



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgInt no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 70010 - RJ
(2022/0332000-5)**

RELATOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
AGRAVANTE : BARCELOS E CIA LTDA E FILIAL(IS)
ADVOGADOS : CARLOS ALEXANDRE DE AZEVEDO CAMPOS - RJ093242
THIAGO FONTOURA SILVA - RJ125363
FLÁVIO QUITETE DE CAMPOS VIANNA - RJ116253
ROBERTO FERREIRA LEMOS - RJ131830
THIAGO JOSÉ SÁ FREITAS - RJ125280
RAPHAEL RODRIGUEZ MANHAES - RJ172569
AGRAVADO : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS - SE000000M

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SECRETÁRIO DE FAZENDA DO ESTADO. PRECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE EMENDA À INICIAL. EXTINÇÃO DO FEITO, DE OFÍCIO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO.

1. Ambas as Turmas de Direito Público desta Corte possuem entendimento no sentido de que o Secretário de Estado da Fazenda não possui legitimidade para figurar, como autoridade coatora, em mandado de segurança no qual se pleiteia o afastamento da exigência de tributo reputada por ilegal. Nesse sentido: 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.

2. Ressalte-se que a ilegitimidade aqui discutida é da autoridade coatora, portanto, do polo passivo, não havendo *distinguishing, a priori*, em relação a casos ajuizados por contribuintes de direito ou contribuintes de fato.

3. Esta Corte não autoriza a emenda da petição inicial para que seja indicada a correta autoridade coatora em casos que tais, visto que tal indicação implicaria a alteração da competência jurisdicional para processamento da impetração, saindo da competência originária do Tribunal de Justiça para o primeiro grau de jurisdição. Nessas hipóteses, deve o feito ser extinto sem resolução de mérito, consoante o inciso VI do art. 485 do CPC, em razão da ausência de legitimidade passiva da autoridade indicada como coatora. A propósito: AgInt no RMS 35.432/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 19/11/2020; EDcl no RMS 67.101/RJ, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 16/12/2021; RMS 68.112/MA, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 27/09/2022.

4. Agravo interno não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.

A Sra. Ministra Assusete Magalhães, os Srs. Ministros Francisco Falcão, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 25 de abril de 2023.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgInt no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 70010 - RJ
(2022/0332000-5)**

RELATOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
AGRAVANTE : BARCELOS E CIA LTDA E FILIAL(IS)
ADVOGADOS : CARLOS ALEXANDRE DE AZEVEDO CAMPOS - RJ093242
THIAGO FONTOURA SILVA - RJ125363
FLÁVIO QUITETE DE CAMPOS VIANNA - RJ116253
ROBERTO FERREIRA LEMOS - RJ131830
THIAGO JOSÉ SÁ FREITAS - RJ125280
RAPHAEL RODRIGUEZ MANHAES - RJ172569
AGRAVADO : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS - SE000000M

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SECRETÁRIO DE FAZENDA DO ESTADO. PRECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE EMENDA À INICIAL. EXTINÇÃO DO FEITO, DE OFÍCIO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO.

1. Ambas as Turmas de Direito Público desta Corte possuem entendimento no sentido de que o Secretário de Estado da Fazenda não possui legitimidade para figurar, como autoridade coatora, em mandado de segurança no qual se pleiteia o afastamento da exigência de tributo reputada por ilegal. Nesse sentido: 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.

2. Ressalte-se que a ilegitimidade aqui discutida é da autoridade coatora, portanto, do polo passivo, não havendo *distinguishing, a priori*, em relação a casos ajuizados por contribuintes de direito ou contribuintes de fato.

3. Esta Corte não autoriza a emenda da petição inicial para que seja indicada a correta autoridade coatora em casos que tais, visto que tal indicação implicaria a alteração da competência jurisdicional para processamento da impetração, saindo da competência originária do Tribunal de Justiça para o primeiro grau de jurisdição. Nessas hipóteses, deve o feito ser extinto sem resolução de mérito, consoante o inciso VI do art. 485 do CPC, em razão da ausência de legitimidade passiva da autoridade indicada como coatora. A propósito: AgInt no RMS 35.432/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 19/11/2020; EDcl no RMS 67.101/RJ, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 16/12/2021; RMS 68.112/MA, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 27/09/2022.

