



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 45.893 - MA
(2014/0156305-4)**

RELATORA : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
AGRAVANTE : SINDICATO NACIONAL DA INDÚSTRIA DE ALIMENTAÇÃO ANIMAL
ADVOGADOS : GRACIELLE BRITO GUIMARAES E OUTRO(S)
RAFAEL FERNANDO DOS SANTOS
AGRAVADO : ESTADO DO MARANHÃO
PROCURADOR : MARCELO DE OLIVEIRA SAMPAIO E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. ILEGITIMIDADE DO SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DO MARANHÃO PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO DO MANDADO DE SEGURANÇA, POR SE TRATAR DE IMPETRAÇÃO QUE VISA CESSAR A APLICAÇÃO DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. A Primeira Seção do STJ, ao julgar o MS 4.839/DF (Rel. Ministro ARI PARGENDLER, DJU de 16/02/1998), 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".

II. 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; mas autoridade coatora, nesse caso, é aquela que tem competência para o lançamento *ex officio*, que, certamente, não é o Secretário de Estado da Fazenda.

III. 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 os seguintes requisitos, cumulativamente: (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 modificação de competência, estabelecida na Constituição.

IV. A Segunda Turma do STJ tem decidido que o Secretário de Estado da Fazenda não possui legitimidade para figurar, como autoridade coatora, em mandados de segurança que discutem a aplicabilidade do regime de substituição tributária do ICMS, bem como que não se aplica a teoria da encampação, nesses casos (RMS 43.553/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 25/09/2013; AgRg no RMS 46.032/RJ,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe de 06/04/2015).

V. Hipótese em que se trata de Mandado de Segurança Coletivo, no qual figura, como autoridade impetrada, o Secretário da Fazenda do Estado do Maranhão, e consta, da petição inicial, formulação de pedido para que esta autoridade cesse a aplicação da substituição tributária às rações não classificadas como "pet" – destinadas a animais de produção –, ainda que classificadas na posição NCM 2309, ao argumento de que a aplicação da substituição tributária, nas operações interestaduais com tais rações, quando não classificadas como "pet", seria contrária ao disposto no Protocolo ICMS 26/2004.

VI. Entretanto, consoante a orientação predominante nos supracitados precedentes da Segunda Turma do STJ, o Secretário de Estado da Fazenda não possui legitimidade para figurar, como autoridade coatora, em mandados de segurança que discutem a aplicabilidade do regime de substituição tributária do ICMS.

VII. Ao contrário do que consta do presente Agravo Regimental, a Constituição do Estado do Maranhão, em seu art. 69, e a Lei Estadual 10.151/2014, em seus arts. 3º, I, e 40, II e IV, não conferem, ao Secretário de Estado da Fazenda, atribuição própria para aplicar o regime de substituição tributária, ou para fazer cessar sua aplicação, em qualquer situação concretamente considerada.

VIII. 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 do Maranhão.

IX. Agravo Regimental não provido.

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, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Og Fernandes (Presidente) e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Herman Benjamin.

Brasília (DF), 08 de setembro de 2015 (data do julgamento)

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 45.893 - MA
(2014/0156305-4)

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de Agravo Regimental, interposto pelo Sindicato Nacional da Indústria de Alimentação Animal, contra a decisão de fls. 370/375e, na qual, de ofício, extingui o processo deste Mandado de Segurança, sem resolução do mérito, por ilegitimidade passiva da autoridade impetrada, e julguei prejudicado o Recurso Ordinário, nos seguintes termos:

"Trata-se de Recurso Ordinário, interposto pelo Sindicato Nacional da Indústria de Alimentação Animal, com fundamento no art. 105, II, **b**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, denegatório do Mandado de Segurança ajuizado, originariamente, contra o Secretário de Estado da Fazenda. **Na petição inicial do Mandado de Segurança, o impetrante requer a cessação da aplicação do regime de substituição tributária às rações não classificadas como 'pet' - destinadas a animais de produção -, ainda que classificadas na posição NCM 2309, sob o argumento de que a aplicação de tal regime seria contrária ao disposto no Protocolo ICMS 26/04.**

O acórdão denegatório do Mandado de Segurança recebeu a seguinte ementa:

'MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROTOCOLO ICMS. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA.

