



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 54.968 - RN (2017/0194699-6)

**RELATORA** : MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES  
**AGRAVANTE** : CAMPTUR-CAMPING EMPREENDIMENTOS TURISTICOS E LAZER LTDA - EPP  
**ADVOGADO** : LAILSON EMANOEL RAMALHO DE FIGUEIREDO E OUTRO(S) - RN005797  
**AGRAVADO** : ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE  
**PROCURADOR** : RODRIGO TAVARES DE ABREU LIMA E OUTRO(S) - RN015421B

### EMENTA

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 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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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.

## ACÓRDÃO



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

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 interno, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão (Presidente), Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 15 de maio de 2018(Data do Julgamento)

**MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**  
Relatora



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2017/0194699-6      **PROCESSO ELETRÔNICO**      **RMS**      **AgInt no 54.968 / RN**

Números Origem: 00074362220168200000 20160127350000100 20160127350000200 20160127350000300

PAUTA: 15/03/2018

JULGADO: 15/03/2018

#### **Relatora**

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FRANCISCO FALCÃO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSÉ FLAUBERT MACHADO ARAÚJO**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

#### **AUTUAÇÃO**

RECORRENTE : CAMPTUR-CAMPING EMPREENDIMENTOS TURISTICOS E LAZER LTDA  
- EPP  
ADVOGADO : LAILSON EMANOEL RAMALHO DE FIGUEIREDO E OUTRO(S) - RN005797  
RECORRIDO : ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE  
PROCURADOR : RODRIGO TAVARES DE ABREU LIMA E OUTRO(S) - RN015421B

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Crédito Tributário - Base de Cálculo - Cálculo de ICMS "por dentro"

#### **AGRAVO INTERNO**

AGRAVANTE : CAMPTUR-CAMPING EMPREENDIMENTOS TURISTICOS E LAZER LTDA  
- EPP  
ADVOGADO : LAILSON EMANOEL RAMALHO DE FIGUEIREDO E OUTRO(S) - RN005797  
AGRAVADO : ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE  
PROCURADOR : RODRIGO TAVARES DE ABREU LIMA E OUTRO(S) - RN015421B

#### **CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Adiado por indicação do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 54.968 - RN (2017/0194699-6)

### RELATÓRIO

**MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES:** Trata-se de Agravo interno, interposto por CAMPTUR - CAMPING EMPREENDIMENTOS TURÍSTICOS E LAZER LTDA, em 17/10/2017, contra decisão de minha lavra, publicada em 26/09/2017, assim fundamentada, **in verbis**:

"Trata-se de Recurso Ordinário, interposto por CAMPTUR-CAMPING EMPREENDIMENTOS TURÍSTICOS E LAZER LTDA - EPP, em 16/03/2017, com fundamento no art. 105, II, **b**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, que, nos termos da seguinte ementa, denegou o Mandado de Segurança ali ajuizado, originariamente, contra o Secretário da Tributação do Estado do Rio Grande do Norte:

'CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS DE ENERGIA ELÉTRICA. BASE DE CÁLCULO. EXAÇÃO INCIDENTE SOBRE O PREÇO DA TARIFA DE ENERGIA, INCLUSOS TODOS OS SEUS INSUMOS. TUST (TARIFA DE USO DO SISTEMA DE TRANSMISSÃO) E TUSD (TARIFA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO) QUE NÃO ATINGE O CONSUMIDOR CATIVO, EM FACE DOS CUSTOS SE ACHAREM CONTIDOS NO VALOR DA MERCADORIA, DIFERENTEMENTE DO CONSUMIDOR LIVRE, QUE EVENTUALMENTE PODE PAGAR A UTILIZAÇÃO DOS SISTEMAS DE TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO DE EMPRESAS DIVERSAS. IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA DO ICMS SOBRE A TUSD E TUST NESTE ÚLTIMO CASO (CONSUMIDOR LIVRE), POR NÃO IMPLICAR EM CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA, SENÃO ENCARGOS ADVINDOS DE ETAPAS NA CADEIA DE FORNECIMENTO (ATIVIDADES-MEIO). IMPETRANTE ENQUADRADA NA CLASSE DE CONSUMIDOR CATIVO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO CONFIGURADO. REVOGAÇÃO DA LIMINAR ANTERIORMENTE DEFERIDA. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA' (fls. 173/174e).

No Recurso Ordinário, a parte recorrente pugna pela reforma do 'acórdão que denegou a segurança, para conceder a segurança e declarar a inexistência de relação jurídico-tributária que obrigue a impetrante a recolher o ICMS ao Estado do Rio Grande do Norte sobre valores decorrentes de EUSD - Encargo de Uso de Sistema de Distribuição, também definido como TUSD - Tarifa de Uso de Sistema de



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Distribuição e TUST - Tarifa de Uso de Sistema de Transmissão nas suas faturas de energia elétrica futuras, seja em sua matriz, bem como em suas filiais, suspendendo tal cobrança, e ainda que confirme a liminar inicialmente deferida e por fim restitua os valores recolhidos indevidamente desde a interposição do presente *mandamus*'.

Em contrarrazões, o Estado do Rio Grande do Norte pede o desprovidimento do Recurso (fls. 212/227e).

O Ministério Público Federal, em seu parecer, manifesta-se pelo conhecimento e provimento do Recurso (fls. 238/241e).

O presente processo deve ser extinto, sem resolução do mérito, com fundamento no art. 485, VI, § 3º, do CPC/2015.