4. Agravo interno não provido.

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo interno manejado por BARCELOS E CIA LTDA E FILIAL(IS) para submeter ao crivo do órgão colegiado decisão de minha lavra resumida da seguinte forma:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. ALÍQUOTA DE 25% + 5% A TÍTULO DE FUNDO DE COMBATE A POBREZA. APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA GERAL DE 18%. COMPENSAÇÃO DO INDEBITO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SECRETÁRIO DE FAZENDA DO ESTADO. PRECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE EMENDA À INICIAL. EXTINÇÃO DO FEITO, DE OFÍCIO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. RECURSO ORDINÁRIO PREJUDICADO.

A agravante insurge-se contra a decisão agravada alegando que, na qualidade de contribuinte de fato, e não de direito (situação que apresenta como *distinguishing* em relação aos precedentes citados na decisão agravada), não existe um órgão específico que possa realizar atos concretos de lançamento e cobrança do ICMS sobre energia elétrica e telecomunicações em face do mesmo, de modo que a autoridade coatora apenas poderia ser a autoridade hierarquicamente superior, que possuisse poder de decisão sobre os aludidos órgãos especiais de fiscalização, daí porque ajuizou o mandado de segurança em face do Secretário de Fazenda do Estado do Rio de Janeiro à época da impetração.

Subsidiariamente, pugna pela aplicação do art. 139, IX, do CPC, a fim de dar à impetrante a oportunidade de correção da autoridade coatora para prosseguimento do feito, sobretudo porque a matéria versada nos autos teria sido decidida pelo STF em repercussão geral no RE 714.319 (Tema 745), tendo o STF concluído pela inconstitucionalidade da cobrança a partir do ano de 2024, ressaltando, porém, o direito daqueles que judicializaram a questão antes de 5/2/2021, data do início do julgamento do recurso extraordinário.

Sustenta que está albergada pela decisão do STF porque impetrou o *writ* em 27/2/2008, 13 anos antes do marco temporal assinalado pelo Supremo, de modo que, mantida a decisão agravada que extinguiu o feito sem resolução de mérito, teria de impetrar novo mandado de segurança, ficando fora, portanto, do marco temporal fixado e perdendo o direito material que lhe foi assegurado em repercussão geral, o que não seria razoável na hipótese ante a inexistência de erro grosseiro considerada a dúvida existente acerca da autoridade coatora correta em casos de impugnação da exigência por

contribuinte de fato.

Requer a reconsideração da decisão agravada ou a submissão do feito a julgamento perante o órgão colegiado.

Impugnação às fls. 1.012-1.014 e-STJ.

É o relatório.

VOTO

A agravante não trouxe nenhum argumento capaz de infirmar a decisão agravada, a qual merece ser mantida.

Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança impetrado contra ato do Secretário de Fazenda do Estado do Rio de Janeiro no qual a impetrante questionado a alíquota de ICMS de 25% + 5% a título de fundo de combate à pobreza sob alegação de ofensa aos princípios da essencialidade e seletividade, pugnando, ao final, pelo aplicação da alíquota geral de 18% e a compensação dos valores indevidamente recolhidos nos últimos 10 anos.

Em que pese a segurança tenha sido parcialmente concedida na origem, o feito possui vício insanável cognoscível de ofício que inviabiliza o julgamento do mérito.

Explico.

É que ambas as Turmas de Direito Público desta Corte possuem entendimento no sentido de que o Secretário de Estado da Fazenda não possui legitimidade para figurar, como autoridade coatora, em mandado de segurança no qual se pleiteia o afastamento da exigência de tributo reputada por ilegal.

A propósito:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. ILEGITIMIDADE DO SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DO MARANHÃO PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO DO MANDADO DE SEGURANÇA, POR SE TRATAR DE IMPETRAÇÃO QUE VISA CESSAR A APLICAÇÃO DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. 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'.

II. 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; 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.

III. 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 os seguintes requisitos, cumulativamente: (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.

