



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 49.945 - MG
(2015/0318861-7)**

RELATORA : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
AGRAVANTE : ADEMIG - ASSOCIACAO DOS ATACADISTAS DISTRIBUIDORES
DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : LEANDRO MARTINHO LEITE E OUTRO(S)
AGRAVADO : ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : LUIZ HENRIQUE NOVAES ZACARIAS

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DA APLICABILIDADE DA RESOLUÇÃO 3.166/2001, DO SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, QUE VEDA A APROPRIAÇÃO DE CRÉDITO DE ICMS NAS ENTRADAS, DECORRENTES DE OPERAÇÕES INTERESTADUAIS, DE MERCADORIAS CUJOS REMETENTES SEJAM BENEFICIADOS COM INCENTIVOS FISCAIS CONCEDIDOS, POR OUTROS ESTADOS, EM DESACORDO COM O ENTENDIMENTO DO FISCO MINEIRO ACERCA DA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA DO IMPOSTO. IMPETRAÇÃO CONTRA LEI EM TESE. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 266/STF. ILEGITIMIDADE DO SECRETÁRIO DE ESTADO DA FAZENDA PARA FIGURAR, COMO AUTORIDADE COATORA, NO POLO PASSIVO DO MANDADO DE SEGURANÇA. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. Na hipótese, a associação impetrante, ao apontar, como autoridade coatora, o Secretário da Fazenda do Estado de Minas Gerais – a justificar a competência originária do Tribunal de Justiça de Minas Gerais –, bem como ao sustentar inconstitucionais, tanto a Resolução 3.166/2001, do Secretário de Estado da Fazenda, quanto os arts. 28, § 5º, e 225 da Lei estadual 6.763/75 e 62, §§ 1º e 2º, do RICMS/MG (Decreto estadual 43.080/2002), buscou, liminarmente, decisão judicial que afastasse a aplicabilidade da aludida Resolução, com autorização para que seus associados se apropriassem integralmente dos créditos de ICMS, nas entradas de mercadorias provenientes de outros Estados, e, ainda, que se determinasse à autoridade coatora, e a seus subordinados, que se abstivessem da prática de quaisquer atos tendentes à exigência do ICMS, com base nas supracitadas disposições normativas, tais como a instauração de processos administrativos tributários. No mérito, buscou a confirmação da liminar, declarando-se, em caráter definitivo, a inconstitucionalidade e ilegalidade das disposições normativas acima.

II. Sendo preventivo o mandado de segurança coletivo, desnecessária a existência concreta de ato coator, porquanto o receio de ato que venha a violar o direito líquido e certo dos associados da impetrante é suficiente a ensejar a impetração. Ocorre que, **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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Fazenda – a justificar a competência originária do Tribunal de Justiça –, tendentes a violar ou ameaçar suposto direito líquido e certo dos associados 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 Fazenda, a justificar a competência originária do Tribunal de Justiça. Apenas impetra o **mandamus** contra a Resolução 3.166/2001, do Secretário de Estado da Fazenda, e os arts. 28, § 5º, e 225 da Lei Estadual 6.763/75 e 62, §§ 1º e 2º, do RICMS/MG (Decreto estadual 43.080/2002), por reputar ilegais e inconstitucionais tais normas de direito local. Assim, incide, na espécie, a Súmula 266/STF ("Não cabe mandado de segurança contra lei em tese").

III. 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".

IV. A Primeira Turma do STJ, ao julgar o AgRg no RMS 36.846/RJ (Rel. Ministro ARI PARGENDLER, DJe de 07/12/2012), decidiu que, no regime do lançamento por homologação, a iminência de sofrer o lançamento fiscal, acaso não cumpra a legislação de regência, autoriza o sujeito passivo da obrigação tributária a impetrar mandado de segurança contra a exigência que considera indevida. Nesse caso, porém, autoridade coatora é aquela que tem competência para o lançamento **ex officio**, que, certamente, não é o Secretário de Estado da Fazenda.

V. Agravo Regimental improvido.

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.

A Sra. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3a. Região), os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 17 de março de 2016 (data do julgamento).

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 49.945 - MG
(2015/0318861-7)

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de Agravo Regimental, interposto pela ASSOCIAÇÃO DOS ATACADISTAS DISTRIBUIDORES DO ESTADO DE MINAS GERAIS - ADEMIG, contra decisão de minha lavra, assim fundamentada, **in verbis**:

"Trata-se de Recurso Ordinário, interposto pela Associação dos Atacadistas Distribuidores do Estado de Minas Gerais - ADEMIG, com fundamento no art. 105, II, **b**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que, nos termos da seguinte ementa, denegou o Mandado de Segurança Coletivo ali ajuizado, originariamente:

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

- Além de não competir ao Secretário de Estado de Fazenda, mas, sim, aos Agentes Fiscais, a fiscalização e a cobrança do ICMS, não se admite a impetração de mandado de segurança contra lei em tese' (fl. 196e).

No Recurso Ordinário, a impetrante indica violação aos arts. 155, § 2º, I e II, da Constituição Federal, 19 e 20, da Lei Complementar 87/96, e à Resolução 22/89, do Senado Federal, e defende, de um lado, a legitimidade **ad causam** do Secretário da Fazenda do Estado de Minas Gerais para figurar, como autoridade impetrada, no polo passivo do Mandado de Segurança Coletivo, e de outro lado, tanto a caracterização do ato normativo impugnado como ato de efeitos concretos, quanto a existência de prova pré-constituída da efetiva imposição de restrição à apropriação dos créditos de ICMS.

Quanto ao mérito da causa propriamente dito, a impetrante reitera, em termos por ela assim resumidos, a tese defendida na petição inicial do Mandado de Segurança: i) a restrição aos créditos de ICMS que efetivamente incidiram sobre as operações em comento, e que se encontram regularmente destacados nos respectivos documentos fiscais, além de contrariar o disposto na Resolução nº 22/89 do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Senado Federal, viola frontalmente o princípio e a sistemática não-cumulativa de cobrança do imposto, uma vez que o que importa para o crédito do ICMS não é o valor 'pago', mas sim o valor que 'incidiu' sobre a operação anterior (entendimento consolidado pela jurisprudência do STJ); e ii) a restrição aos créditos de ICMS decorrentes de operações interestaduais, em que um Estado unilateralmente taxa de ilegal a legislação editada por outro, sem pronunciamento judicial (através de ADI), importa em violação a diversos princípios e disposições constitucionais, entre os quais podem ser enumerados: a) ausência de competência e capacidade tributária ativa para um Ente Federado exigir para si tributo correspondente à desoneração concedida por outro; b) violação aos princípios da autonomia legislativa, da tripartição de poderes e do pacto federativo; c) usurpação da competência do Poder Judiciário; e d) falta de amparo da legislação mineira na Lei Complementar 24/75, em face da não recepção de seu art. 8º, pela CF/88 (conforme jurisprudência do STF e do STJ, em análise de casos idênticos ao presente).

Com base nos argumentos acima, a impetrante recorrente requer o seguinte, ao final do Recurso Ordinário: 1) seja concedida medida liminar, nos termos do art. 7º, III, da Lei 12.016/2009, para afastar a aplicação da restrição imposta pela Resolução nº 3.166/2001, editada com base nos arts. 28, § 5º, e 225, da Lei 6.763/1975, 62, §§ 1º e 2º, do RICMS/MG (Decreto 43.080/2002), autorizando as associados da recorrente a se apropriarem integralmente dos créditos de ICMS decorrentes da entrada de mercadorias provenientes de outros Estados da Federação, com base nos arts. 155, §2º, II, da Constituição Federal, e 2º da Lei Complementar nº 87/96, e na Resolução nº 22/89 do Senado Federal; 2) ainda liminarmente, seja determinado à autoridade impetrada, bem como a seus subordinados, que se abstenham da prática de qualquer ato tendente à exigência do ICMS por força da Resolução nº 3.166/2001 e dos arts. 28, § 5º, e 225, da Lei nº 6.763/1975, e 62, §§ 1º e 2º, do RICMS/MG (Decreto 43.080/2002), tais como a lavratura de processos administrativos tributários em face das associados da recorrente, suspendendo-se eventuais restrições formalizadas nesses termos; e 3) no mérito, seja integralmente reformado o acórdão recorrido, a fim de que seja concedida a segurança de maneira a afastar as restrições impostas pelo Fisco Mineiro, indicadas nos arts. 28, § 5º e 225, da Lei nº 6.763/1975, 62, §§ 1º e 2º, do RICMS/MG (Decreto 43.080/2002) e Resolução 3.166/2001, reconhecendo-se incidentalmente a sua ilegalidade e inconstitucionalidade e assegurando, por consequência, o alegado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

direito líquido e certo das associadas da recorrente à manutenção em sua escrituração fiscal da integralidade dos créditos de ICMS destacados em documentos fiscais decorrente de operações interestaduais à alíquota de 12% (conforme previsto pela Resolução nº 22/89 do Senado Federal).

