



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AglInt no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 68977 - PR
(2022/0166200-9)**

RELATOR : **MINISTRO PAULO SÉRGIO DOMINGUES**
AGRAVANTE : **ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS SA E FILIAL(IS)**
ADVOGADOS : **CATIANI ROSSI - SC023575**
 LUIZ FERNANDO SACHET - SC018429
 EDUARDO SABINO - SC038529
 DANIELA ANDRADE DOS SANTOS - SP407183
 FABIANO RÉGIS ABREU JÚNIOR - SC053894
 BEATRIZ BALAS TOLEDO - SP412024
AGRAVADO : **ESTADO DO PARANÁ**
ADVOGADOS : **HELOISA BOT BORGES - PR026279**
 FERNANDO MERINI - PR041156

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ILEGITIMIDADE DO SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DO PARANÁ. ICMS INCIDENTE SOBRE ENERGIA ELÉTRICA – ALÍQUOTA DE 29%. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA LEI EM TESE. NÃO CABIMENTO. TEMA 430/STJ. SÚMULA 266/STF. PROVIMENTO NEGADO.

1. Tem-se, na origem, mandado de segurança impetrado contra ato do Secretário da Fazenda do Estado do Paraná questionando a constitucionalidade da alíquota de 29% do ICMS sobre a energia consumida pela impetrante, em razão da patente essencialidade do serviço.

2. Conforme precedentes desta Corte, o Secretário da Fazenda Estadual não ostenta legitimidade para figurar no polo passivo do mandado de segurança que trata de questões envolvendo tributos, como, no caso, o ICMS.

3. Aplicável, também, o julgamento do Tema 430/STJ em vista do óbice inserto na Súmula 266/STF.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 20/02/2024 a 26/02/2024, por unanimidade, negar provimento ao

recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Sérgio Domingues.

Brasília, 26 de fevereiro de 2024.

MINISTRO PAULO SÉRGIO DOMINGUES
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgInt no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 68977 - PR
(2022/0166200-9)**

RELATOR : **MINISTRO PAULO SÉRGIO DOMINGUES**
AGRAVANTE : **ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS SA E
FILIAL(IS)**
ADVOGADOS : **CATIANI ROSSI - SC023575**
LUIZ FERNANDO SACHET - SC018429
EDUARDO SABINO - SC038529
DANIELA ANDRADE DOS SANTOS - SP407183
FABIANO RÉGIS ABREU JÚNIOR - SC053894
BEATRIZ BALAS TOLEDO - SP412024
AGRAVADO : **ESTADO DO PARANÁ**
ADVOGADOS : **HELOISA BOT BORGES - PR026279**
FERNANDO MERINI - PR041156

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ILEGITIMIDADE DO SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DO PARANÁ. ICMS INCIDENTE SOBRE ENERGIA ELÉTRICA – ALÍQUOTA DE 29%. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA LEI EM TESE. NÃO CABIMENTO. TEMA 430/STJ. SÚMULA 266/STF. PROVIMENTO NEGADO.

1. Tem-se, na origem, mandado de segurança impetrado contra ato do Secretário da Fazenda do Estado do Paraná questionando a constitucionalidade da alíquota de 29% do ICMS sobre a energia consumida pela impetrante, em razão da patente essencialidade do serviço.

2. Conforme precedentes desta Corte, o Secretário da Fazenda Estadual não ostenta legitimidade para figurar no polo passivo do mandado de segurança que trata de questões envolvendo tributos, como, no caso, o ICMS.

3. Aplicável, também, o julgamento do Tema 430/STJ em vista do óbice inserto na Súmula 266/STF.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto por ARCOS DOURADOS COMÉRCIO

DE ALIMENTOS SA contra decisão de minha relatoria (fls. 1.785/1.791) na qual reconheci de ofício a ilegitimidade do Secretário da Fazenda do Estado do Paraná, deneguei a ordem e julguei prejudicado o recurso ordinário.

Em suas razões recursais (fls. 1.797/1.817), a parte agravante informa, em síntese, que *"a indicação da Autoridade Coatora pautou-se na legislação do Estado do Paraná (ex vi arts. 902 e 1013, inciso VIII, alínea 'b', da Constituição do Estado do Paraná) e na jurisprudência vigente na época da impetração do presente writ no sentido de que seria o Secretário da Fazenda do Estado a parte legítima para figurar no polo passivo"* (fl. 1.799) e que, *"considerando a modulação dos efeitos no julgamento do Tema nº 745 elo STF, há que se reconhecer que a manutenção da r. decisão agravada que extinguiu o processo sem julgamento do mérito sacrificará o direito líquido e certo das Agravantes de recuperação dos valores pagos indevidamente a título de ICMS com alíquota de 29% sobre as operações de energia elétrica realizadas nos períodos anteriores a data do ajuizamento (16/10/2020) e no curso da presente ação, causando-lhes inexplicáveis prejuízos financeiros"* (fl. 1.806). Sustenta a inaplicabilidade da Súmula 266/STJ ao argumento de que é possível a impetração de mandado de segurança preventivo.