A averiguação da incidência de substituição tributária no transporte de rações para animais domésticos, regulamentada no Protocolo ICMS 26/2004, depende de dilação probatória, fazendo com que o mandado de segurança se torne meio inábil para garantir eventual direito subjetivo protestado.

Segurança denegada' (fl. 238e).

No Recurso Ordinário, o impetrante defende que, 'para a interpretação da hipótese de aplicação da substituição tributária veiculada pelo Protocolo 26/04, basta utilizar o método hermenêutico da 'literalidade', porquanto a cláusula primeira, como não poderia ser diferente, encerra em seu bojo o alcance que pretende dar à instituição da substituição tributária, e o faz ao estabelecer duas condicionantes que devem ser aferidas pelo intérprete: i) que as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

operações sejam realizadas com rações do tipo 'pet'; ii) que estas estejam classificadas na posição 2309 da NBM/SH'.

Destaca, ainda, 'que a autoridade coatora tem se baseado unicamente na NCM constante nas notas fiscais para lavratura das autuações, não tenho havido qualquer verificação dos produtos para questionamento de sua classificação. Assim, a questão não se refere à classificação na NCM dos produtos das associadas do Recorrente, situação que trataria sim de matéria fática, mas de expressa opção do Recorrido de aplicar o Protocolo às rações destinadas aos animais de produção (NCM 2309.90.10)'.

Segundo o impetrante, a questão trazida a julgamento depende estritamente de raciocínio jurídico, que após exercitado desaguará em uma única pergunta fática: qual a subposição em que estão classificadas as mercadorias das associadas do impetrante? A fim de responder tal pergunta e fundamentá-la, o impetrante afirma que trouxe aos autos notas fiscais com indicação das NCMVs e descrição detalhada dos produtos comercializados, os quais não coincidem com as rações do tipo 'pet'.

Também consta do Recurso Ordinário que, 'após percorrido o caminho acima, caberia ao juízo **a quo** se manifestar sobre a aplicação ou não da norma aos produtos das associadas do recorrente, ou seja, aos produtos classificados nas subposições não destinadas a cães e gatos – eis que a despeito da obviedade da resposta pela simples leitura do Protocolo, o recorrido insiste em aplicar a norma aos referidos produtos –, mas de forma alguma denegar a segurança por necessidade de dilação probatória enquanto presentes nos autos notas fiscais, rótulos descritivos das mercadorias e indicação de NCM diversa da correspondente às rações tipo 'pet' e ainda assim alvos de multa – cujo comprovante de pagamento também consta nos autos – pela aplicação do Protocolo em liça'.

Ao final, o impetrante pede o provimento do Recurso Ordinário, para que seja determinada a cessação da aplicação do regime de substituição tributária às rações não classificadas como 'pet' - destinadas a animais de produção -, ainda que classificadas na posição NCM 2309.

O Ministério Público Federal, em seu parecer, a fls. 364/368e, manifesta-se pelo improvimento do Recurso Ordinário.

A Primeira Seção do STJ, ao julgar o MS 4.839/DF (Rel. Ministro ARI PARGENDLER, DJU de 16/02/1998), 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

administrativo; mal endereçado o writ, o processo deve ser extinto sem julgamento de mérito'.

Por sua vez, a Primeira Turma do STJ, ao julgar o AgRg no RMS 36.846/RJ (Rel. Ministro ARI PARGENDLER, DJe de 07/12/2012), enfrentou situação semelhante à dos presentes autos, ocasião em que 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; mas autoridade coatora, nesse caso, é aquela que tem competência para o lançamento ex officio, que, certamente, não é o Secretário de Estado da Fazenda.

Também a Primeira Turma do STJ, ao julgar, sob a relatoria do Ministro ARI PARGENDLER, tanto o RMS 40.373/MS (DJe de 14/05/2013), quanto o RMS 38.960/MS (DJe de 22/05/2013), e, posteriormente, o RMS 38.735/CE (DJe de 19/12/2013), reafirmou que o respectivo Secretário de Estado da Fazenda não está legitimado a figurar, como autoridade coatora, em mandados de segurança que visam evitar a prática de lançamento fiscal.

