecadação, cobrança e fiscalização do ICMS, muito menos seja responsável por efetuar ou desfazer lançamentos tributários. Ao revés, contra ele se dirige o mandamus tão somente por ser o titular máximo da pasta responsável pela administração tributária.

5. O Secretário de Estado é o agente político livremente escolhido pelo Governador para auxiliá-lo na elaboração e implantação das políticas fiscais, o que não se confunde com lançamento, cobrança de ICMS ou análise de pedidos de restituição (RMS 29.478/PA, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 4/5/2010, DJe 23/6/2010).

6. O STJ tem firme jurisprudência no sentido de que Secretário de Estado não possui legitimidade para figurar no polo passivo de Mandado de Segurança em se que discute incidência de tributos, "na medida em que referida autoridade apenas edita comandos gerais para a fiel execução da lei, não agindo diretamente na execução da lavratura de auto de infração tributária" (RMS 38.129/GO, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 18/5/2017, DJe 1º/8/2017. Nesse



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sentido: REsp 1.656.756/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 25/4/2017, DJe 5/5/2017; RMS 49.806/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 6/12/2016, DJe 19/12/2016; AgInt no RMS 51.519/MG, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 1/12/2016, DJe 16/12/2016; RMS 43.239/GO, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 26/4/2016, DJe 11/5/2016; AgRg no RMS 38.355/MS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 25/6/2013, DJe 2/8/2013.

7. A legitimidade da parte é condição da ação, por isso passível de controle de ofício, a qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de provocação das partes. Tem o STJ admitido o reconhecimento da ilegitimidade do Secretário de Estado para figurar como autoridade coatora por ocasião do julgamento de recurso ordinário em Mandado de Segurança, sendo que nessa situação o Tribunal de Justiça local deixa de ser competente para o julgamento do feito, impossibilitando a aplicação da Teoria da Encampação. Precedentes: AgRg no RMS 38.355/MS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 25/6/2013, DJe 2/8/2013; RMS 38.129/GO, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 18/5/2017, DJe 1º/8/2017; REsp 1.656.756/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 25/4/2017, DJe 5/5/2017; RMS 49.806/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 6/12/2016, DJe 19/12/2016; AgInt no RMS 51.519/MG, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 1º/12/2016, DJe 16/12/2016.

8. Não procede a alegação de que arestos dos Tribunais Superiores, especialmente do STJ e do STF coligidos no Recurso Ordinário, dariam amparo à legitimidade passiva do Secretário de Estado em hipóteses como a presente.

9. O acórdão proferido no AgRg no AREsp 625.482, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, Publicado em 6/4/2015, asseverou que a discussão relativa à legitimidade passiva do Secretário de Fazenda demanda exame da legislação do Estado e da competência dessa autoridade no que se refere à cobrança do ICMS, o que é incabível em Recurso Especial por força da Súmula 280/STF. E os julgados do STF igualmente não discutem a legitimidade do Secretário de Estado por encontrar-se no "TOPO DA HIERARQUIA", limitando-se a desprover Agravo de Instrumento contra decisão que negou seguimento a Recurso Extraordinário sem entrar no mérito da pertinência subjetiva do polo passivo.

10. Importante observar que a recorrente se insurge de decisão que, no mérito, denegou a segurança. A extinção do processo sem julgamento por ilegitimidade passiva, ainda que decidida de ofício no recuso da própria impetrante, é mais favorável à parte, pois não faz coisa julgada material e permite a repropositura após corrigido o erro.

11. Recurso Ordinário conhecido, para extinguir o processo sem resolução do mérito por ilegitimidade passiva da autoridade apontada como coatora.

(RMS n. 54.333/RN, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 19/9/2017, DJe 20/10/2017)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DA EXIGÊNCIA DE ICMS. ILEGITIMIDADE DO SECRETÁRIO DE TRIBUTAÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE PARA FIGURAR, COMO AUTORIDADE IMPETRADA, NO POLO PASSIVO DO MANDADO DE SEGURANÇA. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Trata-se, na origem, de Mandado de Segurança, ajuizado em 02/09/2016, contra o Secretário de Estado da Tributação do Rio Grande do Norte, perante o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, no qual se pretende afastar a exigência do ICMS, espécie de tributo sujeito a lançamento por homologação, sobre valores constantes de faturas de energia elétrica, referentes a EUSD - Encargo de Uso de Sistema de Distribuição, também definido como TUSD - Tarifa de Uso de Sistema de Distribuição e TUST - Tarifa de Uso de Sistema de Transmissão.

II. 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 Tributação do Rio Grande do Norte - 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 Tributação do Rio Grande do Norte -, a justificar a competência originária do Tribunal de Justiça local. Apenas defende a inexistência de relação jurídico-tributária que a obrigue a recolher o ICMS, na hipótese versada na petição inicial.