Impugnação apresentada às fls. 1.823/1.827.

É o relatório.

VOTO

Trata-se, na origem, de mandado de segurança impetrado contra ato do Secretário da Fazenda do Estado do Paraná no qual se questiona a constitucionalidade da alíquota de 29% do ICMS sobre a energia consumida pela impetrante, em razão da patente essencialidade do serviço.

A parte agravante insiste nos mesmos argumentos já analisados na decisão recorrida.

Não obstante, a pretensão mandamental e a legislação estadual, não há como reconhecer a legitimidade do Secretário da Fazenda para figurar como autoridade coatora, mormente porque esta Corte Superior tem entendimento pacífico sobre a sua ilegitimidade.

Acerca da constitucionalidade da seletividade do ICMS incidente sobre a energia elétrica, o tema não é passível de questionamento por mandado de segurança,

conforme exposto na decisão recorrida, com fundamento no entendimento também pacificado do Superior Tribunal de Justiça por ocasião do julgamento do Tema 430 (REsp 1.119.872), em vista do óbice inserto na Súmula 266/STF, que dispõe: "*Não cabe mandado de segurança contra lei em tese*".

Em caso análogo ao presente, cito precedente da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS INCIDENTE SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. LEGISLAÇÃO ESTADUAL. ALÍQUOTA DE 29%. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA LEI EM TESE. NÃO CABIMENTO. SÚMULA N. 266/STF. ILEGITIMIDADE DA AUTORIDADE INDICADA COMO COATORA. NECESSIDADE DE COMPARAÇÃO DE ALÍQUOTAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7/STJ.

I - Na origem, o presente feito decorre de mandado de segurança impetrado em desfavor de ato praticado pelo Secretário de Estado da Fazenda do Paraná, consistente na determinação da exigibilidade do pagamento de ICMS sobre as operações de energia elétrica na alíquota de 29%, em obediência à legislação estadual paranaense que regulamenta esse imposto (art. 14, V, da Lei Estadual n. 11.580/1996 e art. 14, V, do RICMS/PR. No Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, a segurança foi denegada. Nesta Corte, não se conheceu do recurso ordinário.

II - Observa-se que a questão discutida nos autos se encontra com repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, por meio do RE n. 714.139/SC, Tema n. 745, entretanto, não havendo determinação de suspensão pela excelsa Corte, apresenta-se possível o prosseguimento da análise do presente recurso.

III - Verifica-se que, na hipótese dos autos, tem-se aplicável a Súmula n. 266/STF, tendo em vista que o mandamus se volta contra lei em tese, ou seja, lei estadual que estaria violando o princípio da seletividade.

IV - De outro giro, o Secretário da Fazenda Estadual não ostenta legitimidade para figurar no polo passivo do mandado de segurança que questiona a exigibilidade de tributos, in casu, o ICMS.

V - Nesse sentido, oportuno observar que, no mandado de segurança, considera-se autoridade coatora aquele que tem a atribuição de determinar o ato impugnado e não o que detém a competência para baixar as normas para a execução do ato. Consoante a pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não tendo o Secretário da Fazenda competência para efetivar o lançamento ex officio do tributo, deve ser afastada sua legitimidade para integrar a relação processual.

VI - Finalmente, observa-se, ademais, que, para aferir a apontada violação, seria necessário dilação probatória, na comparação de alíquotas de acordo com a utilidade dos bens em confronto, visando promover a justiça fiscal. Sobre o assunto, destacam-se: AgInt nos EDcl no RMS n. 35.040/RN, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maira Filho, Primeira Turma, julgado em 7/12/2017, DJe 15/12/2017; AgInt no RMS n. 58.354/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 26/2/2019, DJe 1/3/2019 e RMS n. 37.569/CE, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 20/6/2013,

DJe 1/7/2013.

VII - Agravo interno improvido. (AgInt nos EDcl no RMS n. 58.576/PR, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 29/6/2020, DJe de 1º/7/2020.)

Em outros casos envolvendo o ICMS e o Secretário de Fazenda do Estado do Paraná, ambas as Turmas do Superior Tribunal de Justiça assim decidiram:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. INSURGÊNCIA CONTRA COBRANÇA DO TRIBUTO. SECRETÁRIO DE ESTADO DE FAZENDA APONTADO COMO AUTORIDADE COATORA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. INAPLICABILIDADE. SÚMULA 628/STJ. WRIT IMPETRADO CONTRA LEI EM TESE. NÃO CABIMENTO. SÚMULA 266/STF.