A irresignação não merece acolhida.

A Constituição Federal dispõe, ao disciplinar os direitos e garantias individuais, no art. 5º, LXIX, 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 coletivo, o receio de ocorrência futura de ato que venha violar o suposto direito líquido e certo dos substituídos processualmente pela 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 Fazenda do Estado de Minas Gerais – a justificar a competência originária do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais –, tendentes a violar ou ameaçar suposto direito líquido e certo das associadas da impetrante, a dar ensejo à impetração, ainda que na forma preventiva.

Com efeito, a impetrante não indicou qualquer ato, **de efeitos concretos**, já praticado, ou na iminência de ser praticado, pela autoridade impetrada – o Secretário da Fazenda do Estado de Minas Gerais –, a justificar a competência originária do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apenas alegou a suposta ilegalidade e inconstitucionalidade, tanto dos arts. 28, § 5º, e 225, da Lei 6.763/75,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e 62, §§ 1º e 2º, do RICMS/MG (Decreto 43.080/2002), quanto da Resolução 3.166/2001. Ou seja, limitou-se a impugnar **normas genéricas e abstratas**.

Assim, é o caso de incidência do óbice previsto na Súmula 266/STF, que contém a seguinte redação: 'Não cabe mandado de segurança contra lei em tese'.

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado da Primeira Seção do STJ:

'PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. PORTARIA INTERMINISTERIAL. ILEGITIMIDADE DO MINISTRO DE ESTADO. IMPETRAÇÃO CONTRA LEI EM TESE. DESCABIMENTO. SÚMULA 266/STF.

1. Em mandado de segurança, a legitimidade para figurar no pólo passivo é daquele que detém atribuição para adoção das providências tendentes a executar o ato combatido pela segurança, e não daquele responsável pela edição da norma geral e abstrata.

2. Inexistindo na impetração qualquer referência à situação que objetivamente viole direito líquido e certo, não há como conceder mandado de segurança. Aplicação da Súmula 266 do STF (não cabe mandado de segurança contra lei em tese).

3. Mandado de segurança que se julga extinto, com base no art. 267, VI, do CPC' (STJ, MS 9.507/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, DJU de 28/06/2004).

Do voto proferido pelo Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, no supracitado julgamento, extrai-se a seguinte lição doutrinária do saudoso Hely Lopes Meirelles:

*'O objeto do mandado de segurança será sempre a correção de ato ou omissão de autoridade, desde que ilegal e ofensivo de direito individual ou coletivo, líquido e certo, do impetrante. Este ato ou omissão poderá provir de autoridade de qualquer dos três Poderes. **Só não se admite mandado de segurança contra atos meramente normativos (lei em tese), contra a coisa julgada e contra os interna corporis de órgãos colegiados. E as razões são óbvias para essas restrições: as leis e os decretos gerais, enquanto normas abstratas, são insuscetíveis de lesar direitos, salvo quando proibitivos; a coisa julgada só é invalidável por ação rescisória (CPC, art. 485 e STF, Súmula 268); e os interna corporis, se realmente o forem, não se sujeitam à correção judicial. A lei em tese, como***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

norma abstrata de conduta, não é atacável por mandado de segurança (STF, Súmula 266), pela óbvia razão de que não lesa, por si só, qualquer direito individual. Necessária se torna a conversão da norma abstrata em ato concreto, para expor-se à impetração, mas nada impede que, na sua execução, venha a ser declarada inconstitucional pela via do mandamus' (Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, etc., RT, 13ª. edição, pág. 17/18).

Ainda no referido julgamento, foi citada a seguinte lição do saudoso Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO:

'O writ há de atacar o ato que, diretamente, vulnera o direito líquido e certo do impetrante. O que caracteriza a lei em tese é a generalidade do comando; desde que o ato atacado seja uma norma não individualizada, é incabível o mandado de segurança. Toda vez que o ato administrativo, por sua natureza, produzir efeitos concretos e imediatos, perde ele sua característica de ato normativo. Sem que tenha havido qualquer medida de execução contra interesse da impetrante, porquanto pede apenas a declaração de ilegalidade da cobrança antecipada do ICMS, descabe a impetração. Os decretos editados pelo Presidente da República, que disciplinam a criação de novos cursos de ensino superior, não se expõem ao controle jurisdicional por meio da ação de mandado de segurança, pois configuram, em face de seu próprio conteúdo normativo, atos em tese, absolutamente insuscetíveis de contraste mediante utilização do writ. Atos em tese são os que dispõem sobre situações gerais e impessoais, têm alcance genérico e disciplinam hipóteses que neles se acham abstratamente previstas. O mandado de segurança não é sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade e nem pode substituí-la, sob pena de grave deformação do instituto e inaceitável desvio de sua verdadeira função jurídico-processual' (Manual de Mandado de Segurança, 4ª edição, Editora Renovar, 2003, p. 44/45).

No mesmo sentido:

'PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. A impetração que tem por objeto a Portaria Interministerial nº 134, de 2011 - enquanto ato normativo sem repercussão imediata e concreta em direito de quem quer que seja - é inviável. Agravo regimental desprovido' (STJ, AgRg no MS 18.243/DF, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

01/02/2013).

Mesmo que não incidisse, na espécie, a Súmula 266/STF, ainda assim o Secretário da Fazenda do Estado de Minas Gerais não possui legitimidade para figurar, como autoridade coatora, no polo passivo deste Mandado de Segurança Coletivo, que visa afastar as restrições normativas ao aproveitamento do crédito de ICMS, espécie de tributo sujeito a lançamento por homologação, com base em argumentos de supostas ilegalidades e inconstitucionalidades.

Isto porque, de acordo com a orientação jurisprudencial do 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; 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.

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; 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

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 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 modificação de competência, estabelecida na Constituição.

Em consonância com a orientação jurisprudencial e doutrinária acima, a Segunda Turma do STJ, por ocasião do recente julgamento do AgRg no RMS 32.648/PE (Rel. Ministro OG FERNANDES, DJe de 18/11/2015), firmou o entendimento de que o Secretário de Estado da Fazenda não possui legitimidade para figurar, como autoridade coatora, em mandado de segurança que visa afastar restrições ao aproveitamento de créditos de ICMS.

Nesse sentido:

'AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA. INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. MODIFICAÇÃO DE COMPETÊNCIA. DECISÃO DE EXTINÇÃO DO PROCESSO NA ORIGEM MANTIDA.

1. A autoridade coatora apontada pela impetrante – Secretário de Estado – goza de foro especial por prerrogativa de função no Tribunal de Justiça, ao passo que a autoridade que efetivamente detém competência para decidir sobre o aproveitamento de créditos de ICMS – Diretor de Administração Tributária – está vinculada à jurisdição de juiz de primeiro grau.

2. Reconhecimento da ilegitimidade passiva do Secretário da Fazenda do Estado de Pernambuco, bem como da inaplicabilidade da teoria da encampação por acarretar alargamento da competência originária do Tribunal de Justiça.

3. Agravo regimental a que se nega provimento' (STJ, AgRg no RMS 32.648/PE, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/11/2015).

Nos presentes autos, trata-se de Mandado de Segurança Coletivo impetrado, pela Associação dos Atacadistas Distribuidores do Estado de Minas Gerais - ADEMIG, ora recorrente, contra o Secretário da Fazenda do Estado de Minas Gerais, cuja petição inicial contém os seguintes requerimentos:

i) seja concedida medida liminar, nos termos do art. 7º, Inciso III, da Lei 12.016/2009, com atribuição dos efeitos previstos no art. 151, Inciso IV, do Código Tributário Nacional, para afastar a aplicação da restrição imposta pela Resolução 3.166/01, editada com base nos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

arts. 28, § 5º, e 225, da Lei 6.763/1975, 62, §§ 1º e 2º, do RICMS/MG (Decreto 43.080/2002), autorizando os associados da impetrante a se apropriarem integralmente dos créditos de ICMS decorrentes da entrada de mercadorias provenientes de outros Estados da Federação, com base nos arts. 155, § 2º, II, da Constituição Federal, e 2º da Lei Complementar n.º 87/96, e na Resolução n.º 22/89 do Senado Federal;

ii) ainda liminarmente, seja determinado à autoridade impetrada, bem como a seus subordinados, que se abstenham da prática de qualquer ato tendente à exigência do ICMS por força da Resolução 3.166/01 e dos arts. 28, § 5º, e 225, da Lei 6.763/1975, 62, §§ 1º e 2º, do RICMS/MG (Decreto 43.080/2002), tais como a lavratura de processos administrativos tributários em face dos associados da impetrante, suspendendo-se eventuais restrições formalizadas nesses termos;

iii) ao final, seja confirmada a liminar, concedendo-se a segurança de maneira a afastar as restrições impostas pelo Fisco Mineiro, indicadas nos arts. 28, § 5º, e 225, da Lei 6.763/1975, 62, §§ 1º e 2º, do RICMS/MG (Decreto 43.080/2002) e Resolução 3.166/2001, reconhecendo-se incidentalmente a sua ilegalidade e inconstitucionalidade e assegurando-se, por consequência, o suposto direito líquido e certo das associadas da impetrante à manutenção em sua escrituração fiscal da integralidade dos créditos de ICMS destacados em documentos fiscais decorrente de operações interestaduais à alíquota de 12% (conforme previsto pela Resolução n.º 22/89 do Senado Federal).

