SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 66768 - PR (2021/0189155-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SÉRGIO KUKINA**
AGRAVANTE	:	TIGRE MATERIAIS E SOLUCOES PARA CONSTRUCAO LTDA
ADVOGADOS	:	DEBORA RENATA LINS CATTONI - PE001018
		DEBORA RENATA LINS CATTONI - PR104938
AGRAVADO	:	ESTADO DO PARANÁ
ADVOGADO	:	DULCE ESTHER KAIRALLA E OUTRO(S) - PR022601

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.

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, julgado em 6/6/2019, DJe 17/6/2019; **AgInt no RMS 58.354/RJ**, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 26/2/2019, 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 servidor responsável pelo lançamento.

4. Agravo interno não provido.

Documento eletrônico VDA36611974 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): SÉRGIO LUIZ KUKINA Assinado em: 09/05/2023 18:10:20
Código de Controle do Documento: ff477bbe-285c-4803-bff2-f47c5e407b65

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

Documento eletrônico VDA36611974 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): SÉRGIO LUIZ KUKINA Assinado em: 09/05/2023 18:10:20
Código de Controle do Documento: ff477bbe-285c-4803-bff2-f47c5e407b65

AgInt no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 66768 - PR (2021/0189155-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SÉRGIO KUKINA**
AGRAVANTE	:	TIGRE MATERIAIS E SOLUCOES PARA CONSTRUCAO LTDA
ADVOGADOS	:	DEBORA RENATA LINS CATTONI - PE001018
		DEBORA RENATA LINS CATTONI - PR104938
AGRAVADO	:	ESTADO DO PARANÁ
ADVOGADO	:	DULCE ESTHER KAIRALLA E OUTRO(S) - PR022601

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.

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, julgado em 6/6/2019, DJe 17/6/2019; **AgInt no RMS 58.354/RJ**, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 26/2/2019, 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 servidor responsável pelo lançamento.

4. Agravo interno não provido.

Documento eletrônico VDA36428312 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): SÉRGIO LUIZ KUKINA Assinado em: 28/04/2023 18:39:24
Código de Controle do Documento: bc7905ac-23d9-4b9e-8b55-5eb78ed15723

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SÉRGIO KUKINA (Relator): Trata-se de agravo interno manejado por **Tigre Materiais e Soluções para Construção Ltda.** desafiando decisão de fls. 394/397, que negou provimento ao recurso ordinário, ante a ilegitimidade do Secretário de Estado da Fazenda para figurar no polo passivo do mandado de segurança.

A parte agravante, em suas razões, sustenta, em síntese, que "o Tribunal de Justiça do Paraná, há muitos anos, vinha reconhecendo o Secretário de Estado da Fazneda como pessoa legítima a figurar como autoridade coatora em casos como este" (fl. 418). Pleiteia, no final, "seja chamado o feito à ordem para que a parte ré indique quem seria a autoridade legitimada para compor o passivo da demanda e, após manifestação desta recorrente, que seja o feito encaminhado ao Juízo competente para respectivo julgamento, especialmente porque tem-se questões de ordem pública que foram violadas, estas respaldadas nos arts. 5º, 6º, 10, 338, 339 e 926, todos do Código de Processo Civil" (fl. 424).

Aberta vista à parte agravada, decorreu *in albis* o prazo para apresentação de impugnação (fl. 430).

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:

> *Cuida-se, originariamente, de mandado de segurança impetrado por **Tigre Materiais e Soluções para Construção Ltda.**, contra ato atribuído ao Secretário Estadual da Fazenda do Paraná, consistente na exigência ICMS-energia por uma alíquota majorada (29%).*
> *O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná denegou a segurança, em aresto assim ementado (fl. 216):*
>
> > *Tributário. ICMS. Energia elétrica e telefonia. Seletividade e essencialidade do produto. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 714.139/SC.*
> > *Requerimento de suspensão nacional indeferido pelo Ministro Relator.*
> > *Repercussão Geral com alcance restrito. Julgamento pendente. Juízo discricionário do legislador estadual. Impossibilidade de exame pelo Poder Judiciário. Escolha pautada por critérios políticos, econômicos e sociais.*
> > *Controle judicial que se limita a critérios jurídicos de legalidade e constitucionalidade. Alíquota de 29%. Lei n. 11.580/96. Inconstitucionalidade já afastada pelo Órgão Especial desta Corte. Incidente n. 174.723-7/01.*

Documento eletrônico VDA36428312 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): SÉRGIO LUIZ KUKINA Assinado em: 28/04/2023 18:39:24
Código de Controle do Documento: bc7905ac-23d9-4b9e-8b55-5eb78ed15723

Mandado de segurança denegado.