III. 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".

IV. 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.

V. 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.

VI. A mais recente jurisprudência da Segunda Turma do STJ orienta-se no sentido de que o Secretário de Estado não possui legitimidade para figurar, como autoridade coatora, em mandado de segurança que visa afastar a cobrança de ICMS. Nesse sentido, em caso idêntico: RMS 54.333/RN, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 20/10/2017. No mesmo sentido são os seguintes precedentes atuais da 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.

VII. A partir da interpretação analítica da legislação estadual pertinente à Secretaria de Tributação do Estado do Rio Grande do Norte, ao Secretário de Estado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da Tributação e aos Auditores Fiscais, especialmente os arts. 1º e 6º da Lei estadual 6.038/90, impõe-se a conclusão de que a fiscalização e a cobrança do ICMS não se incluem entre as atribuições do Secretário de Estado da Tributação do Rio Grande do Norte. Ao contrário, tais atos de fiscalização e cobrança competem, privativamente, aos Auditores Fiscais.

VIII. Não se aplica ao caso a teoria da encampação, pois a indevida presença do Secretário de Estado da Tributação do Rio Grande do Norte, no polo passivo deste Mandado de Segurança, implicou modificação da competência jurisdicional, disciplinada pela Constituição do Estado do Rio Grande do Norte.

IX. Considerando-se que, na decisão agravada, foi julgado extinto o 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 dos recursos especial representativos da controvérsia relacionada ao mérito.

X. Agravo interno improvido.

(AgInt no RMS n. 54.968/RN, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 15/5/2018, DJe 21/5/2018)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. FUNDO ESTADUAL DE COMBATE À POBREZA. RECOLHIMENTO DOS ADICIONAIS DE ICMS. ILEGITIMIDADE DA AUTORIDADE COATORA. CONSTITUCIONALIDADE. DECRETO ESTADUAL 32.646/2003, DO RIO DE JANEIRO. EC 42/2003. AGRAVO INTERNO DA EMPRESA DESPROVIDO.

1. É entendimento desta Corte Superior que não se pode reconhecer a legitimidade do Secretário de Estado da Receita para figurar como autoridade coatora por este não ter competência sobre todos os atos de natureza tributária do Estado. Precedente: RMS 31.412/RJ, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 29.2.2016.

2. A questão controvertida já foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que o art. 4o. da EC 42/2003 validou os adicionais instituídos pelos Estados e pelo Distrito Federal para financiar os Fundos de Combate à Pobreza. Precedentes: RE 538.679-AgR/RJ, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe 4.6.2012; RE 581.688-AgR/RJ, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe 13.3.2012; RE 570.016-AgR/RJ, Rel. Min. EROS GRAU, DJe 12.9.2008.

3. Agravo Interno da Empresa desprovido.

(AgInt no RMS n. 35.512/RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 27/11/2018, DJe 7/12/2018)

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, sem que isso configure inadmissível *reformatio in pejus*.

O reconhecimento da ilegitimidade do Secretário de Estado da Tributação do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, amplamente admitida pela jurisprudência desta Corte Superior, 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, conforme depreende-se do disposto no art. 18, I, e, da Lei Complementar Estadual n. 165/1999.

Acerca do assunto, destaco os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. INSURGÊNCIA CONTRA A COBRANÇA DE TRIBUTO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SECRETÁRIO DA FAZENDA ESTADUAL. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. INAPLICABILIDADE.

1. Nos termos do que decidido pelo Plenário do STJ, "[a]os recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Enunciado Administrativo n. 2) .

2. Esta Corte já decidiu que o Secretário de Fazenda não é parte legítima para figurar no polo passivo do mandado de segurança em que se discute a exigibilidade de tributos, situação análoga ao caso *sub examine*. Precedentes: RMS 37.270/MS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 22/4/2013; AgRg no RMS 39.284/MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 24/6/2013.

3. É descabida, *in casu*, a aplicação da teoria da encampação pois, malgrado o Secretário de Estado da Fazenda tenha defendido o mérito do ato atacado pelo *mandamus*, sua indicação como autoridade coatora modifica a regra de competência jurisdicional do Tribunal de Justiça. Precedentes: AgRg no RMS 47.916/CE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 5/8/2015; EDcl no RMS 32.110/PA, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 19/4/2011; REsp 818.473/MT, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 17/12/2010.

4. Agravo regimental não provido.

(AgInt no RMS n. 49.232/MS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 5/5/2016, DJe 18/5/2016)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. GLOSA DE CRÉDITOS. SECRETÁRIO DE ESTADO DA FAZENDA. ILEGITIMIDADE PASSIVA.

1. Os recursos em mandado de segurança dirigidos ao Superior Tribunal de Justiça são apreciados em sede de jurisdição ordinária, o que enseja o conhecimento de ofício de questões de ordem pública, entre elas a alusiva às condições da ação, no caso, especificamente, a relacionada com a legitimidade passiva da autoridade apontada como coatora.