Entretanto, consoante a mais recente orientação da Segunda Turma do STJ, o Secretário de Estado da Fazenda não possui legitimidade para figurar, como autoridade coatora, em mandado de segurança que visa afastar restrições ao aproveitamento de créditos de ICMS.

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

Ante o exposto, com fundamento no art. 557, **caput**, do CPC, nego seguimento ao Recurso Ordinário" (fls. 314/322e).

Inconformada, a parte agravante alega que:

"Os motivos que fundamentaram a r. decisão monocrática foram praticamente os mesmos adotados pelo E. Tribunal **a quo**, quais sejam: i) o Mandado de Segurança teria insurgido contra lei em tese, incidindo na Súmula 266 do STF; e ii) o Secretário de Estado da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Fazenda de Minas Gerais não seria a Autoridade Coatora correta a figurar no polo passivo da demanda.

Contudo, **data maxima venia**, as premissas utilizadas pela r. decisão monocrática não merecem prosperar, conforme será a seguir exposto.

Quanto ao primeiro ponto, o fundamento utilizado pela r. decisão monocrática, de que o Secretário de Estado da Fazenda de Minas Gerais não teria ingerência sobre os atos discutidos nos autos, não possuindo legitimidade para figurar no polo passivo da demanda, de igual modo comporta reparo.

Como é cediço, a Autoridade Coatora que deve ser indicada no Mandado de Segurança é aquela que detém a competência para aplicar ou determinar a aplicação, **in concreto**, do ato normativo que se pretende afastar. Nesse sentido vem se pronunciando este E. Superior Tribunal de Justiça:

'(...) Para figurar no polo passivo da ação de segurança, autoridade coatora é aquela que ordena, que determina ou pratica o ato, ou, ainda, a que defende a prevalência deste (ato coator), assumindo, embora 'a posteriori', a posição de coator (...)' (STJ-1ª Seção, MS 4.085-DF, rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 10.11.97).

'(...) A autoridade coatora, para fins de impetração de mandado de segurança, é aquela que pratica ou ordena, de forma concreta e específica, o ato ilegal, ou, ainda, aquela que detém competência para corrigir a suposta ilegalidade. Inteligência do art. 6.º, § 3.º, da Lei n.º 12.016/2009 (...)' (AgRg nos EDcl no RMS 45.074/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/08/2014, DJe 12/08/2014)

Apesar de existirem situações em que a eleição do Secretário da Fazenda realmente não poderia figurar no polo passivo por carecer de legitimidade, no presente caso a situação é diversa.

Conforme se verifica dos autos, a origem da restrição ao aproveitamento dos créditos oriundos das operações interestaduais realizadas pelos Associados da Agravante com outros Entes Federativos são as disposições normativas constantes da Lei 6.763/1975 (Artigos 28, § 5º e 225) e do Decreto 43.080/2002 – RICMS/MG (Artigo 62, §§ 1º e 2º).

A fim de dar efetividade aos dispositivos legais acima referenciados, o ilustre Secretário de Estado da Fazenda de Minas Gerais, Sr. *José Augusto Trópia Reis*, editou a Resolução 3.166/2001, determinando



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a aplicação concreta dos referidos atos normativos.

Assim, a autoridade que determinou a aplicação do ato normativo foi o Secretário de Estado da Fazenda de Minas Gerais que, além de ter editado a Resolução 3.166/2001, tem a responsabilidade funcional de ordenar ou sustar a sua aplicação.

Ou seja, o Secretário de Estado da Fazenda de Minas Gerais editou a Resolução 3.166/2001 como forma de aplicar concretamente as disposições da Lei 6.763/1975 (Artigos 28, § 5º e 225).

Para melhor visualização, abaixo segue tela obtida através do sítio eletrônico da SEFAZ/MG, demonstrando que foi o Secretário de Estado da Fazenda de Minas Gerais quem editou a Resolução nº. 3.166/2001, e determinou a aplicação da restrição ao aproveitamento de créditos do ICMS nos casos de operações interestaduais: (...)

Soma-se que, por se tratar de Mandado de Segurança Coletivo impetrado pela Associação dos Atacadistas Distribuidores de Minas Gerais, cujos Associados estão estabelecidos em diversos Municípios do Estado, e sob a jurisdição de diferentes Delegacias Fiscais Regionais, seria completamente inviável ter que demandar contra todos os Agentes Fiscais de Renda.

Em razão da vinculação funcional direta e objetiva a que estão submetidos todos os funcionários da Secretaria de Estado da Fazenda, na hipótese de ação coletiva que englobe a defesa de direitos individuais homogêneos, que extrapolem a jurisdição regional das respectivas Delegacias Fiscais, temos a autoridade máxima da referida estrutura como parte legítima para responder à ação mandamental, **in casu**, sendo o Secretário de Estado da Fazenda de Minas Gerais.

Justamente por isso, demonstrado o ato concreto praticado pelo Secretário, e a irradiação de efeitos do mesmo, sequer haveria necessidade de aplicação direta da teoria da encampação.

De qualquer forma no presente caso, se necessário fosse discutir esse ponto, cristalino o cumprimento de elementos para sua caracterização, quais sejam: a) a Autoridade Coatora apontada pela Agravante foi responsável direta pela indicação da restrição; b) a Autoridade Coatora apontada pela Agravante defendeu o mérito do **writ**, sustentando a legalidade do ato impugnado; e c) não haveria discussão quanto à modificação da competência para julgamento do Mandado de Segurança.

Destaque-se que, em caso idêntico ao presente, isto é, Recurso em Mandado de Segurança que trata especificamente da Glosa de Créditos decorrente de restrições fundamentadas na Resolução 3.166/2001, este Egrégio STJ analisando a questão, reconheceu a legitimidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

passiva do Secretário de Estado da Fazenda do Estado de Minas Gerais como Autoridade Coatora:

'TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. RESOLUÇÃO 3.166/2001 DA SECRETARIA DE FAZENDA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. RESTRIÇÃO AO CREDITAMENTO DE ALÍQUOTA INTERESTADUAL (ICMS) PELO ESTADO DE DESTINO EM FACE DE INCENTIVO FISCAL CONCEDIDO PELO ESTADO DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE. DIFERENCIAÇÃO ENTRE IMPOSTO DEVIDO E RECOLHIDO.

(...) 3. Deve ser reconhecida a legitimidade passiva do Secretário de Fazenda, pois, na espécie, a violação do direito líquido e certo vindicado pela impetrante decorre diretamente de ato de responsabilidade dessa autoridade (Resolução 3.166/2001 da Secretaria de Fazenda de Minas Gerais), emitido no intuito de mitigar os efeitos de denominada 'guerra fiscal', porquanto 'veda a apropriação de crédito de ICMS nas entradas, decorrentes de operações interestaduais, de mercadorias cujos remetentes estejam beneficiados com incentivos concedidos em desacordo com a legislação de regência do imposto', gerando, portanto, efeitos concretos imediatos em relação ao creditamento do ICMS nas operações interestaduais' (STJ. Ag Rg no Recurso em Mandado de Segurança nº. 44.350/MG. Min. Rel. Benedito Gonçalves, 1ª Turma, DJe 03/12/2014).

Dessa forma, resta clara a legitimidade do Secretário de Estado da Fazenda de Minas Gerais a figurar como Autoridade Coatora no polo passivo do Mandado de Segurança.

Quanto à demonstração da concretude do ato atacado, também merece reforma a r. decisão monocrática, quando indica que não haveria sido trazido *'qualquer ato, de efeitos concretos, já praticado, ou na iminência de ser praticado'*.

No presente caso, trouxe a Agravante elementos concretos que demonstram explicitamente que as restrições ao aproveitamento de créditos de ICMS impostas aos seus Associados.

Inicialmente deve ser destacado que a própria Resolução 3.166/2001 caracteriza-se como elemento concreto de aplicação do ato normativo ilegal.

Conforme acima demonstrado, a Resolução 3.166/2001 é a exteriorização clara da imposição da restrição que se ataca na presente ação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O que se discute na origem é que o Fisco Mineiro, com base na hipótese normativa estabelecida pelos Artigos 28, § 5º e 225 da Lei 6.763/1975, Artigo 62, §§ 1º e 2º, do RICMS/MG - Decreto 43.080/2002, editou a Resolução 3.166/2001, concretizando as restrições aos créditos de ICMS no contexto da Guerra Fiscal.

