



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgInt no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N° 62518 - PR
(2019/0368947-0)**

RELATOR : **MINISTRO SÉRGIO KUKINA**
AGRAVANTE : **BRINK'S SEGURANCA E TRANSPORTE DE VALORES LTDA**
ADVOGADOS : **ARLI PINTO DA SILVA - PR020260**
 JORGE WADIIH TAHECH E OUTRO(S) - PR015823
 FRANCISCO NIEBUHR NETO - PR065848
 GABRIEL SOCIO GARCIA - PR093184
AGRAVADO : **ESTADO DO PARANÁ**
ADVOGADO : **ERNESTO ALESSANDRO TAVARES E OUTRO(S) - PR029813**

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. INSURGÊNCIA CONTRA COBRANÇA DO TRIBUTO. SECRETÁRIO DE ESTADO DE FAZENDA APONTADO COMO AUTORIDADE COATORA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. INAPLICABILIDADE. SÚMULA 626/STJ. *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 626/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.

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 02/05/2023 a 08/05/2023, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília, 08 de maio de 2023.

Sérgio Kukina
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgInt no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N° 62518 - PR
(2019/0368947-0)**

RELATOR : **MINISTRO SÉRGIO KUKINA**
AGRAVANTE : **BRINK'S SEGURANCA E TRANSPORTE DE VALORES LTDA**
ADVOGADOS : **ARLI PINTO DA SILVA - PR020260**
 JORGE WADIIH TAHECH E OUTRO(S) - PR015823
 FRANCISCO NIEBUHR NETO - PR065848
 GABRIEL SOCIO GARCIA - PR093184
AGRAVADO : **ESTADO DO PARANÁ**
ADVOGADO : **ERNESTO ALESSANDRO TAVARES E OUTRO(S) - PR029813**

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. INSURGÊNCIA CONTRA COBRANÇA DO TRIBUTO. SECRETÁRIO DE ESTADO DE FAZENDA APONTADO COMO AUTORIDADE COATORA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. INAPLICABILIDADE. SÚMULA 626/STJ. *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 626/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.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO SÉRGIO KUKINA (RELATOR): Trata-se de agravo interno manejado por **Brink's Segurança e Transporte de Valores Ltda.** desafiando decisão de fls. 314/318, que negou provimento ao recurso ordinário, sob os seguintes fundamentos: (I) ilegitimidade do Secretário de Estado da Fazenda para figurar no polo passivo; e (II) incabível o manejo do *mandamus* para atacar ato normativo de caráter geral e abstrato.

A parte agravante, em suas razões, sustenta, em síntese, que: (I) deve ser "*afastado o indeferimento do pleito por ilegitimidade da autoridade coatora, com a admissibilidade do mandamus, uma vez que o mesmo foi impetrado contra duas autoridades, sendo o Delegado da Receita Estadual de Pato Branco/PR parte legítima para figurar no polo passivo*" (fl. 371); (II) inaplicável o óbice da Súmula 266/STF. Pleiteia, no final, a concessão da ordem "*para garantir o direito líquido de pagar o ICMS incidente sobre as operações de energia elétrica na alíquota geral de 18% (dezoito por cento) prevista na legislação estadual (Lei 11.580/96 e RICMS/PR), afastando-se, consequentemente, a aplicação da alíquota especial de 29% (vinte e nove por cento), eis que esta não se coaduna, especialmente, com os princípios da seletividade e essencialidade, caso idêntico ao Tema 745 julgado pelo STF*"(fl. 371).

Aberta vista à parte agravada, decorreu *in albis* o prazo para apresentação de impugnação (fl. 376).

É O RELATÓRIO.

VOTO

O SENHOR MINISTRO SÉRGIO KUKINA (RELATOR): A irresignação não merece acolhimento, tendo em conta que a parte agravante não logrou desenvolver argumentação apta a desconstituir os fundamentos adotados pela decisão recorrida, que ora submeto ao Colegiado para serem confirmados:

Cuidam os autos, originariamente, de mandado de segurança impetrado por Brink's Segurança e Transporte de Valores Ltda., contra ato atribuído ao Secretário da Fazenda do Estado do Paraná e ao Delegado Regional da Receita estadual de Pato Branco, que estaria cobrando alíquotas diferenciadas do ICMS sobre as operações de energia elétrica.
O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná denegou a ordem, em

acórdão assim ementado (fl. 124):

TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. ART. 14, INCISO V, ALÍNEA "A", DA LEI ESTADUAL N. 11.580/1996. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA ALÍQUOTA DE VINTE E NOVE POR CENTO (29%), ANTE A VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SELETIVIDADE E DA ESSENCIALIDADE (ART. 155, § 2º, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). PRETENSÃO DE INCIDÊNCIA DA ALÍQUOTA GERAL DE DEZOITO POR CENTO (18%). AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INCIDENTE DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 174.723-7/01 JULGADO IMPROCEDENTE PELO ÓRGÃO ESPECIAL DESTES TRIBUNAL DE JUSTIÇA, COM CONSEQUENTE DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 14 DA LEI ESTADUAL N. 11.580/1996. SELETIVIDADE E ESSENCIALIDADE DO PRODUTO. JUÍZO DISCRICIONÁRIO DO LEGISLADOR, CONFORME CRITÉRIOS PRÓPRIOS DA ATUAÇÃO POLÍTICA. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME PELO PODER JUDICIÁRIO. TESE FIRMADA EM DECISÃO VINCULANTE. RITJ/PR, ART. 272-A. SEGURANÇA DENEGADA.

No recurso ordinário, a parte recorrente sustenta que: (i) "o legislador infraconstitucional, ao definir a alíquota aplicável nas operações com energia elétrica, não considera o critério da essencialidade previsto na Carta Magna como fator preponderante para a fixação da gradação do ônus tributário, ao contrário, utiliza critério dissociado da importância social do produto ou do serviço" (fl. 155); (ii) "a referida legislação paranaense (art. 14, inciso VI, da Lei Estadual nº 11.580/96 e art. 14, inciso VI, do RICMS/PR - aprovado pelo Decreto n. 6.080/12, atualizado até o Decreto n. 4.434 de 29.06.2016) viola manifestamente o princípio da seletividade/essencialidade (art. 155, §2º, III, da CF/88), eis que determina a aplicação da maior alíquota prevista em lei para as operações de energia elétrica" (fl. 155).

Contrarrazões apresentadas pelo Estado do Paraná às fls. 176/178.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República Maria Silva de Meira de Luedemann, opina pelo desprovimento do recurso (fls. 192/197).

Proferi decisão às fls. 214/216, determinando a devolução dos autos ao Tribunal de origem para que lá fizesse o juízo de adequação ao tema 745/STF.

A Primeira Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná entendeu pela desnecessidade de juízo de conformidade/retratação (fl. 279).

Instadas ambas litigantes a se manifestarem (fl. 290), o Estado do Paraná se reportou à manifestação já apresentada de fls. 201/205, e a parte contribuinte defendeu a legitimidade das autoridades apontadas como coatoras (fls. 296/312).

Vieram os autos conclusos.

É O RELATÓRIO. SEGUE A FUNDAMENTAÇÃO.

A irrisignação não comporta acolhimento.

*Como cediço, a autoridade coatora é aquela que "que detém atribuição para adoção das providências tendentes a executar ou corrigir o ato combatido" (**RMS 16.708/TO**, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 18/04/2005, p. 212).*

Na espécie, o ato atacado foi atribuído ao Secretário de Estado da Fazenda do Paraná, questionando-se na presente ação a alíquota majorada de ICMS no patamar de 29%.

No entanto, o Secretário de Estado da Fazenda não ostenta legitimidade para figurar no polo passivo do mandado de segurança, pois não é de sua competência afastar eventual cobrança indevida de tributo.

Com efeito, a própria Constituição Estadual determina que compete aos Secretários de Estado as funções de assessoramento e supervisão, consoante se observa do art. 90 desse diploma, verbis:

Art. 90. Os Secretários de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício de seus direitos políticos.

Parágrafo único. Compete ao Secretário de Estado, além de outras

atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei:

I - exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da Administração estadual, na área de suas atribuições, e referendar os atos e decretos assinados pelo Governador;

II - expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos;

III - apresentar ao Governador do Estado e à Assembléia Legislativa relatório anual de sua gestão na Secretaria, o qual deverá ser obrigatoriamente publicado no Diário Oficial;

IV - praticar atos pertinentes às atribuições que lhe forem outorgadas ou delegadas pelo Governador do Estado;

V - encaminhar à Assembléia Legislativa informações por escrito, quando solicitado pela Mesa, podendo ser responsabilizado, na forma da lei, em caso de recusa ou não-atendimento no prazo de trinta dias, bem como de fornecimento de informações falsas.