Consoante ficou assentado nos retromencionados precedentes da Primeira Turma do STJ, 'a autoridade coatora desempenha duas funções no mandado de segurança: a) uma, internamente, de natureza processual, consistente em defender o ato impugnado pela impetração; trata-se de hipótese excepcional de legitimidade *ad processum*, em que o órgão da pessoa jurídica, não o representante judicial desta, responde ao pedido inicial; b) outra, externamente, de natureza executiva, vinculada à sua competência administrativa; ela é quem cumpre a ordem judicial. A legitimação da autoridade coatora deve ser aferida à base das duas funções acima descritas; só o órgão capaz de cumpri-las pode ser a autoridade coatora. A pessoa jurídica sujeita aos efeitos da sentença no mandado de segurança só estará bem *presentada* no processo se houver correlação material entre as atribuições funcionais da autoridade coatora e o objeto litigioso; essa identificação depende de saber, à luz do direito administrativo, *qual o órgão encarregado de defender o ato atacado pela impetração*' (RMS 40.373/MS, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, DJe de 14/05/2013; RMS 38.960/MS, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, DJe de 22/05/2013; RMS 38.735/CE, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, DJe de 19/12/2013).

Na Primeira Turma do STJ, por ocasião do julgamento do RMS 21.533/DF (Rel. Ministra DENISE ARRUDA, DJe de 06/05/2009), foi



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

citada a seguinte lição doutrinária, de Hely Lopes Meireles, sobre a autoridade que deve figurar no polo passivo de mandado de segurança que visa o afastamento de exigências fiscais:

'Considera-se autoridade coatora a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado, e não o superior que o recomenda ou baixa normas para 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 concretamente e 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. Exemplificando: numa imposição fiscal ilegal, atacável por mandado de segurança, o coator não é nem o Ministro ou o Secretário da Fazenda que expede instruções para a arrecadação de tributos, nem o funcionário subalterno que cientifica o contribuinte da exigência tributária; o coator é o chefe do serviço que arrecada o tributo e impõe as sanções fiscais respectivas, usando do seu poder de decisão' (Mandado de Segurança, 29ª edição, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 63).

Sobre a teoria da encampação, a Primeira Seção do STJ, ao julgar o 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 os seguintes requisitos, cumulativamente: (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 modificação de competência, estabelecida na Constituição.

Em consonância com a orientação jurisprudencial e doutrinária acima, **a Segunda Turma do STJ tem decidido que o Governador do Estado e o Secretário de Estado da Fazenda não possuem legitimidade para figurar, como autoridades coadoras, em mandados de segurança que discutem a aplicabilidade do regime de substituição tributária do ICMS, bem como que não se aplica a teoria da encampação nesses casos, como evidenciam as seguintes ementas:**

'TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. REGIME TRIBUTÁRIO. AUTORIDADE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COATORA. SECRETÁRIO DE ESTADO DA FAZENDA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. EMENDA À PETIÇÃO INICIAL. MODIFICAÇÃO DA COMPETÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. CARÁTER DE IMPUGNAÇÃO CONTRA LEI EM TESE. PRECEDENTE.

1. O Secretário de Estado da Fazenda do Estado do Rio de Janeiro não possui legitimidade passiva para figurar como autoridade coatora em Mandado de Segurança que discute regime de substituição tributária aplicável ao ICMS.

2. O simples fato de a ação fiscal estar eventualmente pautada em norma infralegal editada pelo Secretário da Fazenda não o torna legitimado passivo para os Mandados de Segurança que discutem a ilegalidade da autuação (RMS 13.976/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 17.11.2003, p. 240; RMS 37.270/MS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 22.4.2013).

3. Afastada a legitimidade passiva do Secretário para figurar como autoridade coatora, o Tribunal de Justiça local deixa de ser competente para o julgamento do feito, consoante o art. 161, IV, 'e', da Constituição Estadual, o que impossibilita a aplicação da Teoria da Encampação (AgRg no REsp 1.343.436/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 17.4.2013; RMS 30.848/MT, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 11.6.2010 REsp 818.473/MT, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 17.12.2010).