2. O Superior Tribunal de Justiça tem-se pronunciado no sentido de que o Secretário de Fazenda do Estado não é parte legítima para figurar como autoridade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

coatora em mandados de segurança em que se discute a exigibilidade de tributos, não havendo falar, de outro lado, na possibilidade de encampação nem em eventual poder hierárquico sobre seus subordinados, uma vez que sua presença indevida no mandamus altera a competência para o julgamento da ação mandamental.

3. "A jurisprudência deste STJ compreende não ser possível autorizar a emenda da inicial para correção da autoridade indicada como coatora nas hipóteses em que tal modificação implica em alteração de competência jurisdicional. Isso porque compete originariamente ao Tribunal de Justiça Estadual o julgamento de mandado de segurança contra Secretário de Estado, prerrogativa de foro não extensível ao servidor responsável pelo lançamento tributário" (AgInt no RMS 54.535/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 26/09/2018).

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no RMS n. 53.867/MG, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 21/3/2019, DJe 3/4/2019)

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. INSURGÊNCIA CONTRA COBRANÇA DO TRIBUTO. SECRETÁRIO DE ESTADO DE FAZENDA APONTADO COMO AUTORIDADE COATORA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. INAPLICABILIDADE. SÚMULA 626/STJ. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO AUTÔNOMO. VIA MANDAMENTAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 266/STF. ENTENDIMENTO DA PRIMEIRA SEÇÃO FIRMADO PELO RITO DO ART. 543-C DO CPC/73 (REsp 1.119.872/RJ).

1. O Secretário de Estado de Fazenda não ostenta legitimidade para figurar no pólo passivo do mandado de segurança questionando a exigibilidade de tributos, no caso, o ICMS. Precedentes: RMS 45.902/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 21/09/2016; AgInt no RMS 49.232/MS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 18/05/2016.

2. "A teoria da encampação é aplicada no mandado de segurança quando presentes, 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; e c) ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal" (Súmula 626/STJ).

3. Não é possível valer-se da teoria da encampação na espécie, uma vez que haveria alteração de competência jurisdicional, pois compete originariamente ao Tribunal de Justiça Estadual o julgamento de mandado de segurança contra Secretário de Estado (art. 161, e, 5, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro), prerrogativa de foro não extensível ao servidor responsável pelo lançamento tributário.

4. "É incabível mandado de segurança que tem como pedido autônomo a declaração de inconstitucionalidade de norma, por se caracterizar mandado de segurança contra lei em tese" (Tema 430/STJ).

5. Agravo interno não provido.

(AgInt no RMS n. 58.354/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 26/2/2019, DJe 1º/3/2019)

Cumpre salientar que o acórdão proferido no julgamento do AgRg no AREsp



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

n. 625.482/RJ (Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/3/2015, DJe 6/4/2015), invocado pela recorrente, consignou o não conhecimento da controvérsia relativa à ilegitimidade do Secretário da Fazenda para figurar no polo passivo da ação mandamental, posto que o mesmo demandaria a análise da legislação local; providência vedada no âmbito estreito do recurso especial, em virtude da incidência, por analogia, do óbice ao conhecimento recursal constante do enunciado da Súmula n. 280 do STF.

Da mesma forma, o julgado do Supremo Tribunal Federal invocado pela recorrente (AgR no AI n. 859.272/RJ, Rel. Ministro Roberto Barroso, julgado em 27/8/2015, DJe 2/9/2015) limitou-se a negar provimento ao agravo interposto contra a decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário sem, contudo, discutir a pertinência subjetiva do polo passivo do mandado de segurança, composto por Secretário de Estado.

Ressalte-se, ainda, que a recorrente insurgiu-se contra decisão que, no mérito, denegou a segurança pretendida. Sendo assim, a extinção do processo sem a resolução meritória em virtude do reconhecimento da ilegitimidade passiva da autoridade impetrada, ainda que decidida de ofício no recuso interposto pela própria impetrante, é mais favorável à recorrente, já que, por não fazer coisa julgada material, permite a repositura da ação mandamental, uma vez corrigido o vício.

Ante o exposto, conheço do recurso ordinário 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.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2017/0198906-6

PROCESSO ELETRÔNICO

RMS 54.996 / RN

Números Origem: 00062168620168200000 20160105787 20160105787000100 20160105787000200

PAUTA: 06/06/2019

JULGADO: 06/06/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FRANCISCO FALCÃO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FRANCISCO FALCÃO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. DENISE VINCI TULIO

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : A F NETO SUPERMERCADO ME
ADVOGADOS : LAILSON EMANOEL RAMALHO DE FIGUEIREDO - RN005797
ANDRÉA ABRANTES PONTES DE FIGUEIREDO - RN012264
RECORRIDO : ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADOR : RENAN AGUIAR DE GARCIA MAIA E OUTRO(S) - RN010306

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

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, julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.