A propósito, reconhecendo a ilegitimidade do Secretário de Estado da Fazenda para figurar no polo passivo de mandado de segurança no qual se discute a exigibilidade de tributos, confirmam-se os seguintes julgados:

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, DJe 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 64.072/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 24/11/2020)

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

1. Os recursos em mandado de segurança dirigidos ao Superior Tribunal de Justiça são apreciados em sede de jurisdição ordinária, o que enseja o conhecimento de ofício de questões de ordem pública, entre elas a

alusiva às condições da ação, no caso, especificamente, a relacionada com a legitimidade passiva da autoridade apontada como coatora.

2. O Superior Tribunal de Justiça tem-se pronunciado no sentido de que o Secretário de Fazenda do Estado não é parte legítima para figurar como autoridade coatora em mandados de segurança em que se discute a exigibilidade de tributos, não havendo falar, de outro lado, na possibilidade de encampação nem em eventual poder hierárquico sobre seus subordinados, uma vez que sua presença indevida no mandamus altera a competência para o julgamento da ação mandamental.

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

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no RMS 53.867/MG, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 03/04/2019)

Além disso, este STJ possui entendimento consolidado de que incabível o manejo do mandado de segurança para fins de se atacar ato normativo de caráter geral e abstrato, por frontal colisão com o quanto consignado na Súmula 266/STF.

Ilustrativamente, em caso análogo, confira-se o seguinte julgado deste STJ:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. ALÍQUOTA. IMPUGNAÇÃO CONTRA LEI EM TESE. NÃO CABIMENTO.

1. A Primeira Seção desta Corte de Justiça pacificou o entendimento de que suposta violação dos princípios da seletividade e da essencialidade na fixação da alíquota do ICMS incidente sobre energia elétrica e serviços de telecomunicação em 25% não pode ser suscitada em mandado de segurança, por se tratar de impugnação de lei em tese.

2. Segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, "a questão do preenchimento dos pressupostos de admissibilidade do mandado de segurança tem natureza infraconstitucional e a ela são atribuídos os efeitos da ausência de repercussão geral, nos termos do precedente fixado no RE n. 584.608, rel. a Ministra Ellen Gracie, DJe 13/3/2009" (Tema 318/STF).

3. Nesse contexto, ante a ausência de requisito de cabimento do mandado de segurança, inexistente julgamento de mérito, ou seja, não há análise sobre a existência ou não do direito líquido e certo.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp n. 1.719.731/RJ, relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe de 20/6/2022.)

Ressalte-se, por fim, a respeito do **Tema 745/STF**, que a própria Suprema Corte firmou o entendimento de que "a questão do preenchimento dos pressupostos de admissibilidade do mandado de segurança tem natureza infraconstitucional e a ela são atribuídos os efeitos da ausência de repercussão geral, nos termos do precedente fixado no RE n. 584.608, rel. a Ministra Ellen Gracie, DJe 13/3/2009" (**Tema 318/STF**).

Na espécie, o Tribunal Local denegou a segurança, por entender que, "levando em conta que o entendimento do referido Órgão Especial é vinculante para o órgão fracionário (câmara), e que naquele colegiado se decidiu pela constitucionalidade do art. 14 da Lei Estadual n. 11.580/1996, e do então vigente art. 15 do Regulamento do ICMS no Estado do Paraná, refutando a afronta à seletividade alvitada pela Impetrante, concretamente não há como acolher a redução da alíquota do ICMS incidente sobre a energia elétrica de vinte e nove por cento (29%) para dezoito por cento (18%)" (fl. 131).

Assim, ainda que por fundamentos diversos (ilegitimidade da autoridade coatora e incidência da Súmula 266/STF), deve ser mantido o acórdão

recorrido.

ANTE O EXPOSTO, nego provimento ao recurso ordinário, nos termos da fundamentação.

Publique-se.

Conforme assinalado na decisão agravada, é tranquilo o posicionamento desta Corte Superior pela ilegitimidade passiva do Secretário de Estado de Fazenda para hipóteses nas quais é questionada a exigibilidade de tributos, no caso, o ICMS.

Em reforço:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. ILEGITIMIDADE DO SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO. AGRAVO INTERNO DA EMPRESA A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Esta Corte de Justiça consolidou o entendimento de que o Secretário de Fazenda do Estado não é parte legítima para figurar como autoridade coatora em mandados de segurança em que se discute a exigibilidade de tributos, não havendo falar, de outro lado, na possibilidade de encampação nem em eventual poder hierárquico sobre seus subordinados, uma vez que sua presença indevida no mandamus altera a competência para o julgamento da ação mandamental (AgInt no RMS 53.867/MG, Rel. Min. GURGEL DE FARIA, DJe 3.4.2019).