Referida Resolução é a própria concretização das restrições aos créditos de ICMS que se objetivou impugnar no **mandamus** originário.

Ao editar a Resolução o Fisco Mineiro indicou as situações concretas passíveis de glosa de créditos do ICMS, mediante a 'comunicação' da prática efetiva das restrições.

Trata-se de ato concreto, assinado pelo Secretário, que impõe a restrição e determina a glosa e autuação.

No momento da edição da Resolução 3.166/2001 o Fisco Mineiro informou que passaria a restringir os créditos de ICMS originários de determinadas operações taxativamente listadas no referido Comunicado.

Explicando-se, os Artigos 28, § 5º e 225 da Lei 6.763/1975, Artigo 62, §§ 1º e 2º, do RICMS/MG - Decreto 43.080/2002, indicam normativamente a possibilidade de imposição das restrições.

Contudo, apenas depois da edição da Resolução 3.166/2001, exteriorizando quais 'Regimes Especiais' concedidos por outros entes da Federação o Fisco Mineiro considera como 'irregulares', é que o mesmo passou a exigir dos Contribuintes localizados em território paulista os estornos dos respectivos créditos listados no 'Comunicado'.

Tal fato não deixa qualquer dúvida de que a restrição aos créditos foi efetivamente instituída pela Resolução 3.166/2001.

Soma-se que, conforme se verifica no Documento nº 06 acostado à inicial, a Recorrente trouxe diversas decisões administrativas que demonstram explicitamente as restrições ao aproveitamento de créditos de ICMS impostas aos seus Associados.

Seguem abaixo transcrições de decisões, já acostadas aos autos (e-STJ fls. 126/156), proferidas pelo Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais, que comprovam, de forma incontestável, a existência de lavratura de autos de infração especificamente em face dos Associados da Impetrante, aplicando a restrição discutida: (...)

Referidas decisões administrativas comprovam, pragmaticamente, que os Associados da Agravante estão sofrendo com as restrições previstas na Resolução 3.166/2001.

Isso porque, a Fiscalização glosou os créditos dos Associados da Agravante, impondo o estorno com base nas normas invocadas como ilegais e inconstitucionais.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Apesar dos Associados da Agravante terem apresentado defesas administrativas, o Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais manteve referidas exigências.

Portanto, resta plenamente demonstrado, pelas decisões do Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais, a concretude das restrições previstas pela Resolução nº. 3.166/2001.

Especificamente quanto à mesma matéria discutida, em Mandado de Segurança instruído com idêntica documentação comprobatória (demonstração do ato administrativo de restrição e autuações individuais em face de Associados), após análise aprofundada da presença da concretude dos fatos discutidos, foi proferida decisão pelo Ilustre Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, nos seguintes termos:

MEDIDA CAUTELAR Nº 23.047 - SP (2014/0188133-0)
PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO NO SENTIDO DE QUE O ENTE FEDERAL UTILIZA MECANISMO DE REAÇÃO À 'GUERRA FISCAL'. ILEGALIDADE. PRECEDENTE DA PRIMEIRA SEÇÃO/STJ. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA TUTELA CAUTELAR. PEDIDO LIMINAR DEFERIDO, EM SEDE DE COGNIÇÃO SUMÁRIA.

Dessa forma, com o devido respeito, o fundamento constante na r. decisão monocrática, de que a Agravante não teria demonstrado o ato concreto de violação ao direito líquido e certo, também não merece subsistir" (fls. 326/337e).

Por fim, requer "seja conhecido e provido o presente Agravo Regimental, a fim de que seja reconsiderada a r. decisão monocrática, para que seja dado seguimento ao Recurso Ordinário interposto. Na hipótese de não ser reconsiderada a r. decisão monocrática, requer seja o feito remetido à Turma para julgamento, nos termos do Artigo 259 do Regimento Interno desta C. Corte, e, ao final, seja dado provimento ao Agravo Regimental, para processamento do Recurso Ordinário interposto, com o seu consequente julgamento" (fl. 337e).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 49.945 - MG
(2015/0318861-7)

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): Não merece censura a decisão agravada.

A Constituição Federal dispõe, ao disciplinar os direitos e garantias individuais, no art. 5º, LXIX, 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 coletivo, o receio de ocorrência futura de ato que venha a violar o suposto direito líquido e certo dos substituídos processualmente pela 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 Fazenda do Estado de Minas Gerais – a justificar a competência originária do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais –, tendentes a violar ou ameaçar suposto direito líquido e certo das associadas 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 Fazenda do Estado de Minas Gerais –, a justificar a competência originária do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apenas alegou a suposta ilegalidade e inconstitucionalidade, tanto dos arts. 28, § 5º, e 225 da Lei 6.763/75 e 62, §§ 1º e 2º, do RICMS/MG (Decreto 43.080/2002), quanto da Resolução 3.166/2001.

Enfatize-se que o texto integral da Resolução 3.166/2001, do Secretário da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Fazenda do Estado de Minas Gerais (fl. 71), acompanhado do inteiro teor do respectivo Anexo Único (fls. 72/125e), demonstra que, ao contrário do que sustenta a impetrante, a Resolução impugnada não se qualifica como ato de efeitos concretos, mas como ato normativo, de efeitos gerais e abstratos.

Ou seja, neste Mandado de Segurança Coletivo, a impetrante limitou-se a impugnar **normas genéricas e abstratas**.

Assim, é o caso de incidência do óbice previsto na Súmula 266/STF, que contém a seguinte redação: "Não cabe mandado de segurança contra lei em tese".

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado da Primeira Seção do STJ:

"PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. PORTARIA INTERMINISTERIAL. ILEGITIMIDADE DO MINISTRO DE ESTADO. IMPETRAÇÃO CONTRA LEI EM TESE. DESCABIMENTO. SÚMULA 266/STF.

1. Em mandado de segurança, a legitimidade para figurar no pólo passivo é daquele que detém atribuição para adoção das providências tendentes a executar o ato combatido pela segurança, e não daquele responsável pela edição da norma geral e abstrata.

2. Inexistindo na impetração qualquer referência à situação que objetivamente viole direito líquido e certo, não há como conceder mandado de segurança. Aplicação da Súmula 266 do STF (*não cabe mandado de segurança contra lei em tese*).

3. Mandado de segurança que se julga extinto, com base no art. 267, VI, do CPC" (STJ, MS 9.507/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, DJU de 28/06/2004).

Do voto proferido pelo Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, no supracitado julgamento, extrai-se a seguinte lição doutrinária do saudoso Hely Lopes Meirelles:

"O objeto do mandado de segurança será sempre a correção de ato ou omissão de autoridade, desde que ilegal e ofensivo de direito individual ou coletivo, líquido e certo, do impetrante. Este ato ou omissão poderá provir de autoridade de qualquer dos três Poderes. Só não se admite mandado de segurança contra atos meramente normativos (lei em tese), contra a coisa julgada e contra os interna corporis de órgãos colegiados. E as razões são óbvias para essas restrições: as leis e os decretos gerais, enquanto normas abstratas, são insuscetíveis de lesar direitos, salvo quando proibitivos; a coisa julgada só é invalidável por ação rescisória (CPC, art. 485 e STF, Súmula 268); e os interna corporis, se realmente o forem, não se sujeitam à correção judicial. A lei em tese, como norma abstrata de conduta, não é atacável por mandado de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

segurança (STF, Súmula 266), pela óbvia razão de que não lesa, por si só, qualquer direito individual. Necessária se torna a conversão da norma abstrata em ato concreto, para expor-se à impetração, mas nada impede que, na sua execução, venha a ser declarada inconstitucional pela via do mandamus" (Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, etc., RT, 13ª. edição, pág. 17/18).

Ainda no referido julgamento, foi citada a seguinte lição do saudoso Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO:

"O writ há de atacar o ato que, diretamente, vulnera o direito líquido e certo do impetrante. O que caracteriza a lei em tese é a generalidade do comando; desde que o ato atacado seja uma norma não individualizada, é incabível o mandado de segurança. Toda vez que o ato administrativo, por sua natureza, produzir efeitos concretos e imediatos, perde ele sua característica de ato normativo. Sem que tenha havido qualquer medida de execução contra interesse da impetrante, porquanto pede apenas a declaração de ilegalidade da cobrança antecipada do ICMS, descabe a impetração. Os decretos editados pelo Presidente da República, que disciplinam a criação de novos cursos de ensino superior, não se expõem ao controle jurisdicional por meio da ação de mandado de segurança, pois configuram, em face de seu próprio conteúdo normativo, atos em tese, absolutamente insuscetíveis de contraste mediante utilização do writ. Atos em tese são os que dispõem sobre situações gerais e impessoais, têm alcance genérico e disciplinam hipóteses que neles se acham abstratamente previstas. O mandado de segurança não é sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade e nem pode substituí-la, sob pena de grave deformação do instituto e inaceitável desvio de sua verdadeira função jurídico-processual" (Manual de Mandado de Segurança, 4ª edição, Editora Renovar, 2003, p. 44/45).