No recurso ordinário, a parte recorrente sustenta, em síntese, a "inconstitucionalidade da aliquota de 29% de ICMS sobre a energia elétrica, uma vez que desconsidera seu caráter essencial", pugnando pela aplicação da "alíquota geral do Estado do Paraná, qual seja, 18% (fl. 284).

Aberta vista à parte recorrida, o Estado do Paraná apresentou impugnação às fls. 299/307, postulando o não conhecimento do recurso, pelo obstáculo da Súmula 266/STF e pela ilegitimidade passiva do Secretário de Fazenda, e, no mérito, o seu desprovimento.

O Ministério Público Federal, em parecer da Subprocuradora-Geral da República Darcy Santana Vitobello (fls. 328/334), manifestou-se pela extinção do feito sem resolução do mérito, consoante resume a seguinte ementa (fl. 328):

> *ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. ALÍQUOTA DE 29%. LEGISLAÇÃO ESTADUAL. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA SELETIVIDADE E ESSENCIALIDADE. COMPENSAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CON-TRA O SECRETÁRIO DE ESTADO DA FAZENDA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM, COM EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, DE OFÍCIO, NOS TERMOS DO ART. 6º, § 5º, DA LEI Nº 12.016/2009, FICANDO PREJUDICADO O RECURSO ORDINÁRIO.*

Proferi decisão às fls. 336/339, desprovendo o recurso ordinário, a qual foi objeto do agravo interno de fls. 343/360.

A seguir, dei provimento ao agravo interno da parte contribuinte e intimei ambos os litigantes a se manifestarem sobre a questão da legitimidade da autoridade apontada como coatora, em atenção ao princípio da não surpresa, previsto no art. 10 do CPC (fls. 366/367).

Foi então que a parte ora recorrente se manifestou às fls. 371/384 e o Estado do Paraná apresentou a petição de fls. 387/392.

Vieram os autos conclusos.

É O RELATÓRIO. SEGUE A FUNDAMENTAÇÃO.

A irresignação 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 pólo 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, quand o 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.*

Documento eletrônico VDA36428312 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): SÉRGIO LUIZ KUKINA Assinado em: 28/04/2023 18:39:24
Código de Controle do Documento: bc7905ac-23d9-4b9e-8b55-5eb78ed15723

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, confiram-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, Je 11/5/2016; AgRg no RMS 38.355/MS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 2/8/2013.*
>
> *5. Agravo Interno não provido.*
>
> *(**AgInt no RMS 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*

Documento eletrônico VDA36428312 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): SÉRGIO LUIZ KUKINA Assinado em: 28/04/2023 18:39:24
Código de Controle do Documento: bc7905ac-23d9-4b9e-8b55-5eb78ed15723

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)*

Na espécie, o Tribunal Local denegou a segurança, por entender que "não cabe ao Poder Judiciário ingressar nessa seara discricionária do legislador, a fim de verificar se tal bem é ou não essencial, para, então, dizer se foi atendida a regra da seletividade, ainda que tal exame se faça no campo do controle de constitucionalidade da norma estadual" (fl. 219).
Assim, ainda que por fundamento diverso (ilegitimidade da autoridade apontada como coatora para figurar no polo passivo do presente mandamus), 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 1o.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

Documento eletrônico VDA36428312 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): SÉRGIO LUIZ KUKINA Assinado em: 28/04/2023 18:39:24
Código de Controle do Documento: bc7905ac-23d9-4b9e-8b55-5eb78ed15723

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 do 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)

Documento eletrônico VDA36428312 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): SÉRGIO LUIZ KUKINA Assinado em: 28/04/2023 18:39:24
Código de Controle do Documento: bc7905ac-23d9-4b9e-8b55-5eb78ed15723

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, "Não obstante a

Documento eletrônico VDA36428312 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): SÉRGIO LUIZ KUKINA Assinado em: 28/04/2023 18:39:24
Código de Controle do Documento: bc7905ac-23d9-4b9e-8b55-5eb78ed15723

posição desta Corte dizendo o contrário, tem-se julgados do Superior Tribunal de Justiça onde, ainda que indiretamente, admitiu o curso do processo tendo como parte legítima Secretário de Estado" (fl. 418) não logram infirmar tais alicerces da decisão objurgada.