**De acordo com os arts. 485, VI, § 3º, 337, XI, § 5º, 1.013 e 1.028 do CPC/2015, c/c os arts. 34 da Lei 8.038/90 e 247 do RISTJ, este Tribunal Superior, no exercício de sua competência recursal ordinária, pode, de ofício, extinguir o processo de Mandado de Segurança, sem resolução do mérito, quando a parte impetrante for carecedora do direito de ação, por ausência de quaisquer das condições da ação mandamental. Ainda que o Tribunal de origem haja considerado presentes os pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, bem como as condições da ação, o STJ pode reconhecer, de ofício, a ausência de quaisquer desses pressupostos processuais ou condições da ação, não havendo que se falar, nessa hipótese, em ofensa ao princípio que veda a reformatio in pejus. Nesse sentido: AgRg no RMS 38.355/MS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 02/08/2013; RMS 30.287/MT, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe de 19/12/2011; AgRg no REsp 770.326/BA, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (Desembargador Convocado do TJ/SP), SEXTA TURMA, DJe de 27/09/2010.**

A Constituição Federal, ao disciplinar os direitos e garantias individuais, no art. 5º, LXIX, dispõe que se concederá mandado de segurança, 'para proteger direito líquido e certo, não amparado por 'habeas-corpus' ou 'habeas-data', quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público'.

A garantia constitucional pressupõe direito líquido e certo, de um lado, e ilegalidade ou abuso de poder, cometido por autoridade pública, de outro.

A Lei 12.016/2009 – ao disciplinar o instituto, em nível infraconstitucional – prevê o cabimento do **mandamus** 'para proteger direito líquido e certo, não amparado por **habeas corpus** ou **habeas data**, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça'.

Incontestável, então, que a Lei 12.016/2009 consagra o mandado de segurança preventivo, cujo cabimento, segundo o texto legal, terá lugar sempre que o titular do direito líquido e certo suportar **justo receio** de sua violação, por ilegalidade ou abuso de poder.

Não se olvida que, sendo preventivo o mandado de segurança, o receio de ocorrência futura de ato que venha a violar o suposto direito líquido e certo da parte impetrante é suficiente a dar ensejo à impetração.

Ocorre que, **in casu**, diante da argumentação constante da impetração, não se verifica a iminência de possíveis atos de efeitos concretos, a serem praticados pelo Secretário da Tributação do Estado do Rio Grande do Norte – a justificar a competência originária do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte –, tendentes a violar ou ameaçar suposto direito líquido e certo da impetrante, a dar ensejo à impetração, ainda que na forma preventiva.

De fato, **a impetrante não indicou qualquer ato, de efeitos concretos, já praticado, ou na iminência de ser praticado, pela autoridade impetrada – o Secretário da Tributação do Estado do Rio Grande do Norte –, a justificar a competência originária do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Apenas defendeu a inexistência de relação jurídico-tributária que a obrigue a recolher o ICMS, ao Estado do Rio Grande do Norte, sobre valores decorrentes de 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, nas suas faturas de energia, seja em sua matriz, bem como em suas filiais.**

O Secretário da Tributação do Estado do Rio Grande do Norte não possui legitimidade para figurar, como autoridade coatora, no polo passivo deste Mandado de Segurança, que visa afastar a exigência do ICMS, espécie de tributo sujeito a lançamento por homologação, sobre os valores constantes das 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.

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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**aquela que tem competência para o lançamento ex officio, que, certamente, não é o Secretário de Estado da Fazenda ou da Tributação.**

Com efeito, 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. **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.**

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).

Sobre a autoridade que deve figurar no polo passivo de mandado de segurança que visa o afastamento de exigência fiscal, supostamente ilegítima, confira-se a lição doutrinária de HELY LOPES MEIRELLES:

'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 denominada 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.

**Na hipótese, a fiscalização e a cobrança do ICMS não se incluem entre as atribuições do Secretário da Tributação do Estado do Rio Grande do Norte. Muito pelo contrário, tais atos de fiscalização e cobrança competem, exclusivamente, aos Agentes Fiscais. Outrossim, diferentemente do Secretário da Tributação do Estado do Rio Grande do Norte, os servidores da Secretaria de Estado da Tributação não possuem prerrogativa de foro perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, em se tratando de mandados de segurança contra atos por eles praticados.**

**Portanto, de um lado, o Secretário da Tributação do Estado do Rio**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Grande do Norte não possui legitimidade para figurar, como autoridade coatora, no polo passivo deste Mandado de Segurança, que visa afastar a exigência do ICMS, e de outro lado, é inaplicável a teoria da encampação, pois haveria indevida modificação ampliativa da competência prevista no art. 71, I, e, da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte. Nesse sentido: RMS 54.333/RN, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/09/2017.

Por fim, uma vez extinto o processo, 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.

Ante o exposto, com fundamento no art. 485, VI, § 3º, do CPC/2015, declaro, de ofício, a extinção deste Mandado de Segurança, sem resolução do mérito, e julgo prejudicado o Recurso Ordinário" (fls. 243/247e).

Inconformada, a parte agravante sustenta que:

"03. Após a denegação da segurança a agravante interpôs Recurso ordinário para esta Corte, onde a DD. Relatora monocraticamente extinguiu a segurança ao passo que não restou demonstrada a legitimidade da autoridade coatora quanto a evidência de que foi este que determinou o recolhimento da forma comprovada pela impetrante, ora agravante, apresentando jurisprudência que não guarda qualquer relação com a matéria aqui posta, indo exatamente de encontro a jurisprudência mansa e pacífica que trata do mesmo objeto do presente caso.

04. Insurge a agravante contra esta decisão que extinguiu a segurança, obstando-lhe o acesso à prestação jurisdicional.

05. **Data maxima venia**, a r. decisão monocrática proferida pela ilustre Ministra Relatora não pode perdurar como melhor sinônimo de Justiça neste recurso.

06. A agravante interpôs o presente **mandamus** na busca de demonstrar o ato ilegal perpetrado pelo Secretário de Tributação ao estabelecer que os valores relacionados a EUSD/TUSD/TUST sejam incluídos na base de calculo do ICMS na fatura de Energia Elétrica.

07. Pedido vênia aos entendimentos porventura divergentes, partindo da premissa que a autoridade impetrada é aquela com competência para desfazer o ato atacado, entendo, no caso em tela, que é o Secretário de Tributação o único competente para determinar que o ICMS não mais constitua a base de cálculo da tarifa de distribuição.