No mesmo sentido:

"PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. A impetração que tem por objeto a Portaria Interministerial nº 134, de 2011 - enquanto ato normativo sem repercussão imediata e concreta em direito de quem quer que seja - é inviável. Agravo regimental desprovido" (STJ, AgRg no MS 18.243/DF, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 01/02/2013).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Mesmo que não incidisse, na espécie, a Súmula 266/STF, ainda assim o Secretário da Fazenda do Estado de Minas Gerais não possui legitimidade para figurar, como autoridade coatora, no polo passivo deste Mandado de Segurança Coletivo, que visa afastar as restrições normativas ao aproveitamento do crédito de ICMS, espécie de tributo sujeito a lançamento por homologação, com base em argumentos de supostas ilegalidades e inconstitucionalidades.

Isto porque, de acordo com a orientação jurisprudencial predominante no STJ, no regime do lançamento por homologação, a iminência de sofrer o lançamento fiscal, acaso não cumpra a legislação de regência, autoriza o sujeito passivo da obrigação tributária a impetrar mandado de segurança contra a exigência que considera indevida. Nesse caso, porém, autoridade coatora é aquela que tem competência para o lançamento **ex officio**, que, certamente, não é o Secretário de Estado da Fazenda.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

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.

Em consonância com a orientação jurisprudencial e doutrinária acima, a Segunda Turma do STJ, por ocasião do recente julgamento do AgRg no RMS 32.648/PE (Rel. Ministro OG FERNANDES, DJe de 18/11/2015), proclamou que o Secretário de Estado da Fazenda não possui legitimidade para figurar, como autoridade coatora, em mandado de segurança que visa afastar restrições ao aproveitamento de créditos de ICMS, conforme acórdão que recebeu a seguinte ementa:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA. INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. MODIFICAÇÃO DE COMPETÊNCIA. DECISÃO DE EXTINÇÃO DO PROCESSO NA ORIGEM MANTIDA.

1. A autoridade coatora apontada pela impetrante – Secretário de Estado – goza de foro especial por prerrogativa de função no Tribunal de Justiça, ao passo que a autoridade que efetivamente detém competência para decidir sobre o aproveitamento de créditos de ICMS – Diretor de Administração Tributária – está vinculada à jurisdição de juiz de primeiro grau.

2. Reconhecimento da ilegitimidade passiva do Secretário da Fazenda do Estado de Pernambuco, bem como da inaplicabilidade da teoria da encampação por acarretar alargamento da competência originária do Tribunal de Justiça.

3. Agravo regimental a que se nega provimento" (STJ, AgRg no RMS 32.648/PE, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/11/2015).

Nos presentes autos, trata-se de Mandado de Segurança Coletivo impetrado, pela Associação dos Atacadistas Distribuidores do Estado de Minas Gerais - ADEMIG, ora agravante, contra o Secretário da Fazenda do Estado de Minas Gerais, cuja petição inicial contém os seguintes requerimentos:

i) seja concedida medida liminar, nos termos do art. 7º, III, da Lei 12.016/2009, com atribuição dos efeitos previstos no art. 151, IV, do Código Tributário Nacional, para afastar a aplicação da restrição imposta pela Resolução 3.166/2001, editada com base nos arts. 28, § 5º, e 225 da Lei Estadual 6.763/75 e 62, §§ 1º e 2º, do RICMS/MG (Decreto Estadual 43.080/2002), autorizando os associados da impetrante a se apropriarem integralmente dos créditos de ICMS decorrentes da entrada de mercadorias provenientes de outros Estados da Federação, com base nos arts. 155, § 2º, II, da Constituição Federal e 2º da Lei Complementar 87/96, e na Resolução 22/89 do Senado Federal;

ii) ainda liminarmente, seja determinado à autoridade impetrada, bem como a seus subordinados, que se abstenham da prática de quaisquer atos tendentes à exigência do ICMS por força da Resolução 3.166/2001 e dos arts. 28, § 5º, e 225 da Lei 6.763/75 e 62, §§ 1º e 2º, do RICMS/MG (Decreto 43.080/2002), tais como a lavratura de processos administrativos tributários, em face dos associados da impetrante, suspendendo-se eventuais restrições formalizadas nesses termos;

iii) ao final, seja confirmada a liminar, concedendo-se a segurança de maneira a afastar as restrições impostas pelo Fisco Mineiro, indicadas nos arts. 28, § 5º,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e 225 da Lei 6.763/75 e 62, §§ 1º e 2º, do RICMS/MG (Decreto 43.080/2002), e na Resolução 3.166/2001, reconhecendo-se incidentalmente a sua ilegalidade e inconstitucionalidade e assegurando-se, por consequência, o suposto direito líquido e certo das associadas da impetrante à manutenção em sua escrituração fiscal da integralidade dos créditos de ICMS destacados em documentos fiscais decorrente de operações interestaduais à alíquota de 12% (conforme previsto pela Resolução 22/89 do Senado Federal).

Entretanto, consoante a mais recente orientação da Segunda Turma do STJ, o Secretário de Estado da Fazenda não possui legitimidade para figurar, como autoridade coatora, em mandado de segurança que visa afastar restrições ao aproveitamento de créditos de ICMS.

Aliás, com o propósito de confirmar a ilegitimidade do Secretário da Fazenda do Estado de Minas Gerais para figurar, como autoridade coatora, no polo passivo deste Mandado de Segurança, convém analisar a legislação estadual pertinente à Secretaria da Fazenda do Estado de Minas Gerais, ao Secretário de Estado da Fazenda e aos Agentes Fiscais de Tributos Estaduais, Auditores Fiscais da Receita Estadual e Fiscais de Tributos Estaduais.

No plano constitucional, a Constituição do Estado de Minas Gerais, no § 1º de seu art. 93, prevê que compete ao Secretário de Estado, além de outras atribuições conferidas em lei: I – exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos de sua Secretaria e das entidades da administração indireta a ela vinculadas; II – referendar ato e decreto do Governador; III – expedir instruções para a execução de lei, decreto e regulamento; IV – apresentar ao Governador do Estado relatório anual de sua gestão, que será publicado no órgão oficial do Estado; V – comparecer à Assembléia Legislativa, nos casos e para os fins indicados nesta Constituição; VI – praticar os atos pertinentes às atribuições que lhe forem outorgadas ou delegadas pelo Governador do Estado.

No plano legal, a Lei Delegada 179/2011, que dispõe sobre a organização básica e a estrutura da Administração Pública do Poder Executivo do Estado de Minas Gerais, especificamente no inciso XII de seu art. 5º, menciona – entre as Secretarias de Estado –, a Secretaria de Estado de Fazenda e as respectivas Subsecretarias: a) Subsecretaria da Receita Estadual; b) Subsecretaria do Tesouro Estadual.

Também em seu art. 6º, XII, a aludida Lei Delegada contempla o cargo de Secretário de Estado da Fazenda.

Por sua vez, a Lei Delegada 180/2011, que dispõe sobre a estrutura orgânica da Administração Pública do Poder Executivo do Estado de Minas Gerais, em seu Capítulo XV, trata da Secretaria de Estado da Fazenda, nos seguintes termos:

"CAPÍTULO XV

DA SECRETARIA DE ESTADO DE FAZENDA

Art. 188. A Secretaria de Estado de Fazenda - SEF -, a que se refere o inciso XII do art. 5º da Lei Delegada 179, de 2011, tem por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

finalidade planejar, organizar, dirigir, coordenar, executar, controlar e avaliar a política tributária e fiscal, a gestão dos recursos financeiros e as atividades pertinentes à gestão da governança corporativa estadual, assim como responsabilizar-se pela implementação das políticas tributária e fiscal e pelo provimento, controle e administração dos recursos financeiros necessários à consecução dos objetivos da Administração Pública Estadual, competindo-lhe:

I - subsidiar a formulação das políticas tributária e fiscal do Estado e promover sua execução, controle, acompanhamento e avaliação;

II - gerir o Sistema Tributário Estadual para garantir a efetivação do potencial contributivo da economia e assegurar o controle da arrecadação tributária;

III - promover a gestão dos recursos financeiros e o efetivo controle dos gastos públicos para viabilizar a execução financeira das políticas governamentais;

IV - propor anteprojetos de lei tributária estadual, assegurar a correta interpretação e aplicação da legislação tributária e promover a conscientização do significado social do tributo;

V - gerir o processo de arrecadação dos tributos estaduais por meio do acompanhamento, da apuração, da análise e do controle da integralidade de seus produtos;

VI - promover o registro e o controle administrativo das atividades econômicas sujeitas à tributação;

VII - exercer o controle das atividades econômicas, na forma da legislação tributária e fiscal, para assegurar a compatibilidade entre a real capacidade contributiva da economia e a receita efetiva;