4. A jurisprudência do STJ se consolidou no sentido de que a oportunidade de emenda à petição inicial de Mandado de Segurança para correção da autoridade coatora somente pode ser admitida quando o órgão jurisdicional em que a demanda tenha sido proposta for competente para o conhecimento do *mandamus* (AgRg no AREsp 368.159/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 9.10.2013; RMS 22.518/PE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 16.8.2007, p. 286).

5. Em hipótese idêntica à dos autos – de impugnação à Resolução SEFAZ/RJ 201/2009 –, esta Turma reconheceu que se tratava de Mandado de Segurança impetrado contra lei em tese, o que não é admitido, nos termos da Súmula 266/STF (RMS 44.239/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 14.10.2014).

6. Agravo Regimental não provido' (STJ, AgRg no RMS 46.032/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

06/04/2015).

'TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTUAÇÃO FISCAL. AUTORIDADES COATORAS. GOVERNADOR E SECRETÁRIO DE ESTADO. ILEGITIMIDADE PASSIVA **AD CAUSAM**. ARGUMENTO DE QUE O **MANDAMUS** TEM POR OBJETO AS DISPOSIÇÕES DE DECRETO ESTADUAL. SÚMULA 266/STF.

1. O **Secretário de Estado da Fazenda de Santa Catarina não possui legitimidade passiva para figurar como autoridade coatora em Mandado de Segurança que discute o cumprimento de obrigações pertinentes ao regime de substituição tributária do ICMS incidente em operações interestaduais, na forma do Decreto estadual 2.870/2011, por empresa incluída no Simples Nacional.**

2. Com efeito, não compete a esse agente público a fiscalização do cumprimento de obrigações acessórias e a realização de lançamentos tributários (arts. 74 da Constituição do Estado de Santa Catarina; e 6º e 7º da Lei Complementar Estadual 381/2007).

3. O simples fato de a exigência fiscal estar pautada em Decreto baixado por Governador ou Secretário de Estado não os torna legitimados passivos para os Mandados de Segurança que discutem ilegalidade de autuação (RMS 13.976/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 17/11/2003, p. 240); RMS 37.270/MS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 22/04/2013).

4. Afastada a legitimidade passiva **ad causam**, o Tribunal de Justiça local deixa de ser competente para o julgamento do feito, consoante o art. 83, XI, 'c', da Constituição Estadual, o que impossibilita a aplicação da Teoria da Encampação. Precedentes do STJ.

5. O argumento de que o **mandamus** tem por objeto unicamente a legalidade do Decreto 2.870/2001 em nada favorece o contribuinte, uma vez que não cabe Mandado de Segurança contra norma geral e abstrata (Súmula 266/STF).

6. Recurso Ordinário não provido' (STJ, RMS 43.553/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 25/09/2013).

No presente caso, assim como nos supracitados precedentes, é inaplicável a teoria da encampação, pois a indevida presença do Secretário de Estado da Fazenda, no polo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

passivo do Mandado de Segurança, implicou modificação da competência jurisdicional, disciplinada pela Constituição do Estado do Maranhão.

Ante o exposto, nos termos do art. 267, VI, do CPC, declaro a extinção do processo, sem resolução do mérito, por ilegitimidade passiva da autoridade impetrada, e julgo prejudicado o Recurso Ordinário" (fls. 370/375e).

No Agravo Regimental, a entidade sindical impetrante sustenta que o Secretário de Estado da Fazenda seria parte legítima para figurar, como autoridade impetrada, no polo passivo deste Mandado de Segurança, ao argumento de que, consoante se depreende da Constituição do Estado do Maranhão (art. 69, I e II) e da Lei Estadual 10.151/2014 (arts. 3º, I, e 40, II e IV), aquela autoridade responde pela orientação geral e concreta, dada aos Fiscais, para que apliquem a substituição tributária, de que trata o Protocolo ICMS 26/2004, a qualquer produto classificado na posição NCM 2309, da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias/Sistema Harmonizado - NBM/SH.