08. Prevê o art. 5º, da Carta Federal: 'Conceder-se-á mandado de



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por 'habeas- corpus' ou 'habeas-data', quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.'

09. Ora, quando o texto constitucional menciona a expressão 'responsável pela ilegalidade ou abuso de poder', o faz pressupondo que a autoridade coatora é aquela que detém, na ordem hierárquica, **poder de decisão e poder de ação** para praticar os atos administrativos decisórios.

10. Sobre o tema, de forma elucidadora, preleciona Hely Lopes Meirelles:

'Ato de autoridade é toda manifestação ou omissão do Poder Público ou de seus delegados, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las. Por autoridade entende-se a pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída pela norma legal. **Deve-se distinguir autoridade pública do simples agente público. Aquela detém, na ordem hierárquica, poder de decisão e é competente para praticar atos administrativos decisórios, os quais, se ilegais ou abusivos, são suscetíveis de impugnação por mandado de segurança quando ferem direito líquido e certo; este não pratica atos decisórios, mas simples atos executórios, e, por isso, não responde a mandado de segurança, pois é apenas executor de ordem superior. (...) Coator é a autoridade superior que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado e responde pelas suas conseqüências 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'** (in Mandado de Segurança, 18ª edição, Malheiros editores, págs. 31 e 54/55).

11. No caso em tela, a competência da autoridade impetrada para desfazer o ato atacado está de forma cabal e irrefutavelmente demonstrada através dos artigos 957, 964 e 967 do Regulamento ICMS do Estado do Rio Grande do Norte (Decreto 25.945/2016), quando atribuem ao Secretário de Tributação poderes como o de integrar e interpretar o Decreto, podendo até mesmo 'alterar as formas de pagamento do ICMS', **verbis**:



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**'Art. 957. O Secretário de Tributação, a requerimento da parte, pode autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos, de sujeitos contra a Fazenda Pública, devendo ser estipuladas, em cada caso, as condições em que se deve fazer a compensação, as garantias a serem exigidas e o percentual de juros a deduzir, se for o caso.**

Parágrafo Único. Sempre que houver pedido de restituição de indébito por parte de contribuinte, deve-se observar, preferencialmente, o disposto neste artigo.'

**'Art. 964. O Secretário de Tributação é competente para disciplinar, integrar, interpretar e suprir as omissões deste Regulamento, podendo delegar às autoridades subordinadas a competência que o presente diploma lhe outorga.'**

**'Art. 967. O Secretário de Tributação poderá instituir ou alterar regimes de pagamento do imposto, considerando as peculiaridades e circunstâncias das operações. (NR pelo Decreto 14.091, de 31.07.98)**

Parágrafo Único. Fica, também, atribuída ao Secretário da Tributação, nos casos de concessão de regime especial, **a competência para alterar as formas de pagamento do ICMS.** (AC Dec. 16.157 de 03/07/02)'

12. Ademais, diante das circunstâncias específicas do caso, onde se discute a composição da base de cálculo do ICMS, sob minha percepção apresenta-se frágil o entendimento da Ministra Relatora de que a parte impetrante deveria ter demonstrado a existência específica de uma ato da autoridade impetrada 'no sentido de cobrar os valores reclamados'.

13. Ora, há documentos nos autos inclusive da COSERN solicitando esclarecimentos à Secretaria de Tributação acerca dos cálculos -, demonstram, à saciedade, tanto a incidência (portanto cobrança) do imposto sobre a fase de distribuição, como a competência do Secretário de Tributação, **ante seu poder decisório**, para examinar a composição base de cálculo do tributo, nos termos do Regulamento acima citado.

14. Calha mencionar, afinal, que em diversos Mandados de Segurança impetrados em casos idênticos, a Corte do TJ/RN reconheceu a legitimidade do Secretário de Tributação para compor o polo passivo da Ação de Segurança, tanto é assim que as liminares pleiteadas foram deferidas no bojo dos mesmos. Nesse sentido os Mandados de Segurança 2015.019813-6, 2016.003997-6, 2015.016434-8 (Relator Desembargador Expedito Ferreira); 2016.002179-7, 2015.018253-5, 2015.016955-1 e 2015.019812-9.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

15. Inclusive a mesma matéria foi rechaçada por aquele tribunal, senão vejamos jurisprudência em anexo.

16. Assim, considerando que a autoridade impetrada encontra-se no topo da hierarquia administrativa e que, segundo o próprio regulamento do ICMS do Estado Rio Grande do Norte, possui competência para desfazer o ato atacado, dou provimento ao Agravo interposto e o faço para cassar a decisão que extinguiu o Mandado de Segurança sem resolução do mérito, restaurando o regular processamento da Ação Constitucional.

17. Não querendo se alongar muito apresenta abaixo, jurisprudência dominante dos tribunais superiores, os quais vão totalmente de encontro a decisão proferida por este Nobre Relator, senão vejamos:

(...)

18. Desta forma, a decisão monocrática que extinguiu a segurança, sob a égide da ilegitimidade da autoridade coatora, causa sérias lesões não só ao direito pleiteado pela agravante, mas, bem como, fere jurisprudência dominante de todas as Cortes Superiores e também desta Corte, não merecendo ser exaustivo a algo que já é bastante cristalino para esta Corte.

19. Salta aos olhos a necessidade do conhecimento do presente recurso, para, em julgamento, reformar a decisão que extinguiu a segurança, devendo ser declarado a legitimidade passiva da autoridade coatora, e dado o regular prosseguimento ao feito" (fls. 252/267e).

Por fim, "requer a V. Exa. seja reconsiderada a r. decisão ora agravada, reformando a decisão e declarando a legitimidade passiva da autoridade coatora, dando regular prosseguimento ao feito na forma legal", ou então, "acaso não suceda a reconsideração por parte da ilustre Ministra Relatora, requer seja colocado em mesa o presente agravo regimental, dando pelo conhecimento e provimento do recurso, reformando a r. decisão agravada, declarando a legitimidade passiva da autoridade coatora, dando regular prosseguimento ao feito na forma legal" (fl. 267e).