Precedentes: AgInt no RMS 58.354/RJ, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 10.3.2019; AgInt no RMS 56.103/MG, Rel. Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 30.8.2018; e AgInt no RMS 55.681/RN, Rel. Min. GURGEL DE FARIA, DJe 6.9.2018.

2. Ante o exposto, nega-se provimento ao Agravo Interno da Empresa.

(AgInt no RMS 34.860/RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 20/05/2019)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. TUSD. TUST. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO. ICMS. AUTORIDADE COATORA. SECRETÁRIO DE ESTADO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. RECURSO ORDINÁRIO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. CONHECIMENTO DE OFÍCIO. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. ART. 485, VI, DO CPC/2015.

I - Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança impetrado contra o Secretário de Estado da Tributação do Rio Grande do Norte, objetivando o afastamento da incidência de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) sobre os Encargos de Uso do Sistema de Distribuição (EUSD) de energia elétrica, quais sejam: a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST).

II - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que, em regra, o Secretário de Estado não possui legitimidade para figurar no polo passivo de mandado de segurança em que se discute incidência de tributos. Precedentes: AgInt no RMS n. 36.682/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 26/9/2017, DJe 9/10/2017; RMS n. 54.333/RN, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 19/9/2017, DJe 20/10/2017; AgInt no RMS n. 54.968/RN, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 15/5/2018, DJe 21/5/2018; e AgInt no RMS n. 35.512/RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 27/11/2018, DJe 7/12/2018.

III - A legitimidade da parte condiciona a resolução do mérito do processo, nos termos do art. 485, VI, do CPC/2015, constituindo matéria de ordem pública passível de controle de ofício, ou seja, independentemente de provocação, a qualquer tempo e grau de jurisdição ordinária, consoante o disposto no art. 485, § 3º, do CPC/2015.

IV - O reconhecimento da ilegitimidade do Secretário de Estado da Tributação do Rio Grande do Norte para figurar no polo passivo do mandado de segurança impetrado com o intuito de discutir a base de cálculo do ICMS

decorre, igualmente, da impossibilidade de aplicação, ao caso em tela, da Teoria da Encampação, porquanto a retificação da autoridade coatora importaria, necessariamente, a alteração do Órgão Julgador da ação mandamental. Precedentes: AgInt no RMS n. 49.232/MS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 5/5/2016, DJe 18/5/2016; AgInt no RMS n. 53.867/MG, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 21/3/2019, DJe 3/4/2019; e AgInt no RMS n. 58.354/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 26/2/2019, DJe 1º/3/2019.

V - Recurso ordinário conhecido para julgar extinto o processo, sem resolução do mérito, em virtude da ilegitimidade passiva da autoridade apontada como coatora, nos termos do art. 485, VI, do CPC/2015.

(RMS 54.996/RN, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, dje 17/6/2019)

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

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

2. "A teoria da encampação é aplicada no mandado de segurança quando presentes, cumulativamente, os seguintes requisitos: a) existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; b) manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas; e c) ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal" (Súmula 626/STJ).

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

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

5. Agravo interno não provido.

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

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. ICMS. ORDEM DE IMPEDIMENTO DE COBRANÇA E FISCALIZAÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA AUTORIDADE APONTADA. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. NÃO CABIMENTO. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - Esta Corte orienta-se no sentido de que a pretensão relacionada à emissão de ordem para impedir a fiscalização e cobrança do ICMS deve ser dirigida ao Agente Fiscal que detém atribuição para a prática do ato, e não ao Governador

do Estado ou ao Secretário de Estado da Fazenda.

III - Revela-se incabível falar em aplicação da teoria da encampação, uma vez que a indevida presença do Secretário da Fazenda no polo passivo do Mandado de Segurança modificaria a regra de competência jurisdicional disciplinada pela Constituição do Estado.

IV - Os Agravantes não apresentaram argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

V - Em regra, descabe a imposição da multa, prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, em razão do mero improvimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso.

VI - Agravo Interno improvido.

(AgInt no RMS 56.103/MG, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 30/08/2018)

TRIBUTÁRIO. ICMS. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SECRETÁRIO DE FAZENDA DO DISTRITO FEDERAL. COMPETÊNCIA DE LANÇAMENTO, FISCALIZAÇÃO E COBRANÇA ATRIBUÍDA PELA LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL À ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA.