Isso porque, desde 1998, esta Corte de Justiça já havia sinalizado 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"* (**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 servidor responsável pelo lançamento tributário.

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 Assembléia 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;*

Nesse sentido:

> *TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. IPVA. IMPETRAÇÃO DIRIGIDA A SECRETÁRIO DE ESTADO DA FAZENDA. DECLINAÇÃO DE COMPETÊNCIA. OPORTUNIZAÇÃO DE EMENDA A INICIAL PARA CORREÇÃO DA AUTORIDADE COATORA LEGÍTIMA. IMPOSSIBILIDADE. MODIFICAÇÃO DE COMPETÊNCIA.*
> *I - O mandado de segurança foi impetrado contra ato do Secretário Estadual de Fazenda, objetivando discutir lançamento de IPVA. O Tribunal declinou da competência, oportunizando ao impetrante emendar a inicial, para a indicação da correta autoridade coatora.*
> ***II - Este Superior Tribunal de Justiça, tem jurisprudência pacífica no sentido da vedação à oportunização ao impetrante, da emenda à inicial para a indicação da correta autoridade coatora, quando a referida modificação implique na alteração da competência jurisdicional.*** *Precedentes: AgInt no RMS n. 53.867/MG, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 21/3/2019, DJe de 3/4/2019 e RMS n. 68.112/MA, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 20/9/2022, DJe de 27/9/2022.)*
> *III - Recurso especial provido.*
> (**REsp n. 1.954.451/RJ**, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 16/2/2023.)

> *TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. AUTORIDADE IMPETRADA. SECRETÁRIO DE ESTADO DA FAZENDA.*

Documento eletrônico VDA36428312 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): SÉRGIO LUIZ KUKINA Assinado em: 28/04/2023 18:39:24
Código de Controle do Documento: bc7905ac-23d9-4b9e-8b55-5eb78ed15723

ILEGITIMIDADE PASSIVA. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. INAPLICABILIDADE. 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 firmou compreensão segundo a qual o Secretário de Estado não detém legitimidade para figurar no polo passivo de mandado de segurança que visa evitar a prática de lançamento fiscal, não havendo falar, outrossim, em aplicação da teoria da encampação, porquanto a indevida presença desse agente político como autoridade coatora modificaria a regra de competência jurisdicional.
III - Em regra, descabe a imposição da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015 em razão do mero desprovimento 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.
IV - Agravo Interno improvido.
(AgInt no RMS n. 69.657/RJ, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 12/12/2022, DJe de 15/12/2022.)

Essa orientação foi 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*".

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

É o voto.

Documento eletrônico VDA36428312 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): SÉRGIO LUIZ KUKINA Assinado em: 28/04/2023 18:39:24
Código de Controle do Documento: bc7905ac-23d9-4b9e-8b55-5eb78ed15723

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA

AgInt no RMS 66.768 / PR

Número Registro: 2021/0189155-5 **PROCESSO ELETRÔNICO**

Número de Origem:
00722987120208160000 722987120208160000

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	:	TIGRE MATERIAIS E SOLUCOES PARA CONSTRUCAO LTDA
ADVOGADOS	:	DEBORA RENATA LINS CATTONI - PE001018
		DEBORA RENATA LINS CATTONI - PR104938
RECORRIDO	:	ESTADO DO PARANÁ
PROCURADOR	:	DULCE ESTHER KAIRALLA E OUTRO(S) - PR022601

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

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE	:	TIGRE MATERIAIS E SOLUCOES PARA CONSTRUCAO LTDA
ADVOGADOS	:	DEBORA RENATA LINS CATTONI - PE001018
		DEBORA RENATA LINS CATTONI - PR104938
AGRAVADO	:	ESTADO DO PARANÁ
ADVOGADO	:	DULCE ESTHER KAIRALLA E OUTRO(S) - PR022601

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.

Documento eletrônico VDA36589543 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): SISTEMA JUSTIÇA - SERVIÇOS AUTOMÁTICOS, Assinado em: 09/05/2023 00:06:37
Código de Controle do Documento: bab862cf-52b8-4ac8-891a-28c86b3328f9

Brasília, 09 de maio de 2023

Documento eletrônico VDA36589543 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): SISTEMA JUSTIÇA - SERVIÇOS AUTOMÁTICOS, Assinado em: 09/05/2023 00:06:37
Código de Controle do Documento: bab862cf-52b8-4ac8-891a-28c86b3328f9