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 54.968 - RN (2017/0194699-6)

### VOTO

**MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora):** Não obstante os argumentos da parte agravante, as razões deduzidas neste recurso não são aptas a desconstituir os fundamentos da decisão atacada, que merece ser mantida.

Na hipótese, trata-se, na origem, de Mandado de Segurança, ajuizado em 02/09/2016, contra o Secretário de Tributação do Estado do Rio Grande do Norte, perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, cuja petição inicial contém os seguintes pedidos:

"(a) a concessão liminar da antecipação dos efeitos da tutela, nos termos do artigo 300, § 2º, ou ainda a tutela de evidência, conforme art. 311, incisos II e IV ambos do novo CPC, juntamente com o art. 151, IV do CTN, para que seja determinado que o impetrado se abstenha de incluir na base de cálculo do ICMS os valores referentes ao 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 nas faturas de energia elétrica futuras da impetrante em sua matriz sob o CNPJ 00.913.183/00001-06, mais precisamente no contrato 0853080209, devendo ser oficiada a empresa COSERN do teor dessa decisão, determinando seu imediato cumprimento haja vista ser a mesma o agente arrecadador do referido tributo em substituição tributária;

(b) a notificação da Autoridade Impetrada para que preste suas informações, no prazo legal;

(c) ao final, após a oitiva do Ministério Público, seja confirmada a antecipação da tutela, concedendo a segurança, para declarar a inexistência de relação jurídico-tributária que obrigue a impetrante a recolher o ICMS ao Estado do Rio Grande do Norte sobre valores decorrentes da 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 nas suas faturas de energia elétrica futuras em sua matriz sob o CNPJ 00.913.183/00001-06, mais precisamente no contrato 0853080209, suspendendo tal cobrança, e ainda em caso de indeferimento da tutela antecipada que seja restituído os valores recolhido após a interposição do presente **mandamus**" (fls. 26/27e).

De acordo com os arts. 485, VI, § 3º, 337, XI, § 5º, 1.013 e 1.028 do CPC/2015 (correspondentes aos arts. 267, VI, § 3º, 301, X, § 4º, 515 e 540 do CPC/73,



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

respectivamente), c/c os arts. 34 da Lei 8.038/90 e 247 do RISTJ, este Tribunal, no exercício de sua competência recursal ordinária, pode, de ofício, extinguir o processo de Mandado de Segurança, sem resolução do mérito, quando a parte impetrante for carecedora de ação, por ausência de qualquer das condições da ação mandamental, não havendo que se falar, nessa hipótese, em ofensa ao princípio que veda a **reformatio in pejus**.

Nesse sentido:

**"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. INSURGÊNCIA CONTRA A COBRANÇA DE TRIBUTO. DECRETO 13.162/2011 (PROTOCOLO ICMS 21/2011). ATO ATRIBUÍDO AO SECRETÁRIO DE ESTADO DE FAZENDA. ILEGITIMIDADE PASSIVA.**

1. 'Por se tratar de uma condição da ação, e portanto, matéria de ordem pública, a legitimidade das partes deve ser apreciada a qualquer tempo pelo Juízo singular ou pela instância ordinária *ad quem*' (AgRg no Ag 879.865/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJ 22/10/2007).

2. Não compete ao Secretário de Estado de Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul, mas, sim, aos Agentes Fiscais, a fiscalização e a cobrança do tributo do ICMS. Inteligência dos arts. 219, § 1º, incisos I e II da Lei 1.810/97 (Código Tributário Estadual) e 123, §§ 1º, 2º e 3º, do Decreto 9.203/1998 (Regulamento do ICMS). Precedentes: RMS 38.960/MS, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, DJe 22/05/2013; RMS 37.270/MS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 22/04/2013.

3. Agravo regimental não provido" (STJ, AgRg no RMS 38.355/MS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 02/08/2013).

**"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONDIÇÕES DA AÇÃO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. EXAME PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM SEDE DE RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. PLEITO RELATIVO À IMPOSIÇÃO DE RESPEITO E OBEDIÊNCIA A DECISÃO JUDICIAL EXARADA EM OUTRO PROCESSO. WRIT OF MANDAMUS. VIA PROCESSUAL NÃO APROPRIADA. SEARA CORRETA: RECLAMAÇÃO.**

1. Em sede de recurso ordinário em mandado de segurança, é possível a esta Corte Superior de Justiça, de ofício, examinar matérias de ordem pública, tais como as relativas às condições da ação.

2. O mandado de segurança não se presta a albergar pretensão cujo objeto seja impor o respeito e, por via de consequência, o cumprimento de decisões judiciais proferidas em outros processos, sendo a



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclamação, dirigida ao órgão do Poder Judiciário de onde proveio o *decisum* supostamente inadimplido, a seara adequada a tal desiderato.

3. Mandado de segurança, de ofício, extinto, sem resolução de mérito, prejudicado o recurso ordinário" (STJ, RMS 30.287/MT, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe de 19/12/2011).

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. ILEGITIMIDADE DE PARTE. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. *REFORMATIO IN PEJUS*. INOCORRÊNCIA. EFEITO EXPANSIVO SUBJETIVO. ART. 509 DO CPC. LITISCONSÓRCIO SIMPLES. INAPLICABILIDADE.

1. **As questões de ordem pública, no caso a ilegitimidade das partes, podem ser alegadas em qualquer tempo e grau de jurisdição ordinária, podendo ser, até mesmo, conhecidas de ofício pelo juiz, o que afasta as teses de julgamento *ultra petita* e *reformatio in pejus*, levantadas pelos recorrentes.**

2. O entendimento que firmemente prevalece nesta Corte é o de que o recurso produz efeitos somente ao litisconsorte que recorre, ressalvados os casos de litisconsórcio unitário, que não é o caso dos autos.

3. Agravo regimental a que se nega provimento" (STJ, AgRg no REsp 770.326/BA, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (Desembargador Convocado do TJ/SP), SEXTA TURMA, DJe de 27/09/2010).