1. Hipótese em que o Tribunal local consignou: "O Secretário de Estado de Fazenda do Distrito Federal não possui legitimidade para figura no pólo passivo de mandado de segurança que questiona lançamento, fiscalização ou arrecadação de tributos (LODF, art. 31 e Decreto 35.565/14, art. 201)" (fl. 105, e-STJ).

2. O Secretário de Fazenda secunda o Governador na elaboração e implantação das políticas fiscais, o que não se confunde com lançamento e cobrança de ICMS. A rigor, a atividade de lançamento é privativa de fiscais de carreira, nos termos do art. 37, XXII, da CF. Não haveria como atribuir ao ocupante do cargo de Secretário de Estado as competências relativas à constituição do crédito e exigência do ICMS. Nesse sentido, cito: RMS 18.563/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 24.3.2009; AgRg no RMS 18.140/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 11.9.2009.

3. Nos termos do art. 31 da Lei Orgânica do Distrito Federal, "à administração tributária incumbem as funções de lançamento, fiscalização e arrecadação dos tributos de competência do Distrito Federal e o julgamento administrativo dos processos fiscais, os quais serão exercidos, privativamente, por integrantes da carreira de auditoria tributária". A propósito: RMS 21.809/DF, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 15.12.2008.

4. Recurso Ordinário não provido.

(RMS 54.132/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 13/09/2017)

Acrescente-se que os argumentos da agravante de que deve ser "afastado o indeferimento do pleito por ilegitimidade da autoridade coatora, com a admissibilidade do mandamus, uma vez que o mesmo foi impetrado contra duas autoridades, sendo o Delegado da Receita Estadual de Pato Branco/PR parte legítima para figurar no polo passivo" (fl. 371), não logram infirmar tais alicerces da decisão objurgada.

Isso porque "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" (MS 4.839/DF, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Seção, DJ 16/2/1998, p. 3).

Além disso, 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 Regional da Receita Estadual de Pato Branco.

Veja-se o teor de referido dispositivo:

Art. 101. Compete privativamente ao Tribunal de Justiça, através de seus órgãos:

VII - processar e julgar, originariamente:

b) os mandados de segurança contra atos do Governador do Estado, da Mesa e da Presidência da Assembleia Legislativa, do próprio Tribunal ou de algum de seus órgãos, de Secretário de Estado, do Presidente do Tribunal de Contas, do Procurador-Geral de Justiça, do Procurador-Geral do Estado e do Defensor-Geral da Defensoria Pública;

Essa orientação foi recentemente ratificada pela Primeira Seção, que aprovou a **Súmula 628/STJ**, segundo a qual "*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*".

Por fim, ao questionar a higidez da Lei Estadual n. 11.580/1996, a parte agravante esquece que não se revela adequado o manejo do mandado de segurança para fins de se atacar ato normativo de caráter geral e abstrato, por frontal colisão com o quanto consignado na Súmula 266/STF.

ANTE O EXPOSTO, nega-se provimento ao agravo interno.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

**AgInt no RMS 62.518 / PR
PROCESSO ELETRÔNICO**

Número Registro: 2019/0368947-0

Número de Origem:

00025707420198160000 25707420198160000

Sessão Virtual de 02/05/2023 a 08/05/2023

Relator do AgInt

Exmo. Sr. Ministro SÉRGIO KUKINA

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES

Secretário

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : BRINK'S SEGURANCA E TRANSPORTE DE VALORES LTDA

ADVOGADOS : ARLI PINTO DA SILVA - PR020260

JORGE WADIIH TAHECH E OUTRO(S) - PR015823

FRANCISCO NIEBUHR NETO - PR065848

GABRIEL SOCIO GARCIA - PR093184

RECORRIDO : ESTADO DO PARANÁ

PROCURADOR : ERNESTO ALESSANDRO TAVARES E OUTRO(S) - PR029813

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

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : BRINK'S SEGURANCA E TRANSPORTE DE VALORES LTDA

ADVOGADOS : ARLI PINTO DA SILVA - PR020260

JORGE WADIIH TAHECH E OUTRO(S) - PR015823

FRANCISCO NIEBUHR NETO - PR065848

GABRIEL SOCIO GARCIA - PR093184

AGRAVADO : ESTADO DO PARANÁ

ADVOGADO : ERNESTO ALESSANDRO TAVARES E OUTRO(S) - PR029813

TERMO

A PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 02/05/2023 a 08/05/2023, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília, 09 de maio de 2023