1. O Secretário de Estado de Fazenda não ostenta legitimidade para figurar no polo passivo do mandado de segurança que questione a exigibilidade de tributos, no caso, o ICMS. Precedentes: AgInt no RMS 34.860/RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 20/5/2019; RMS 54.996/RN, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 17/6/2019; AgInt no RMS 58.354/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 1º/3/2019; AgInt no RMS 56.103/MG, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 30/8/2018; RMS 54.132/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 13/9/2017.

2. "A teoria da encampação é aplicada no mandado de segurança quando presentes, cumulativamente, os seguintes requisitos: a) existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; b) manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas; e c) ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal" (Súmula 628/STJ).

3. Não é possível valer-se da teoria da encampação na espécie, uma vez que haveria alteração de competência jurisdicional, pois cabe originariamente ao Tribunal de Justiça Estadual o julgamento de mandado de segurança contra ato de Secretário de Estado (art. 101, VII, b, da Constituição do Estado do Paraná), prerrogativa de foro não extensível ao Delegado da Receita Estadual de Pato Branco/PR.

4. Não se revela adequado o manejo do mandado de segurança para se atacar ato normativo de caráter geral e abstrato, por frontal colisão com o quanto consignado na Súmula 266/STF.

5. Agravo interno não provido. (AgInt no RMS n. 62.518/PR, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 8/5/2023, DJe de 11/5/2023.)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. ALEGAÇÃO DE COBRANÇA INDEVIDA DE ICMS SOBRE TUST E TUSD AUTORIDADE COATORA. SECRETÁRIO DE ESTADO. ILEGITIMIDADE PASSIVA.

1. Trata-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado por Indústria de Compensados Sudati Ltda., ora recorrente, tendo como autoridade coatora o Secretário da Fazenda do Estado do Paraná, em virtude de incidência do ICMS sobre os valores cobrados pelo uso do sistema de distribuição e transmissão de energia elétrica.

2. O Tribunal de origem entendeu que "o Secretário de Estado da Fazenda não possui legitimidade para figurar como autoridade coatora em mandados de segurança nos quais se discute a constituição e cobrança de tributos, isto porque o mesmo apenas orienta os órgãos subordinados a respeito da aplicação da lei no âmbito administrativo, não sendo este que ordena, tampouco pratica o ato de cobrança de tributos, agindo, portanto, apenas de maneira fiscalizatória" (fl. 224, e-STJ).

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

4. 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 que se 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, DJe 5/5/2017; RMS 49.806/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19/12/2016; AgInt no RMS 51.519/MG, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 16/12/2016; RMS 43.239/GO, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, Je 11/5/2016; AgRg no RMS 38.355/MS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 2/8/2013).

5. Agravo Interno não provido. (AgInt no RMS n. 64.072/PR, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/11/2020, DJe de 24/11/2020.)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

AgInt no RMS 68.977 / PR
PROCESSO ELETRÔNICO

Número Registro: 2022/0166200-9

Número de Origem:

00685945020208160000 006859450202081600004 685945020208160000 6859450202081600004

Sessão Virtual de 20/02/2024 a 26/02/2024

Relator do AgInt

Exmo. Sr. Ministro PAULO SÉRGIO DOMINGUES

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro PAULO SÉRGIO DOMINGUES

Secretário

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS SA E FILIAL(IS)

ADVOGADOS : CATIANI ROSSI - SC023575

LUIZ FERNANDO SACHET - SC018429

EDUARDO SABINO - SC038529

DANIELA ANDRADE DOS SANTOS - SP407183

FABIANO RÉGIS ABREU JÚNIOR - SC053894

BEATRIZ BALAS TOLEDO - SP412024

RECORRIDO : ESTADO DO PARANÁ

PROCURADORES : HELOISA BOT BORGES - PR026279

FERNANDO MERINI - PR041156

ASSUNTO : DIREITO TRIBUTÁRIO - IMPOSTOS - ICMS/ IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS SA E FILIAL(IS)

ADVOGADOS : CATIANI ROSSI - SC023575

LUIZ FERNANDO SACHET - SC018429

EDUARDO SABINO - SC038529

DANIELA ANDRADE DOS SANTOS - SP407183

FABIANO RÉGIS ABREU JÚNIOR - SC053894

BEATRIZ BALAS TOLEDO - SP412024

AGRAVADO : ESTADO DO PARANÁ
ADVOGADOS : HELOISA BOT BORGES - PR026279
FERNANDO MERINI - PR041156

TERMO

A PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 20/02/2024 a 26/02/2024, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Sérgio Domingues.

Brasília, 27 de fevereiro de 2024