VIII - **formalizar e exercer o controle do crédito tributário e dos procedimentos relacionados à sua liquidação;**

IX - **rever, em instância administrativa, o crédito tributário constituído e questionado pelo contribuinte;**

X - aplicar medidas administrativas e penalidades pecuniárias, inclusive a representação para o procedimento criminal cabível nos delitos contra a ordem tributária;

XI - conduzir, promover, examinar e autorizar a negociação para a contratação de empréstimos, financiamentos ou outras obrigações contraídas por órgãos ou entidades da Administração Pública Estadual, relativas a programas e projetos previamente negociados pela Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, bem como estabelecer normas para a concessão de fiança, aval ou outra forma de garantia oferecida pelo Tesouro Estadual;

XII - exercer a orientação, a supervisão e a fiscalização das atividades de administração financeira do Estado;

XIII - exercer a administração da dívida pública estadual, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

coordenação e a execução da política de crédito público, a centralização e a guarda dos valores mobiliários;

XIV - exercer a orientação, a apuração e a correção disciplinar sobre seus servidores, mediante a promoção regular de ações preventivas, e a instauração de sindicância e processo administrativo disciplinar, bem como zelar por suas unidades administrativas e pelo patrimônio, observadas as diretrizes estabelecidas pela Controladoria-Geral do Estado;

XV - manter programas, projetos e atividades de desenvolvimento e aperfeiçoamento permanente do pessoal fazendário, indispensáveis ao cumprimento de seus objetivos;

XVI - assessorar o Governador em assuntos relacionados às políticas tributária, fiscal, econômica e financeira;

XVII - exercer a orientação normativa, a supervisão técnica e o controle das atividades contábeis relativas à gestão orçamentária, financeira e patrimonial do Estado;

XVIII - exercer atividades correlatas; e

XIX - exercer o poder de polícia no âmbito de sua competência.

Art. 189 A Secretaria de Estado de Fazenda tem a seguinte estrutura orgânica básica:

I - Gabinete;

II - Auditoria Setorial;

III - Corregedoria;

IV - Assessoria Jurídica;

V - Assessoria de Comunicação Social;

VI - Assessoria de Planejamento;

(Expressão 'Assessoria de Gestão Estratégica e Inovação' substituída por 'Assessoria de Planejamento', pelo art. 5º da Lei nº 21.693, de 26/3/2015.)

VII - Superintendência de Gestão e Finanças;

VIII - Superintendência de Tecnologia da Informação;

IX - Superintendência de Recursos Humanos;

X - Subsecretaria da Receita Estadual:

a) Superintendência de Fiscalização;

b) Superintendência de Tributação;

c) Superintendência de Arrecadação e Informações Fiscais; e

d) Superintendências Regionais da Fazenda, até o limite de dez unidades; e

XI - Subsecretaria do Tesouro Estadual:

a) Superintendência Central de Administração Financeira;

b) Superintendência Central de Governança de Ativos e da Dívida Pública; e

c) Superintendência Central de Contadoria-Geral.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

§ 1º São de responsabilidade do Gabinete as atividades administrativas do Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais, nos termos de decreto.

§ 2º Subordinam-se ao Gabinete o Auditor Fiscal, a que se refere o Anexo I da Lei Delegada nº 176, de 26 de janeiro de 2007, e o pessoal de apoio administrativo do Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais, cujas atividades serão executadas sob supervisão e orientação técnica do Presidente do Conselho de Contribuintes, nos termos de decreto.

Art. 190 Serão estabelecidas em decreto:

I - a localização das Superintendências Regionais da Fazenda;

II - a localização, a abrangência e a subordinação das unidades integrantes da estrutura orgânica complementar das Superintendências Regionais da Fazenda; e

III - a classificação das unidades de que trata o inciso II deste artigo, segundo padrões de planejamento geoeconômico e outras variáveis de natureza tributária e fiscal".

No plano regulamentar, o Decreto 45.780/2011, que dispõe sobre a organização da Secretaria da Fazenda do Estado de Minas Gerais, estabelece o seguinte:

"CAPÍTULO I

Disposição Preliminar

Art. 1º A Secretaria de Estado de Fazenda - SEF, de que trata o art. 188 da Lei Delegada nº 180, de 20 de janeiro de 2011, tem sua organização regida por este Decreto e pela legislação aplicável.

.....

CAPÍTULO IV

Da Estrutura Orgânica

Art. 4º A SEF tem a seguinte estrutura orgânica:

.....

X - Subsecretaria da Receita Estadual:

a) Superintendência de Fiscalização:

1. Diretoria de Planejamento e Avaliação Fiscal;
2. Diretoria de Gestão de Projetos; e

3. Diretoria Executiva de Fiscalização;

b) Superintendência de Tributação:

1. Diretoria de Gestão Tributária;
2. Diretoria de Orientação e Legislação Tributária; e
3. Diretoria de Análise de Investimentos;

c) Superintendência de Arrecadação e Informações Fiscais:

1. Diretoria de Cadastros, Arrecadação e Cobrança;



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Diretoria de Informações Econômico-Fiscais; e
3. Diretoria de Gestão do Atendimento ao Público;

d) Superintendências Regionais da Fazenda, até o limite de dez unidades:

1. Delegacia Fiscal - 1º nível;
2. Delegacia Fiscal - 2º nível;
3. Delegacia Fiscal de Trânsito - 1º nível;
4. Delegacia Fiscal de Trânsito - 2º nível;
5. Administração Fazendária - 1º nível;
6. Administração Fazendária - 2º nível;
7. Administração Fazendária - 3º nível;
8. Posto de Fiscalização - 1º nível;
9. Posto de Fiscalização - 2º nível; e
10. Serviço Integrado de Assistência Tributária e Fiscal;

.....

CAPÍTULO XIV

DA SUBSECRETARIA DA RECEITA ESTADUAL

Art. 27. **A Subsecretaria da Receita Estadual tem por finalidade** estabelecer políticas e diretrizes relativas ao Sistema Tributário Estadual, gerir as receitas estaduais, tributárias e não tributárias, **orientar e supervisionar as unidades a ela subordinadas**, bem como representar a SEF junto à Comissão Técnica Permanente do ICMS - COTEPE, **competindo-lhe:**

I - desenvolver e gerir o sistema de gestão estratégica das receitas estaduais, bem como subsidiar e propor as diretrizes para a alocação dos recursos necessários ao desenvolvimento e à gestão do referido sistema;

II - coordenar, em articulação com as demais unidades da SEF, as ações desenvolvidas pelas unidades subordinadas, visando ao alcance de seus objetivos estratégicos, acompanhando e avaliando os resultados com base em indicadores e metas quantitativas e qualitativas;

III - estabelecer normas, diretrizes e políticas em matéria tributária;

IV - coordenar as ações da Comissão de Política Tributária;

V - definir, orientar, coordenar, acompanhar e avaliar a execução da política tributária e fiscal, o controle da arrecadação e a gestão das informações econômico-fiscais;

VI - **gerir, avaliar e controlar as atividades relativas à constituição do crédito tributário e à revisão de ofício do lançamento;**

VII - **gerir, coordenar, orientar, acompanhar, avaliar e harmonizar a formulação, a implementação e a execução dos planos, programas, projetos e atividades das unidades a ela**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

subordinadas, visando à integração das ações e à potencialização dos resultados;

VIII - promover a articulação das ações fiscais inter-regionais com as instâncias Federal, Estadual e Municipal e com o Ministério Público;

IX - coordenar as atividades desenvolvidas pelo Núcleo de Apoio ao Ministério Público; e

X - coordenar e compatibilizar as ações de controle, análise e apuração da arrecadação, cadastro de contribuintes e controle fiscal, garantindo o alinhamento e a integração das ações definidas pelo sistema de gestão estratégica das receitas estaduais e a atuação articulada das unidades a ela subordinadas.

§ 1º **Integram a área de competência da Subsecretaria da Receita Estadual e exercerão as competências e as funções que lhes são próprias, segundo as políticas e as diretrizes por ela estabelecidas, as unidades centralizadas e descentralizadas,** a Comissão de Política Tributária, os Núcleos de Contribuintes Externos do ICMS, o Núcleo de Análise e Pesquisa, o Núcleo de Acompanhamento Criminal e o Núcleo de Apoio ao Ministério Público.

§ 2º As disposições relativas às funções e à área de abrangência dos Núcleos de Contribuintes Externos do ICMS serão estabelecidas pelo Secretário de Estado de Fazenda.

§ 3º As disposições relativas às funções da Comissão de Política Tributária, dos Núcleos de Análise e Pesquisa, de Acompanhamento Criminal e de Apoio ao Ministério Público serão estabelecidas pela Subsecretaria da Receita Estadual.

§ 4º A competência prevista no inciso IV do caput deste artigo poderá ser exercida, a critério do Subsecretário da Receita Estadual, por um dos integrantes da Comissão de Política Tributária.