IV. A Segunda Turma do STJ tem decidido que o Secretário de Estado da Fazenda não possui legitimidade para figurar, como autoridade coatora, em mandados de segurança que discutem a aplicabilidade do regime de substituição tributária do ICMS, bem como que não se aplica a teoria da encampação, nesses casos (RMS 43.553/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 25/09/2013; AgRg no RMS 46.032/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe de 06/04/2015).

V. Hipótese em que se trata de Mandado de Segurança Coletivo, no qual figura, como autoridade impetrada, o Secretário da Fazenda do Estado do Maranhão, e consta, da petição inicial, formulação de pedido para que esta autoridade cesse a aplicação da substituição tributária às rações não classificadas como 'pet' – destinadas a animais de produção –, ainda que classificadas na posição NCM 2309, ao argumento de que a aplicação da substituição tributária, nas operações interestaduais com tais rações, quando não classificadas como 'pet', seria contrária ao disposto no Protocolo ICMS 26/2004.

VI. Entretanto, consoante a orientação predominante nos supracitados precedentes da Segunda Turma do STJ, o Secretário de Estado da Fazenda não possui legitimidade para figurar, como autoridade coatora, em mandados de segurança que discutem a aplicabilidade do regime de substituição tributária do ICMS.

VII. Ao contrário do que consta do presente Agravo Regimental, a Constituição do Estado do Maranhão, em seu art. 69, e a Lei Estadual 10.151/2014, em seus arts. 3º, I, e 40, II e IV, não conferem, ao Secretário de Estado da Fazenda, atribuição própria para aplicar o regime de substituição tributária, ou para fazer cessar sua aplicação, em qualquer situação concretamente considerada.

VIII. Não se aplica ao caso a teoria da encampação, pois a indevida presença do Secretário de Estado da Fazenda, no polo passivo deste Mandado de Segurança, implicou modificação da competência jurisdicional, disciplinada pela Constituição do Estado do Maranhão.

IX. Agravo Regimental não provido (AgRg no RMS 45.893/MA, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe de 18/09/2015). (Grifei)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. INSURGÊNCIA CONTRA A COBRANÇA DE TRIBUTO. DECRETO 13.162/2011 (PROTOCOLO ICMS 21/2011). ATO ATRIBUÍDO AO GOVERNADOR E AO SECRETÁRIO DE ESTADO DE FAZENDA. ILEGITIMIDADE PASSIVA.

1. Recurso ordinário em mandado de segurança impetrado com o objetivo de

afastar a cobrança de ICMS exigida pelo Estado do Mato Grosso do Sul com base no Decreto 13.162/2011, autorizado pelo Protocolo ICMS 21/2011, o qual determina o recolhimento de diferencial de alíquota interestadual em face de venda não presencial realizada por meio da internet, bem como impedir a apreensão das mercadorias destinadas aos consumidores residentes naquele Estado.

2. Não compete diretamente ao Governador ou ao Secretário de Estado de Fazenda indicado, mas, sim, aos Agentes Fiscais, a fiscalização e a cobrança do tributo em comento. Inteligência dos arts. 219, § 1º, incisos I e II da Lei 1.810/97 (Código Tributário Estadual) e 123, §§ 1º, 2º e 3º, do Decreto 9.203/1998 (Regulamento do ICMS).

3. Impossível, na espécie, a aplicação da teoria da encampação, na medida em que a indevida presença do Governador ou do Secretário de Estado de Fazenda no polo passivo do mandamus modifica a regra de competência jurisdicional disciplinada pela Constituição Estadual (art. 114, II, b).

4. Reconhecida, de ofício, a ilegitimidade das autoridades coatoras; prejudicado o recurso ordinário. (RMS 37.270/MS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 22/04/2013) (Grifei)

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA SOBRE OPERAÇÕES INTERESTADUAIS DE AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS. AUTO DE APREENSÃO. INEXISTÊNCIA DE ATO DE COMPETÊNCIA DE SECRETÁRIO DE ESTADO. ILEGITIMIDADE DA AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA.

1. Em mandado de segurança, a legitimidade para figurar no polo passivo é da autoridade que detém atribuição para adoção das providências tendentes a executar ou corrigir o ato combatido.