A Constituição Federal, ao disciplinar os direitos e garantias individuais, no art. 5º, LXIX, dispõe que se concederá mandado de segurança, "para proteger direito líquido e certo, não amparado por 'habeas-corpus' ou 'habeas-data', quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público".

A garantia constitucional pressupõe direito líquido e certo, de um lado, e ilegalidade ou abuso de poder, cometido por autoridade pública, de outro.

A Lei 12.016/2009 – ao disciplinar o instituto, em nível infraconstitucional – prevê o cabimento do **mandamus** "para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça".

Incontestável, então, que a Lei 12.016/2009 consagra o mandado de segurança preventivo, cujo cabimento, segundo o texto legal, terá lugar sempre que o titular do direito líquido e certo suportar **justo receio** de sua violação, por ilegalidade ou abuso de poder.

Não se olvida que, sendo preventivo o mandado de segurança, o receio de ocorrência futura de ato que venha a violar o suposto direito líquido e certo da parte impetrante é suficiente a dar ensejo à impetração.

Ocorre que, **in casu**, diante da argumentação constante da impetração, não se



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

verifica a iminência de possíveis atos de efeitos concretos, a serem praticados pelo Secretário de Tributação do Estado do Rio Grande do Norte – a justificar a competência originária do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte –, tendentes a violar ou ameaçar suposto direito líquido e certo da impetrante, a dar ensejo à impetração, ainda que na forma preventiva.

De fato, a impetrante não indicou qualquer ato, **de efeitos concretos**, já praticado, ou na iminência de ser praticado, pela autoridade impetrada – o Secretário de Tributação do Estado do Rio Grande do Norte –, a justificar a competência originária do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Apenas defendeu a inexistência de relação jurídico-tributária que a obrigue a recolher o ICMS, na hipótese versada na petição inicial.

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.

Com efeito, 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".

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. **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.**

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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

No mesmo sentido são os seguintes julgados da Segunda Turma: AgRg no RMS 36.113/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe de 25/09/2013; AgRg no RMS 42.792/CE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe de 11/03/2014.

Sobre a autoridade que deve figurar no polo passivo de mandado de segurança que visa o afastamento de exigência fiscal, supostamente ilegítima, confira-se a lição doutrinária de HELY LOPES MEIRELLES:

**"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 denominada 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.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A mais recente jurisprudência da Segunda Turma do STJ orienta-se no sentido de que o Secretário de Tributação do Estado do Rio Grande do Norte não possui legitimidade para figurar, como autoridade coatora, no polo passivo de mandado de segurança que visa 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, como ilustra o seguinte precedente:

**"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



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

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 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 1º/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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 recurso 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" (STJ, RMS 54.333/RN, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 20/10/2017).**

Confirmam-se, no mesmo sentido, os atuais precedentes da Primeira Turma do

STJ:

**"RECURSO FUNDADO NO NOVO CPC. TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO EM 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.**

**1. Secretário de Estado de Fazenda não ostenta legitimidade para figurar no pólo passivo do mandado de segurança, questionando a obrigatoriedade de pagamento de ICMS, pois não é de sua competência determinar a nulidade de eventual lançamento tributário. Precedentes: RMS 47.206/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/03/2015, DJe 09/03/2015); RMS 37.270/MS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2013, DJe 22/04/2013.**

**2. Inaplicabilidade da teoria da encampação na hipótese dos autos porquanto o conhecimento do writ esbarra na alteração de competência estabelecida pela Constituição Federal. Precedentes: RMS 45.902/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 21/09/2016; AgInt no RMS 49.232/MS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/05/2016, DJe 18/05/2016.**

**3. Agravo interno a que se nega provimento" (STJ, AgInt no RMS**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

51.519/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 16/12/2016).

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. **ICMS. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SECRETÁRIO DA FAZENDA.**

**1. O Secretário de Fazenda não está legitimado para figurar como autoridade coatora em mandados de segurança em que se discute a exigibilidade de débitos de ICMS.**

**2. Agravo interno desprovido"** (STJ, AgInt no RMS 46.013/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 29/08/2016).

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. **ICMS. ALÍQUOTAS APLICÁVEIS SOBRE VALORES DECORRENTES DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SECRETÁRIO DO ESTADO. NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 6º, § 3º DA LEI 12.016/2009. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DA TEORIA DA ENCAMPAÇÃO.** AGRAVO REGIMENTAL DO CONTRIBUINTE AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

**1. Para aplicar ocorrência da teoria da encampação necessita-se do preenchimento de alguns 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.**

**2. A jurisprudência desta Corte Superior é pacífica acerca da ilegitimidade do Secretário de Estado da Fazenda para integrar o pólo passivo da Ação Mandamental em que se busca alterar a alíquota e a base de cálculo do ICMS incidente sobre a prestação de serviços de energia elétrica, a teor do disposto no Decreto 40.613/2007, do Estado do Rio de Janeiro.**

**3. Destarte, a teoria da encampação é inaplicável no caso concreto, porquanto, ainda que o Secretário de Fazenda do Estado do Rio de Janeiro tivesse defendido o mérito do ato, sua indicação como autoridade coatora resulta em alteração na competência jurisdicional, na medida em que 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 ou pela expedição da certidão de regularidade fiscal. Precedentes: RMS 31.412/RJ, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 29.2.2016; RMS 29.490/RJ, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**19.8.2009.**

4. Agravo Regimental do Contribuinte desprovido" (STJ, AgRg no RMS 30.771/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 30/11/2016).

**"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" (STJ, AgInt no RMS 49.232/MS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 18/05/2016).

Aliás, com o propósito de confirmar – na forma da jurisprudência invocada – a ilegitimidade do Secretário de Tributação do Estado do Rio Grande do Norte para figurar, como autoridade coatora, no polo passivo deste Mandado de Segurança, convém analisar a legislação estadual pertinente à Secretaria de Tributação do Estado do Rio Grande do Norte, ao Secretário de Estado da Tributação e aos Auditores Fiscais.