Também defende, nos seguintes termos, que o ato apontado como coator consistiria na interpretação equivocada do Protocolo ICMS 26/2004: "(...) a ilegalidade do ato praticado pelo Agravado, como dito à exaustão, decorre do próprio conteúdo material do Protocolo ICMS nº 26/2004, que estabelece a ST apenas para as já referidas rações do tipo 'pet', de sorte que não compete ao intérprete, em matéria tributária, estender a obrigação para além do que versado na norma de regência".

Aponta, ainda, suposto equívoco na decisão proferida pelas Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, sob a alegação de que a controvérsia, no presente caso, circunscrever-se-ia a matéria exclusivamente de direito, de forma que não seria necessária qualquer dilação probatória.

Ao final, requer a reconsideração da decisão agravada ou, noutra hipótese, a remessa do presente Agravo Regimental à Turma julgadora, para que o Recurso Ordinário seja conhecido e provido.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 45.893 - MA
(2014/0156305-4)

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): A irresignação não merece acolhida.

A Primeira Seção do STJ, ao julgar o MS 4.839/DF (Rel. Ministro ARI PARGENDLER, DJU de 16/02/1998), 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".

Por sua vez, a Primeira Turma do STJ, ao julgar o AgRg no RMS 36.846/RJ (Rel. Ministro ARI PARGENDLER, DJe de 07/12/2012), enfrentou situação semelhante à dos presentes autos, ocasião em que 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; mas autoridade coatora, nesse caso, é aquela que tem competência para o lançamento **ex officio**, que, certamente, não é o Secretário de Estado da Fazenda.

Também a Primeira Turma do STJ, ao julgar, sob a relatoria do Ministro ARI PARGENDLER, tanto o RMS 40.373/MS (DJe de 14/05/2013), quanto o RMS 38.960/MS (DJe de 22/05/2013), e, posteriormente, o RMS 38.735/CE (DJe de 19/12/2013), reafirmou que o respectivo Secretário de Estado da Fazenda não está legitimado a figurar, como autoridade coatora, em mandados de segurança que visam evitar a prática de lançamento fiscal.

Consoante ficou assentado nos retromencionados precedentes da Primeira Turma do STJ, "a autoridade coatora desempenha duas funções no mandado de segurança: a) uma, internamente, de natureza processual, consistente em defender o ato impugnado pela impetração; trata-se de hipótese excepcional de legitimidade *ad processum*, em que o órgão da pessoa jurídica, não o representante judicial desta, responde ao pedido inicial; b) outra, externamente, de natureza executiva, vinculada à sua competência administrativa; ela é quem cumpre a ordem judicial. A legitimação da autoridade coatora deve ser aferida à base das duas funções acima descritas; só o órgão capaz de cumpri-las pode ser a autoridade coatora. A pessoa jurídica sujeita aos efeitos da sentença no mandado de segurança só estará bem *presentada* no processo se houver correlação material entre as atribuições funcionais da autoridade coatora e o objeto litigioso; essa identificação depende de saber, à luz do direito administrativo, *qual o órgão encarregado de defender o ato atacado pela impetração*" (RMS 40.373/MS, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, DJe de 14/05/2013; RMS 38.960/MS, Rel. Ministro ARI



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PARGENDLER, DJe de 22/05/2013; RMS 38.735/CE, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, DJe de 19/12/2013).

Na Primeira Turma do STJ, por ocasião do julgamento do RMS 21.533/DF (Rel. Ministra DENISE ARRUDA, DJe de 06/05/2009), foi citada a seguinte lição doutrinária, de Hely Lopes Meireles, sobre a autoridade que deve figurar no polo passivo de mandado de segurança que visa o afastamento de exigências fiscais:

"Considera-se autoridade coatora a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado, e não o superior que o recomenda ou baixa normas para 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 concretamente e 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. Exemplificando: numa imposição fiscal ilegal, atacável por mandado de segurança, o coator não é nem o Ministro ou o Secretário da Fazenda que expede instruções para a arrecadação de tributos, nem o funcionário subalterno que cientifica o contribuinte da exigência tributária; o coator é o chefe do serviço que arrecada o tributo e impõe as sanções fiscais respectivas, usando do seu poder de decisão" (Mandado de Segurança, 29ª edição, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 63).