2. Recurso ordinário a que se nega provimento. (RMS 16.708/TO, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJU de 18/04/2005).

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. COBRANÇA DE DIFERENCIAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SECRETÁRIO DE ESTADO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. NÃO CABIMENTO. TEMA N. 430.

I - Na origem, trata-se de mandado de segurança impetrado contra ato atribuído ao Secretário da Fazenda do Estado do Maranhão objetivando afastar a cobrança de diferencial de alíquota de ICMS (DIFAL) nas vendas para pessoas físicas e jurídicas não contribuintes do ICMS. No Tribunal a quo, denegou-se a segurança. Esta Corte não conheceu do recurso ordinário em mandado de segurança.

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, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 26/9/2017, DJe 9/10/2017; RMS n. 54.333/RN, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 19/9/2017, DJe 20/10/2017; AgInt no RMS n. 54.968/RN, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 15/5/2018, DJe 21/5/2018;

e AgInt no RMS n. 35.512/RJ, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 27/11/2018, DJe 7/12/2018.

III - Ainda que fosse superado esse fundamento, verifica-se que a pretensão recursal, ainda assim, não comportaria ser conhecida.

IV - Na espécie, a parte recorrente sustenta o afastamento da cobrança do diferencial de ICMS estabelecida pelo Convênio ICMS n.93/2015, sustentando que o referido imposto somente pode ser instituído e cobrado pelo ente federativo após a edição de lei complementar que venha a regulamentar a Emenda Constitucional n.87/2015.

V - Assim, verifica-se que a pretensão recursal é, mesmo que indiretamente,

de declaração da inconstitucionalidade da exigência do diferencial de alíquota do ICMS. Em outras palavras, o pedido de afastamento da cobrança do DIFAL requer a análise da constitucionalidade do Convênio ICMS n. 93/2015 do Conselho Nacional de Política Fazendária – Confaz, com fundamento na Emenda Constitucional n. 87/2015.

VI - Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça fixou, no julgamento do REsp n. 1.1198.72/RJ, a tese, em recursos repetitivos, de que “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 n.430/STJ). No mesmo sentido é o Enunciado Sumular n. 266/STF (“Não cabe mandado de segurança contra lei em tese.”). A propósito: (AgInt no RMS n. 36.682/RJ, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 9/10/2017 e RMS n. 18.302/SE, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 27/3/2006).

VII - Agravo interno improvido. (AgInt no RMS 63.558/MA, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 31/5/2021) (Grifei)

Nesse sentido também: 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.

Ressalte-se que a ilegitimidade aqui discutida é da autoridade coatora, portanto, do polo passivo, não havendo *distinguishing, a priori*, em relação a casos ajuizados por contribuintes de direito ou contribuintes de fato.

Registro, outrossim, que esta Corte não autoriza a emenda da petição inicial para que seja indicada a correta autoridade coatora em casos que tais, visto que tal indicação implicaria a alteração da competência jurisdicional para processamento da impetração, saindo da competência originária do Tribunal de Justiça para o primeiro grau de jurisdição. Nessas hipóteses, deve o feito ser extinto sem resolução de mérito, consoante o inciso VI do art. 485 do CPC, em razão da ausência de legitimidade passiva da autoridade indicada como coatora.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SECRETÁRIO DE ESTADO. LEGITIMIDADE. AUSÊNCIA. EMENDA DA INICIAL. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA JURISDICIONAL. ALTERAÇÃO.

1. Consoante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o Secretário de Estado não detém legitimidade para figurar no polo passivo de mandado de segurança em que discutida a incidência de tributos.

2. Não é possível facultar a emenda da inicial para que a parte

indique corretamente a autoridade indicada como coatora quando tal modificação implicar alteração da competência jurisdicional para processamento da impetração. Precedentes.

3. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no RMS 35.432/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 19/11/2020) (Grifei)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DA ALÍQUOTA ESPECIAL MAJORADA DO ICMS, EM OPERAÇÕES COM ÁLCOOL COMBUSTÍVEL. ILEGITIMIDADE DO SECRETÁRIO DE ESTADO DA FAZENDA PARA FIGURAR, COMO AUTORIDADE IMPETRADA, NO POLO PASSIVO DO MANDADO DE SEGURANÇA. PRECEDENTES DO STJ. EXTINÇÃO DO PROCESSO, DE OFÍCIO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, RESTANDO PREJUDICADO O RECURSO ORDINÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CPC/2015. VÍCIOS INEXISTENTES. INCONFORMISMO. REJEIÇÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

I. Embargos de Declaração opostos a acórdão prolatado pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, publicado em 03/11/2021.

II. No voto condutor do acórdão embargado, o Superior Tribunal de Justiça, de ofício, julgou extinto o Mandado de Segurança, sem resolução do mérito, e julgou prejudicado, em consequência, o Recurso Ordinário, com fundamento na atual jurisprudência desta Corte, no sentido de que o Secretário de Estado da Fazenda não possui legitimidade para figurar, como autoridade coatora, em mandado de segurança que visa afastar a exigência de tributo reputada ilegítima, sendo inaplicável, outrossim, a teoria da encampação. A propósito da questão suscitada nos presentes Declaratórios, consta do acórdão embargado precedente de cuja ementa destaca-se o entendimento de que "não é possível facultar a emenda da inicial para que a parte indique corretamente a autoridade indicada como coatora quando tal modificação implicar alteração da competência jurisdicional para processamento da impetração" (STJ, AgInt no RMS 35.432/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 19/11/2020).

III. Inexistindo, no acórdão embargado, omissão, contradição, obscuridade ou erro material, nos termos do art. 1.022 do CPC vigente, não merecem ser acolhidos os Embargos de Declaração, que, em verdade, revelam o inconformismo da parte embargante com as conclusões do decisor.

IV. Embargos de Declaração rejeitados. (EDcl no RMS 67.101/RJ, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 16/12/2021) (Grifei)

TRIBUTÁRIO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. COBRANÇA DE DIFAL-ICMS. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SECRETÁRIO DE FAZENDA DO ESTADO. PRECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE DE EMENDA DA INICIAL PARA ALTERAÇÃO DA AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA. MODIFICAÇÃO DA COMPETÊNCIA. PRECEDENTES.

1. Cuida-se, na origem, de mandado de segurança impetrado por Elfa Medicamentos S. A e OUTRA contra ato reputado por ilegal praticado pelo Secretário da Fazenda do Estado do Maranhão objetivando o reconhecimento da improcedência da cobrança do diferencial de alíquota de ICMS exigido das Impetrantes pelo Estado por força do Convênio ICMS nº 93/2015 e legislação correspondente. Para tanto, informam que são empresas de comércio de medicamentos, produtos farmacêuticos e equipamentos médicos que realizam operações interestaduais que destinam mercadorias ou bens a consumidor final não contribuinte do ICMS, localizados em diversas Unidades da Federação, inclusive no Estado do Maranhão. A segurança foi denegada pelo Tribunal Estadual que entendeu pela impossibilidade de

discussão de lei em tese em sede de mandado de segurança. Além disso, concluiu pela ilegitimidade passiva do Secretário de Fazenda do Estado do Maranhão.

2. Ainda que fosse possível superar o óbice da Súmula nº 266 do STF (Não cabe mandado de segurança contra lei em tese), subsiste outro óbice de natureza intransponível na hipótese, qual seja, a ilegitimidade passiva da autoridade apontada como coatora. Com efeito, a jurisprudência das Turmas da Primeira Seção do STJ orienta-se no sentido de que o Secretário de Estado de Fazenda não possui legitimidade para figurar, como autoridade coatora, em mandado de segurança no qual se pleiteia o afastamento da exigência de tributo reputada por ilegal. A propósito: AgRg no RMS 45.893/MA, Rel.

Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe de 18/09/2015;

RMS 37.270/MS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 22/04/2013; AgInt no RMS 63.558/MA, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 31/5/2021.