No plano constitucional, a Constituição do Estado do Rio Grande do Norte, no parágrafo único de seu art. 66, prevê que compete ao Secretário de Estado, além de outras



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei: I - exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração estadual e referendar os atos e decretos assinados pelo Governador do Estado, na área de sua competência; II - expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos; III - apresentar ao Governador do Estado relatório anual de sua gestão na Secretaria; IV - praticar os atos pertinentes às atribuições que lhe forem outorgadas pelo Governador do Estado.

No plano legal, a Lei Complementar estadual 163/99, que dispõe sobre a organização do Poder Executivo do Estado do Rio Grande do Norte, em seu art. 7º, II, **b**, relaciona, entre as Secretarias de Estado, a Secretaria de Estado da Tributação, e, em seu art. 26, prevê o seguinte: "Art. 26. À Secretaria de Estado da Tributação (SET) compete: I - dirigir e executar a política de administração fiscal e tributária do Estado; II - realizar estudos e pesquisas para a previsão da receita, bem como adotar providências executivas para a obtenção de recursos financeiros de origem tributária e outros; III - manter cadastro atualizado de contribuintes contendo todos os dados necessários ao exercício das atividades de fiscalização previsão de receitas e planejamento tributário do Estado; IV - orientar os contribuintes sobre a aplicação e a interpretação da legislação tributária; V - informar à população dos valores de taxas, contribuições, multas, licenças, alvarás e certidões; e VI - criar mecanismos de articulação permanente com os setores econômicos do Estado visando a debater a regulamentação e aplicação da política tributária, o endividamento fiscal das empresas e a negociação de alternativas para o equacionamento desses débitos fiscais".

Também em seu art. 54, a aludida Lei Complementar estadual enumera as seguintes atribuições básicas dos Secretários de Estado:

"Art. 54. São atribuições básicas dos Secretários de Estado as previstas na Constituição do Estado do Rio Grande do Norte e as a seguir enumeradas:

I - planejar as ações dos órgãos sob sua responsabilidade e promover a administração da Secretaria com observância das disposições legais e regulamentares da Administração Estadual, e, quando aplicáveis, da Administração Federal;

II - exercer a liderança política e institucional dos assuntos de competência da Pasta, promovendo contatos e relações com autoridades e organismos dos diferentes níveis governamentais;

III - assessorar o Governador e os demais Secretários de Estado em assuntos de competência da Secretaria;

IV – despachar diretamente com o Governador;

V - propor ao Governador a declaração de inidoneidade de pessoas físicas e Jurídicas que, na prestação de serviços, do fornecimento de bens ou na execução de obras, tenham desempenhado de forma prejudicial aos interesses do Estado, observando o procedimento estabelecido em Lei;

VI – promover a supervisão das entidades de Administração Indireta



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- vinculadas a Secretaria, através de orientação, supervisão, e controle;
- VII – atender às convocações e solicitações da Assembléia Legislativa;
- VIII - apreciar, em grau de recurso, quaisquer decisões no âmbito da Secretaria e das entidades a ela vinculadas, ouvindo sempre a autoridade cuja decisão enseja o recurso;
- IX - emitir parecer de caráter conclusivo sobre os assuntos submetidos à sua decisão;
- X - autorizar a instauração de processo de licitação, declarar sua inexistência ou dispensa, nos casos previstos em Lei, observado o disposto no parágrafo único;
- XI - determinar a instauração de processo administrativo ou sindicância para apuração de irregularidade no serviço público e impor penas disciplinares a servidores, nos termos da Lei;
- XII - aprovar a programação a ser executada pela Secretaria e pelas entidades a ela vinculadas, a proposta orçamentária e as alterações e ajustamentos que se fizerem necessários;
- XIII - expedir portarias e resoluções sobre a organização interna da Secretaria, no que não depender de atos normativos superiores e sobre a aplicação de Leis, decretos e outras disposições de interesse do órgão;
- XIV - apresentar ao Governador do Estado trimestral e anualmente, relatório de avaliação das atividades da Secretaria;
- XV - assinar contratos e convênios em que a Secretaria seja parte;
- XVI - aprovar a proposta orçamentária dos órgãos e entidades da Administração Indireta que lhe sejam vinculados;
- XVII - solicitar ao Governador do Estado, com relação a entidades vinculadas e por razões de natureza técnica, financeira, econômica ou institucional, a intervenção nos órgãos de direção, a substituição dos dirigentes e a extinção de entidades;
- XVIII - promover reuniões periódicas de coordenação entre os diversos escalões hierárquicos da Secretaria;
- XIX - criar e desenvolver fluxos de informações e comunicações internas, na Secretaria e promover o intercâmbio desta com os demais órgãos do governo; e
- XX - controlar e avaliar os custos operacionais das atividades sob sua responsabilidade funcional, evitar o desperdício em todas as suas formas e evitar duplicidade e superposição de iniciativas".

Ainda no plano legal, destacam-se os arts. 1º e 6º da Lei 6.038/90, do Estado do Rio Grande do Norte, com a redação dada pela Lei Complementar 399/2009, **in verbis**:

"Art. 1º **O Grupo Ocupacional Fisco**, integrante da Parte II, da Tabela I, do Quadro Geral de Pessoal do Estado, **é constituído de categoria**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

funcional de cargo de provimento efetivo a que são inerentes atividades de curso superior, na competência privativa de tributação, arrecadação e fiscalização, abrangendo atribuições com programação, análise, execução, fiscalização, informação, arrecadação e controle de tributos estaduais e de receitas de royalties, no âmbito da Secretaria de estado da Tributação".