Seção I

Da Superintendência de Fiscalização

Art. 28. A Superintendência de Fiscalização tem por finalidade planejar e gerir, em articulação com a Superintendência de Arrecadação e Informações Fiscais e a Superintendência de Tributação, as atividades pertinentes ao controle fiscal, bem como executar sua avaliação, competindo-lhe:

I - promover o planejamento, a implementação, a gestão, a coordenação, a orientação, a supervisão, o acompanhamento, o controle e a avaliação da execução de planos, programas, projetos, operações e ações pertinentes ao controle fiscal das atividades econômicas sujeitas à tributação;

II - promover o desenvolvimento e a gestão de programas, projetos,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

operações e ações, visando à implementação de métodos, técnicas e procedimentos para o acompanhamento e o controle fiscal de setores ou atividades econômicas priorizadas;

III - promover e gerenciar intercâmbios com a Secretaria da Receita Federal do Brasil, o Ministério Público, as Secretarias de Fazenda de outras unidades da Federação e outros órgãos técnicos voltados para o tratamento de matérias na área de atuação da Superintendência;

IV - promover a coordenação, a orientação, a supervisão, o acompanhamento, o controle e a avaliação das atividades relacionadas às autuações fiscais e aos pedidos de restituição;

V - promover, em articulação com a Superintendência de Arrecadação e Informações Fiscais, a coordenação, a orientação, a supervisão, o acompanhamento, o controle e a avaliação das atividades relacionadas ao crédito tributário e à tramitação de Processo Tributário Administrativo relativo a crédito tributário e a pedido de restituição, exceto na hipótese de o Processo Tributário Administrativo já ter sido recebido pelo Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais e enquanto nele permanecer;

VI - promover, em articulação com a Superintendência de Arrecadação e Informações Fiscais, a coordenação, a orientação, a supervisão e a proposta de normatização das atividades pertinentes às formas de extinção e exclusão do crédito tributário;

VII - promover, em articulação com as Superintendências de Tributação e de Arrecadação e Informações Fiscais, o planejamento, a coordenação e a proposta de normatização das atividades referentes aos arquivos eletrônicos de entrega obrigatória à SEF; e

VIII - exercer a coordenação do Núcleo de Análise e Pesquisa.

Parágrafo único. Para os fins do disposto neste Decreto, o controle fiscal compreende:

I - as ações e os procedimentos de fiscalização; e

II - o controle administrativo-tributário realizado pela Superintendência de Fiscalização, em articulação com a Superintendência de Arrecadação e Informações Fiscais e a Superintendência de Tributação.

.....

Subseção III

Da Diretoria Executiva de Fiscalização

Art. 31. A Diretoria Executiva de Fiscalização tem por finalidade gerir e executar, em articulação com as Superintendências Regionais da Fazenda, as atividades e operações de controle fiscal do trânsito e da circulação de mercadorias, bens e serviços, competindo-lhe:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- I - coordenar, orientar, acompanhar e executar as atividades de controle fiscal do trânsito e da circulação de mercadorias, bens e serviços;**
- II - gerir as ações e os procedimentos de fiscalização emergenciais, em atendimento a demandas que exijam pronta intervenção;
- III - executar atividades de controle fiscal, em contribuintes selecionados, definidas previamente entre a respectiva Superintendência Regional da Fazenda e a Superintendência de Fiscalização;
- IV - promover o desenvolvimento e a execução de ações fiscais especiais, em conjunto com órgãos externos, inclusive a articulação de procedimentos para atuação conjunta com o Ministério Público, visando ao combate aos crimes contra a ordem tributária;
- V - apoiar as unidades fiscais descentralizadas no desenvolvimento de suas atividades de controle fiscal do trânsito e da circulação de mercadorias, bens e serviços, quando necessário; e
- VI - formalizar o crédito tributário, aplicar penalidades e arrecadar tributos, no âmbito de sua competência.**

.....

Seção IV

Das Superintendências Regionais da Fazenda

Art. 40. As Superintendências Regionais da Fazenda têm por finalidade, em sua área de abrangência, superintender, coordenar e orientar a execução da política fiscal e tributária do Estado, competindo-lhes:

- I - exercer a representação da SEF;
- II - coordenar, orientar e controlar a execução das atividades desenvolvidas pelas unidades a elas subordinadas; e**
- III - alinhar, articular e garantir a atuação integrada das unidades a elas subordinadas em relação ao atendimento ao público e às ações de controle fiscal, visando assegurar a gestão articulada do controle administrativo-tributário exercido pelas Delegacias Fiscais, Delegacias Fiscais de Trânsito, Postos de Fiscalização, Administrações Fazendárias e Serviço Integrado de Assistência Tributária e Fiscal.**

§ 1º Ficam subordinados administrativamente às Superintendências Regionais da Fazenda, observada a sua área de abrangência:

- I - as Delegacias Fiscais;**
- II - as Delegacias Fiscais de Trânsito;**
- III - as Administrações Fazendárias;**
- IV - os Postos de Fiscalização; e**
- V - os Serviços Integrados de Assistência Tributária e Fiscal.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

§ 2º Os Serviços Integrados de Assistência Tributária e Fiscal subordinam-se tecnicamente à Administração Fazendária de 1º, 2º ou 3º nível em cuja área de abrangência estiverem localizados.

Subseção I

Das Delegacias Fiscais

Art. 41. As Delegacias Fiscais têm por finalidade, em sua área de abrangência, executar o controle fiscal, conforme as orientações da Superintendência Regional da Fazenda a que estiverem subordinadas e as diretrizes e normas emanadas das unidades centralizadas, competindo-lhes:

I - coordenar, orientar, acompanhar e executar as atividades de controle fiscal dos agentes econômicos sujeitos aos tributos estaduais;

II - gerir as ações e os procedimentos de fiscalização e, em articulação com as Administrações Fazendárias, as atividades de controle administrativo-tributário;

III - formalizar o crédito tributário, aplicar penalidades e arrecadar tributos, no âmbito de sua competência;

IV - prestar esclarecimentos aos contribuintes, no âmbito de sua competência;

V - acompanhar o cumprimento das regras estabelecidas em regimes especiais, propondo alterações, quando necessário;

VI - impor Regime Especial de Controle e Fiscalização;

VII - executar ações referentes à cobrança do crédito tributário; e

VIII - promover a conscientização sobre o significado social do tributo.

Parágrafo único. Cabe às Delegacias Fiscais coordenar, orientar, acompanhar e executar as atividades de controle fiscal do trânsito e da circulação de mercadorias, bens e serviços, em locais não abrangidos por Delegacias Fiscais de Trânsito.

Subseção II

Das Delegacias Fiscais de Trânsito

Art. 42. As Delegacias Fiscais de Trânsito têm por finalidade, em sua área de abrangência, executar o controle fiscal do trânsito e da circulação de mercadorias, bens e serviços, atendendo às orientações da Superintendência Regional da Fazenda a que estiverem subordinadas e às diretrizes e normas emanadas das unidades centralizadas, competindo-lhes:

I - coordenar, orientar, acompanhar e executar as atividades de controle fiscal do trânsito e da circulação de mercadorias,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

bens e serviços, inclusive nos Postos de Fiscalização sob sua subordinação técnica;

II - gerir as ações e os procedimentos de fiscalização e, em articulação com as Administrações Fazendárias, as atividades de controle administrativo-tributário;

III - formalizar o crédito tributário, aplicar penalidades e arrecadar tributos, no âmbito de sua competência;

IV - executar o controle fiscal dos contribuintes, impor Regime Especial de Controle e Fiscalização e exercer todas as atribuições das Delegacias Fiscais naquelas localidades onde houver acordo prévio com a respectiva Delegacia Fiscal e Superintendência Regional da Fazenda e com a Superintendência de Fiscalização;

V - prestar esclarecimentos aos contribuintes, no âmbito de sua competência;

VI - executar ações referentes à cobrança do crédito tributário; e

VII - promover a conscientização sobre o significado social do tributo.