Sobre a teoria da encampação, a Primeira Seção do STJ, ao julgar o 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 os seguintes requisitos, cumulativamente: (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 modificação de competência, estabelecida na Constituição.

Em consonância com a orientação jurisprudencial e doutrinária acima, a Segunda Turma do STJ tem decidido que o Secretário de Estado da Fazenda não possui legitimidade para figurar, como autoridade coatora, em mandados de segurança que discutem a aplicabilidade do regime de substituição tributária do ICMS, bem como que não se aplica a teoria da encampação nesses casos, como evidenciam as seguintes ementas:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTUAÇÃO FISCAL. AUTORIDADES COATORAS. GOVERNADOR E SECRETÁRIO DE ESTADO. ILEGITIMIDADE PASSIVA **AD CAUSAM**. ARGUMENTO DE QUE O **MANDAMUS** TEM POR OBJETO AS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DISPOSIÇÕES DE DECRETO ESTADUAL. SÚMULA 266/STF.

1. O **Secretário de Estado da Fazenda de Santa Catarina não possui legitimidade passiva para figurar como autoridade coatora em Mandado de Segurança que discute o cumprimento de obrigações pertinentes ao regime de substituição tributária do ICMS incidente em operações interestaduais, na forma do Decreto estadual 2.870/2011, por empresa incluída no Simples Nacional.**

2. Com efeito, não compete a esse agente público a fiscalização do cumprimento de obrigações acessórias e a realização de lançamentos tributários (arts. 74 da Constituição do Estado de Santa Catarina; e 6º e 7º da Lei Complementar Estadual 381/2007).

3. O simples fato de a exigência fiscal estar pautada em Decreto baixado por Governador ou Secretário de Estado não os torna legitimados passivos para os Mandados de Segurança que discutem ilegalidade de autuação (RMS 13.976/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 17/11/2003, p. 240); RMS 37.270/MS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 22/04/2013).

4. Afastada a legitimidade passiva **ad causam**, o Tribunal de Justiça local deixa de ser competente para o julgamento do feito, consoante o art. 83, XI, 'c', da Constituição Estadual, o que impossibilita a aplicação da Teoria da Encampação. Precedentes do STJ.

5. O argumento de que o **mandamus** tem por objeto unicamente a legalidade do Decreto 2.870/2001 em nada favorece o contribuinte, uma vez que não cabe Mandado de Segurança contra norma geral e abstrata (Súmula 266/STF).

6. Recurso Ordinário não provido" (STJ, RMS 43.553/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 25/09/2013).

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. REGIME TRIBUTÁRIO. AUTORIDADE COATORA. SECRETÁRIO DE ESTADO DA FAZENDA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. EMENDA À PETIÇÃO INICIAL. MODIFICAÇÃO DA COMPETÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. CARÁTER DE IMPUGNAÇÃO CONTRA LEI EM TESE. PRECEDENTE.

1. O **Secretário de Estado da Fazenda do Estado do Rio de Janeiro não possui legitimidade passiva para figurar como autoridade coatora em Mandado de Segurança que discute regime de substituição tributária aplicável ao ICMS.**

2. O simples fato de a ação fiscal estar eventualmente pautada em norma infralegal editada pelo Secretário da Fazenda não o torna legitimado passivo para os Mandados de Segurança que discutem a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ilegalidade da autuação (RMS 13.976/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 17.11.2003, p. 240; RMS 37.270/MS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 22.4.2013).

3. Afastada a legitimidade passiva do Secretário para figurar como autoridade coatora, o Tribunal de Justiça local deixa de ser competente para o julgamento do feito, consoante o art. 161, IV, 'e', da Constituição Estadual, o que impossibilita a aplicação da Teoria da Encampação (AgRg no REsp 1.343.436/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 17.4.2013; RMS 30.848/MT, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 11.6.2010 REsp 818.473/MT, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 17.12.2010).