"Art. 6º São atribuições do cargo público de provimento efetivo de Auditor Fiscal do Tesouro estadual, sem prejuízo do disposto no art. 142 da Lei 5.172, de 25 de outubro de 1996, denominado Código Tributário Nacional:

I – fiscalizar, analisar, controlar e apreender mercadorias em circulação, bem como **arrecadar tributos estaduais**;

II – supervisionar, coordenar, fiscalizar, analisar e realizar auditoria relacionada à escrituração fisco-contábil, referentes a tributos estaduais e às receitas de royalties;

III – participar de grupos de fiscalização e de execução de tarefas de apoio aos serviços de arrecadação, informação e fiscalização de tributos estaduais e de receitas de royalties;

IV – exercer atividades de programação e avaliação fiscal, além da orientação fisco-contábil a contribuintes;

V – efetuar contatos com órgãos da Administração Pública em níveis federal, estadual e municipal, para formulação de convênios, discussão e execução da política de Administração Tributária;

VI – **proferir decisões em processo administrativo fiscal, ou delas participar, bem como em processos de consulta, restituição ou compensação de tributos**, contribuições e receitas de royalties;

VII – auxiliar na definição das políticas tributária e fiscal, bem como planejar, coordenar, orientar e executar atividades em prol do aprimoramento da Administração Tributária;

VIII – gerenciar a informação e sua segurança nos bancos de dados e meios de transmissão, implementar políticas públicas relacionadas com armazenamento, processamento e transmissão de informações fiscais, bem como assegurar o sigilo de tais informações; e,

IV – elaborar pesquisa, análise, interpretação e aperfeiçoamento da legislação tributária e concernente às receitas de royalties, dos métodos de arrecadação, fiscalização e controle, bem como da legislação que trata da matéria financeira e contábil".

No plano regulamentar, confira-se o Decreto 22.088/2010, que aprova o Regulamento da Secretaria de Estado da Tributação, do qual se destacam os seguintes dispositivos:

"Art. 5º O nível de direção superior, na Secretaria de Estado da Tributação, é representado pelo cargo de Secretário de Estado de



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tributação, de provimento em comissão".

"Art. 44. A Coordenadoria de Fiscalização (COFIS) é o órgão responsável pelo planejamento, coordenação e controle das atividades de fiscalização das obrigações tributárias".

"Art. 63. São atribuições básicas do Secretário de Estado da Tributação, além das previstas na Constituição Estadual e em Leis Estadual, as enumeradas a seguir:

I - supervisionar o planejamento das ações dos órgãos sob sua responsabilidade e promover a administração geral da Secretaria, em estrita observância às disposições legais e regulamentares aplicáveis à Administração Pública Estadual;

II - exercer a liderança política e institucional do setor polarizado pela Secretaria, promovendo contatos e relações com autoridades e organizações dos diferentes níveis governamentais;

III - assessorar o Governador e os outros Secretários de Estado nos assuntos relacionados com as competências da Secretaria;

IV - participar das reuniões do Conselho de Desenvolvimento do Estado (CDE);

V - expedir atos administrativos de caráter normativo sobre assuntos de sua competência;

VI - aprovar modelos, estabelecer prazos de validade e definir condições para a impressão e utilização de formulários e documentos fiscais;

VII - propor ao Governador a declaração de inidoneidade de pessoas físicas e jurídicas que, na prestação de serviços, no fornecimento de bens ou na execução de obras, se tenham portado de forma prejudicial aos interesses do Estado;

VIII - autorizar a instauração de processos de licitação, homologá-la ou dispensá-la, ou declarar sua inexigibilidade nos termos da legislação aplicável à matéria;

IX- determinar a instauração de processo administrativo, comissões de inquérito ou de sindicância, para apuração de irregularidades no serviço público e impor penas disciplinares a servidores;

X - aprovar planos, programas anuais ou plurianuais de trabalho, proposta orçamentária e programação financeira de desembolso da Secretaria;

XI - praticar os atos de administração orçamentária e financeira;

XII - expedir portarias e resoluções sobre a organização da Secretaria, nas matérias não disciplinadas por atos normativos superiores, bem como sobre a aplicação de leis, decretos e outras disposições de interesse do órgão;

XIII - apresentar, anualmente, ao Governador, relatório das atividades



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

realizadas pela Secretaria;

XIV - assinar contratos e convênios em que a Secretaria seja parte;

XV - promover reuniões periódicas de coordenação entre os diferentes escalões hierárquicos da instituição;

XVI - propor, para manifestação ou deliberação do Conselho de Desenvolvimento do Estado, quaisquer assuntos e matérias cuja importância, gravidade ou possibilidade de repercussão assim o determine;

XVII - articular-se com os demais órgãos e entidades da Administração Pública, visando a integração da Secretaria nos seus planos e programas de trabalho;

XVIII - representar o Estado nas conferências de Secretários de Fazenda e Finanças e junto ao Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ;

XIX - criar e extinguir projetos, nomear e exonerar gerentes e demais servidores que exerçam cargos de confiança, cuja competência não seja exclusiva do Governador do Estado;

XX - indicar servidores para participar de cursos de formação, aperfeiçoamento ou treinamento no País ou no exterior;

XXI - autorizar viagens a serviço, arbitrar e conceder diárias e ajudas de custo, na forma da legislação pertinente;

XXII - aplicar a legislação de pessoal aos servidores subordinados;

XXIII - autorizar pagamentos, restituições de depósitos e de tributos, cauções, fianças e transferências de numerários;

XXIV - credenciar estabelecimentos bancários para integrar o sistema de arrecadação estadual;

XXV - fazer indicações ao Governador do Estado para o provimento dos cargos do grupo de direção;

XXVI - administrar as dotações orçamentárias consignadas no orçamento da Secretaria e autorizar a realização de despesas mediante assinatura dos respectivos empenhos, ordens de pagamento e de saques;

XXVII - opinar sobre matérias submetidas por outro Secretário de Estado à sua apreciação e, essencialmente, nos pedidos de concessão de incentivos fiscais;

XXVIII - expedir portarias de lotação, localização e movimentação dos servidores do órgão;

XXIX - dirimir, em última instância, conflitos de competência entre os órgãos da instituição;

XXX - delegar competência, supervisionar a execução e controlar os resultados;

XXXI - referendar leis, decretos e outros atos do Governador do Estado, na área de competência da Secretaria;

XXXII - designar grupos de auditoria destinados a procederem



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

auditações, perícias, fiscalizações, levantamentos e tomadas de contas nos órgãos da Secretaria;

XXXIII - determinar a expedição de carteiras de identificação funcional;

XXXIV - alterar, provisoriamente, atribuições de competência de determinado órgão para atender aos objetivos específicos de projeto de que trata o artigo 6º deste Regulamento;

XXXV - resolver os casos omissos, bem como esclarecer as dúvidas suscitadas na aplicação deste Regulamento;

XXXVI - praticar os demais atos inerentes ao exercício das atribuições de direção superior da Secretaria ou decorrentes de outorga ou delegação pelo Governador do Estado".