Subseção III

Das Administrações Fazendárias de 1º ou 2º nível

Art. 43. As Administrações Fazendárias de 1º ou 2º nível têm por finalidade, em sua área de abrangência, executar e supervisionar as atividades administrativo-tributárias, atendendo às orientações da Superintendência Regional da Fazenda a que estiverem subordinadas e às diretrizes e normas emanadas das unidades centralizadas, competindo-lhes:

I - executar, acompanhar e controlar as atividades relativas à manutenção das informações cadastrais e à tramitação de Processo Tributário Administrativo;

II - gerir, em articulação com a respectiva Delegacia Fiscal ou Delegacia Fiscal de Trânsito, as atividades de controle administrativo-tributário dos agentes econômicos sujeitos aos tributos estaduais;

III - prestar esclarecimentos aos contribuintes, no âmbito de sua competência, bem como proceder ao seu enquadramento e às autorizações que se fizerem necessárias à legalização de seu funcionamento;

IV - executar, acompanhar e controlar as atividades referentes à cobrança e à administração do crédito tributário;

V - coordenar, executar e avaliar as atividades pertinentes à administração geral, orçamentária e financeira; e

VI - promover a conscientização sobre o significado social do tributo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Subseção IV

Das Administrações Fazendárias de 3º nível

Art. 44. As Administrações Fazendárias de 3º nível têm por finalidade, em sua área de abrangência, executar e supervisionar as atividades administrativo-tributárias, atendendo às orientações da Administração Fazendária de 1º ou 2º nível a que estiverem subordinadas tecnicamente e às diretrizes e normas emanadas das unidades centralizadas, competindo-lhes:

I - executar, acompanhar e controlar as atividades relativas à manutenção das informações cadastrais e à tramitação de Processo Tributário Administrativo;

II - gerir, em articulação com a respectiva Delegacia Fiscal ou Delegacia Fiscal de Trânsito, as atividades de controle administrativo-tributário dos agentes econômicos sujeitos aos tributos estaduais;

III - prestar esclarecimentos aos contribuintes, no âmbito de sua competência, bem como proceder ao seu enquadramento e às autorizações que se fizerem necessárias à legalização de seu funcionamento;

IV - executar, acompanhar e controlar as atividades referentes à cobrança e à administração do crédito tributário;

V - coordenar, executar e avaliar as atividades pertinentes à administração geral; e

VI - promover a conscientização sobre o significado social do tributo.

Subseção V

Dos Postos de Fiscalização

Art. 45. Os Postos de Fiscalização têm por finalidade executar o controle do trânsito e da circulação de mercadorias, bens e serviços, atendendo às orientações da Delegacia Fiscal de Trânsito a que estiverem subordinados tecnicamente e às diretrizes e normas emanadas das unidades centralizadas, competindo-lhes:

I - exercer atividades de fiscalização, visando assegurar o controle do trânsito e da circulação de mercadorias, bens e serviços;

II - formalizar o crédito tributário, aplicar penalidades e arrecadar tributos, no âmbito de sua competência;

III - executar atividades de controle fiscal, em contribuintes selecionados, quando houver prévio acordo com a respectiva Delegacia Fiscal de Trânsito e Superintendência Regional da Fazenda e com a Superintendência de Fiscalização; e

IV - promover a conscientização sobre o significado social do tributo".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Da Lei 6.763/75, que consolida a legislação tributária do Estado de Minas Gerais, também destacam-se os seguintes dispositivos:

"LIVRO PRIMEIRO

PARTE GERAL

.....

TÍTULO II

DO IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES RELATIVAS À CIRCULAÇÃO DE
MERCADORIAS E SOBRE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE
TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL E DE
COMUNICAÇÃO

.....

CAPÍTULO XIII

Da Fiscalização

Art. 49 - A fiscalização do imposto compete à Secretaria de Estado de Fazenda, observado o disposto no art. 201 desta Lei.

.....

LIVRO SEGUNDO

DO PROCESSO TRIBUTÁRIO-ADMINISTRATIVO E DA
ADMINISTRAÇÃO-TRIBUTÁRIA

.....

TÍTULO II

DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

CAPÍTULO I

Da Fiscalização dos Tributos

Art. 201 - A fiscalização tributária compete à Secretaria de Estado de Fazenda, por intermédio dos seus funcionários fiscais e, supletivamente, em relação às taxas judiciárias, à autoridade judiciária expressamente nomeada em lei.

§ 1º - Compete exclusivamente aos Auditores Fiscais da Receita Estadual, aos Agentes Fiscais de Tributos Estaduais e aos Fiscais de Tributos Estaduais o exercício das atividades de fiscalização e de lançamento do crédito tributário".

O Regulamento do ICMS de Minas Gerais, aprovado pelo Decreto 43.080/2002, dispõe o seguinte:

"Art. 188 - A fiscalização do imposto compete aos órgãos próprios da Secretaria de Estado de Fazenda e será realizada exclusivamente pelos Agentes Fiscais de Tributos Estaduais, Auditores Fiscais da Receita Estadual e Fiscais de Tributos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Estaduais".

"Art. 195. Na hipótese do contribuinte do ICMS ter escriturado créditos ilegítimos ou indevidos, tais créditos serão estornados mediante exigência integral em Auto de Infração, acrescidos dos juros de mora, das multas relativas ao aproveitamento indevido e da penalidade a que se refere o inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763, de 1975, a partir dos respectivos períodos de creditamento".

A partir da interpretação sistemática dos supracitados dispositivos constitucionais, legais e regulamentares – especialmente os arts. 201, § 1º, da Lei Estadual 6.763/75 e 188 do Decreto Estadual 43.080/2002 –, impõe-se a conclusão de que a fiscalização e a cobrança do ICMS não se incluem entre as atribuições do Secretário da Fazenda do Estado de Minas Gerais. Muito pelo contrário, tais atos de fiscalização e cobrança competem, exclusivamente, aos Agentes Fiscais de Tributos Estaduais, Auditores Fiscais da Receita Estadual e Fiscais de Tributos Estaduais.

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

Com efeito, o art. 106, I, **c**, da Constituição do Estado de Minas Gerais prevê que compete ao Tribunal de Justiça, além das atribuições previstas nesta Constituição, processar e julgar, originariamente, ressalvada a competência das justiças especializadas, **"o mandado de segurança contra ato do Governador do Estado, da Mesa e da Presidência da Assembléia Legislativa, do próprio Tribunal ou de seus órgãos diretivos e colegiados, de Juiz de Direito, nas causas de sua competência recursal, de Secretário de Estado, do Presidente do Tribunal de Contas, do Procurador-Geral de Justiça, do Advogado-Geral do Estado e contra ato da Presidência de Câmara Municipal ou de suas comissões, quando se tratar de processo de perda de mandato de Prefeito"** (grifou-se).

Portanto, ainda que não incidisse, na espécie, a Súmula 266/STF, de um lado, o Secretário da Fazenda do Estado de Minas Gerais não possui legitimidade para figurar, como autoridade coatora, no polo passivo deste Mandado de Segurança, que visa afastar a aplicabilidade da Resolução 3.166/2001, editada com base nos arts. 28, § 5º, e 225 da Lei Estadual 6.763/75 e 62, §§ 1º e 2º, do RICMS/MG, e de outro lado, é inaplicável a teoria da encampação, pois haveria indevida modificação ampliativa da competência prevista no supracitado art. 106, I, **c**, da Constituição do Estado de Minas Gerais.

Em relação aos dois acórdãos citados, pela agravante, no Agravo Regimental, a fl. 327e – o primeiro deles, proferido no MS 4.085/DF (STJ, Rel. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, PRIMEIRA SEÇÃO, DJU de 09/12/1997), e o outro, no AgRg nos EDcl no RMS 45.074/PE (STJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SEGUNDA TURMA, DJe de 12/08/2014) –, tais acórdãos não guardam a necessária similitude fático-jurídica com o presente caso, pois cuidam, como temas de fundo, respectivamente, de anistia e de concurso público.

Quanto ao acórdão proferido no AgRg no RMS 44.350/MG (STJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 03/12/2014) – acórdão este citado, pela agravante, tanto no Agravo Regimental, a fl. 331e, quanto na subsequente petição incidental, a fls. 343/348e –, a orientação nele adotada, pela Primeira Turma do STJ, acerca da legitimidade passiva **ad causam** do Secretário de Estado da Fazenda, restou recentemente superada, pela Segunda Turma desta Corte, a partir do julgamento do AgRg no RMS 32.648/PE (STJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/11/2015), anteriormente mencionado neste voto.

No tocante à decisão monocrática proferida, pelo Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, na MC 23.047/SP – também citada, pela agravante, tanto no Agravo Regimental, a fls. 337/338e, quanto na subsequente petição incidental, a fls. 349/351e –, trata-se de medida cautelar vinculada a processo que, na origem, corresponde a ação ordinária, diversamente do presente caso, que cuida de Mandado de Segurança impetrado contra o Secretário de Estado da Fazenda.

Por fim, impende salientar que, uma vez confirmada a extinção deste Mandado de Segurança, sem resolução do mérito, por ilegitimidade passiva da autoridade impetrada, 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: 2015/0318861-7

**AgRg no
RMS 49.945 / MG**

Números Origem: 10000141012245003 10122450420148130000

PAUTA: 17/03/2016

JULGADO: 17/03/2016

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ADEMIG - ASSOCIACAO DOS ATACADISTAS DISTRIBUIDORES DO
ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : LEANDRO MARTINHO LEITE E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : LUIZ HENRIQUE NOVAES ZACARIAS

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ADEMIG - ASSOCIACAO DOS ATACADISTAS DISTRIBUIDORES DO
ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : LEANDRO MARTINHO LEITE E OUTRO(S)
AGRAVADO : ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : LUIZ HENRIQUE NOVAES ZACARIAS

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)."

A Sra. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3a. Região), os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.