4. A jurisprudência do STJ se consolidou no sentido de que a oportunidade de emenda à petição inicial de Mandado de Segurança para correção da autoridade coatora somente pode ser admitida quando o órgão jurisdicional em que a demanda tenha sido proposta for competente para o conhecimento do *mandamus* (AgRg no AREsp 368.159/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 9.10.2013; RMS 22.518/PE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 16.8.2007, p. 286).

5. Em hipótese idêntica à dos autos – de impugnação à Resolução SEFAZ/RJ 201/2009 –, esta Turma reconheceu que se tratava de Mandado de Segurança impetrado contra lei em tese, o que não é admitido, nos termos da Súmula 266/STF (RMS 44.239/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 14.10.2014).

6. Agravo Regimental não provido" (STJ, AgRg no RMS 46.032/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe de 06/04/2015).

No presente caso, trata-se de Mandado de Segurança Coletivo, no qual figuram, como impetrante, o Sindicato Nacional da Indústria de Alimentação Animal, e como autoridade impetrada, o Secretário da Fazenda do Estado do Maranhão. Consta da petição inicial formulação de pedido para que esta autoridade cesse a aplicação da substituição tributária às rações não classificadas como "pet" – destinadas a animais de produção –, ainda que classificadas na posição NCM 2309, ao argumento de que a aplicação da substituição tributária, nas operações interestaduais com tais rações, quando não classificadas como "pet", seria contrária ao disposto no Protocolo ICMS 26/2004.

Entretanto, consoante a orientação predominante nos supracitados precedentes da Segunda Turma do STJ, o Secretário de Estado da Fazenda não possui legitimidade para figurar, como autoridade coatora, em mandados de segurança que discutem a aplicabilidade do regime de substituição tributária do ICMS.

Ao contrário do que consta do presente Agravo Regimental, a Constituição



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do Estado do Maranhão, em seu art. 69, e a Lei Estadual 10.151/2014, em seus arts. 3º, I, e 40, II e IV, não conferem, ao Secretário de Estado da Fazenda, atribuição própria para aplicar o regime de substituição tributária, ou para fazer cessar sua aplicação, em qualquer situação concretamente considerada.

Por fim, 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 do Maranhão.

Impende salientar que, uma vez declarada a extinção do processo deste Mandado de Segurança, por ilegitimidade passiva da autoridade impetrada, e julgado prejudicado o Recurso Ordinário, logicamente não cabe ao STJ pronunciar-se sobre o mérito da causa, porquanto tal pronunciamento seria incompatível com a decisão tomada.

Ante o exposto, nego provimento ao Agravo Regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2014/0156305-4 **PROCESSO ELETRÔNICO** **RMS** **AgRg no 45.893 / MA**

Números Origem: 002757/2013 0027572013 006219020138100000 007288/2013 0072882013 009517/2014
0095172014 013754/2013 0137542013 016596/2013 0165962013 050643/2013
0506432013 137542013 165962013 27572013 506432013 6219020138100000
72882013 95172014

PAUTA: 08/09/2015

JULGADO: 08/09/2015

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : SINDICATO NACIONAL DA INDÚSTRIA DE ALIMENTAÇÃO ANIMAL
ADVOGADOS : GRACIELLE BRITO GUIMARAES E OUTRO(S)
RAFAEL FERNANDO DOS SANTOS
RECORRIDO : ESTADO DO MARANHÃO
PROCURADOR : MARCELO DE OLIVEIRA SAMPAIO E OUTRO(S)

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : SINDICATO NACIONAL DA INDÚSTRIA DE ALIMENTAÇÃO ANIMAL
ADVOGADOS : GRACIELLE BRITO GUIMARAES E OUTRO(S)
RAFAEL FERNANDO DOS SANTOS
AGRAVADO : ESTADO DO MARANHÃO
PROCURADOR : MARCELO DE OLIVEIRA SAMPAIO E OUTRO(S)

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, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Humberto Martins, Og Fernandes (Presidente) e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Herman Benjamin.