Da Lei 6.968/96, do Estado do Rio Grande do Norte, que dispõe sobre o ICMS, também se destacam os seguintes dispositivos:

"Art. 49. A fiscalização e orientação fiscal sobre o ICMS compete à Secretaria de tributação, sendo exercida no território deste Estado sobre todos os sujeitos passivos de obrigações tributárias previstas na legislação específica, inclusive as que gozarem de isenção, forem imunes ou não estejam sujeitas ao pagamento do imposto.

**§ 1º Os Auditores Fiscais incumbidos de realizar tarefas de fiscalização devem identificar-se através de documento de identidade funcional, expedido pela Secretaria de Tributação".**

O Regulamento do ICMS do Estado do Rio Grande do Norte, aprovado pelo Decreto 13.640/97, dispõe o seguinte:

"Art. 343. A fiscalização e orientação fiscal sobre o ICMS compete à Secretaria de Tributação, sendo exercida no território deste Estado sobre todos os sujeitos passivos de obrigações tributárias previstas na legislação específica, inclusive as que gozarem de isenção, forem imunes ou não estejam sujeitas ao pagamento do imposto.

**§ 1º Os Auditores Fiscais incumbidos de realizar tarefas de fiscalização devem identificar-se através de documento de identidade funcional, expedido pela Secretaria de Tributação".**

Ao contrário do alegado nas razões deste Agravo interno, não se aplica ao caso o art. 957 do aludido Regulamento do ICMS, porquanto a petição inicial deste Mandado de Segurança não indicou, como ato coator, qualquer requerimento administrativo de compensação ou de restituição de indébito. Também não incidem, na espécie, os arts. 964 e 967 do citado Regulamento, os quais prevêem, tão somente, atribuições normativas do Secretário de Tributação do Estado do Rio Grande do Norte.

A partir da interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais, legais e



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regulamentares acima – 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 Tributação do Estado do Rio Grande do Norte. Ao contrário, tais atos de fiscalização e cobrança competem, privativamente, aos Auditores Fiscais do Tesouro Estadual, tanto é assim que, neste Mandado de Segurança, as informações foram prestadas por Sílvio Walério de Mendes e Menezes, Auditor Fiscal do Tesouro Estadual (fls. 69/94e).

Outrossim, diferentemente do Secretário de Tributação do Estado do Rio Grande do Norte, os servidores da Secretaria de Estado da Tributação não possuem prerrogativa de foro perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, em se tratando de mandados de segurança contra atos por eles praticados.

Com efeito, o art. 71, I, **e**, da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte, com igual redação ao art. 18, I, **e**, da Lei Complementar estadual 165/99, que dispõe sobre a organização judiciária daquele Estado, prevê que compete ao Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, "**os mandados de segurança e os 'habeas-data' contra atos** do Governador, da Assembléia Legislativa, seu Presidente, Mesa ou Comissão, do próprio Tribunal, suas Câmaras ou Turmas, e respectivos Presidentes, bem como de qualquer de seus membros, do Tribunal de Contas, suas Câmaras, e respectivos Presidentes, dos Juízes de Primeiro Grau, ressalvada a competência dos Colegiados Regionais de Recursos, do Conselho de Justiça Militar, **dos Secretários de Estado**, Procuradores-Gerais e Comandante da Polícia Militar" (grifou-se).

Portanto, de um lado, o Secretário de Tributação do Estado do Rio Grande do Norte não possui legitimidade para figurar, como autoridade coatora, no polo passivo deste Mandado de Segurança, que visa afastar a exigência do ICMS, e de outro lado, é inaplicável a teoria da encampação, pois haveria indevida modificação ampliativa da competência prevista no art. 71, I, **e**, da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte e, também, no art. 18, I, **e**, da Lei Complementar 165/99.

Por fim, uma vez extinto o processo, 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 especiais representativos da controvérsia relacionada ao mérito.

Ante o exposto, nego provimento ao Agravo interno.

É como voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2017/0194699-6

**AgInt no**  
**RMS 54.968 / RN**

Números Origem: 00074362220168200000 20160127350000100 20160127350000200 20160127350000300

PAUTA: 15/05/2018

JULGADO: 15/05/2018

#### **Relatora**

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

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 : CAMPTUR-CAMPING EMPREENDIMENTOS TURISTICOS E LAZER LTDA  
- EPP  
ADVOGADO : LAILSON EMANOEL RAMALHO DE FIGUEIREDO E OUTRO(S) - RN005797  
RECORRIDO : ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE  
PROCURADOR : RODRIGO TAVARES DE ABREU LIMA E OUTRO(S) - RN015421B

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Crédito Tributário - Base de Cálculo - Cálculo de ICMS "por dentro"

#### **AGRAVO INTERNO**

AGRAVANTE : CAMPTUR-CAMPING EMPREENDIMENTOS TURISTICOS E LAZER LTDA  
- EPP  
ADVOGADO : LAILSON EMANOEL RAMALHO DE FIGUEIREDO E OUTRO(S) - RN005797  
AGRAVADO : ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE  
PROCURADOR : RODRIGO TAVARES DE ABREU LIMA E OUTRO(S) - RN015421B

#### **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 interno, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Francisco Falcão (Presidente), Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.