3. Não se desconhece o entendimento firmado pelo STF em repercussão geral no RE 1.287.019/DF, Tema 1.093, no sentido de que "A cobrança do diferencial de alíquota alusivo ao ICMS, conforme introduzido pela Emenda Constitucional nº 87/2015, pressupõe edição de lei complementar veiculando normas gerais", conforme ressaltado no Parecer Ministerial de fls. 641-644 e-STJ.

4. Contudo, no julgamento da repercussão geral sobredita, salvo melhor juízo, o Supremo Tribunal Federal não se manifestou sobre a questão relativa à legitimidade passiva do Secretário de Fazenda Estadual, **de modo que não é possível, na hipótese dos autos, suplantar o referido óbice para adentrar ao mérito da demanda ou, ainda, determinar a emenda da petição inicial para que seja indicada a correta autoridade coatora, visto que tal indicação implicaria a alteração da competência jurisdicional para processamento da impetração, saindo da competência originária do Tribunal de Justiça para o primeiro grau de jurisdição, o que não se coaduna com a orientação desta Corte, conforme se verifica dos seguintes precedentes: AgInt no RMS 35.432/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 19/11/2020; EDcl no RMS 67.101/RJ, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 16/12/2021.**

5. Recurso ordinário não provido. (RMS 68.112/MA, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 27/09/2022) (Grifei)

A Segunda Turma desta Corte, em casos semelhantes ao dos autos, julgou extinto o Mandado de Segurança de ofício, sem resolução do mérito, declarando prejudicado o Recurso Ordinário.

A propósito:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. TAXA DE SEGURANÇA CONTRA INCÊNDIO. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA SECRETÁRIO ESTADUAL E GOVERNADOR. QUESTIONAMENTO DE ATOS NORMATIVOS EXPEDIDOS PARA A EXECUÇÃO DA LEI. ILEGITIMIDADE PASSIVA. HISTÓRICO DA DEMANDA.

1. Trata-se, na origem, de Mandado de Segurança, impetrado contra ato atribuído ao Governador e ao Secretário de Estado de Fazenda de Mato Grosso, no qual se busca afastar a cobrança de Taxa de Segurança Contra Incêndio.

VOTO VOGAL DA EMINENTE MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES 2. Inicialmente, reputei admissível o Writ e me pronunciei sobre seu mérito.

3. Contudo, entendo corretas as seguintes ponderações, trazidas pela

eminente Ministra Assusete Magalhães em Voto Vogal: "in casu, diante da argumentação constante da impetração, não se verifica a iminência de possíveis atos de efeitos concretos, a serem praticados pelo Governador do Estado de Mato Grosso e pelo Secretário de Estado da Fazenda [...]".

4. Com a percuciência de costume, a eminente Ministra demonstrou, com fundamento nas normas estaduais de regência (Lei 4.547/1982, Decreto 2.063/2009 e Constituição do Estado), que, no caso dos autos, a Taxa de Segurança contra Incêndio é cobrada pelo órgão responsável pela prestação do serviço (Corpo de Bombeiros Militar) e por órgão ligado à Secretaria de Estado da Fazenda (Gerência de Informações sobre Outras Receitas), órgãos que não contam com a mesma prerrogativa de foro atribuída ao Governador ou ao Secretário do Estado.

5. Concluiu, então, Sua Excelência: "Portanto, de um lado, o Governador do Estado de Mato Grosso e o Secretário de Estado da Fazenda não possuem legitimidade para figurar, como autoridades impetradas, no polo passivo deste Mandado de Segurança, que visa afastar a exigência da Taxa de Segurança contra Incêndio (TACIN), e de outro lado, é inaplicável a teoria da encampação, pois haveria indevida modificação ampliativa da competência prevista no supracitado dispositivo Constituição Estadual".

JURISPRUDÊNCIA DO STJ 6. O STJ tem firme jurisprudência no sentido de que Secretário de Estado carece de 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, DJe 1º).

8.2017. Esse reconhecimento pode ser feito, mesmo de ofício. 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; RMS 54.968/RN, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 21.5.2018).

7. No caso, nem o Secretário nem o Governador do Estado têm legitimidade para figurar no polo passivo do Mandado de Segurança.

8. "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 26.9.2018).

CONCLUSÃO

9. Assim, com reposicionamento após o judicioso Voto Vogal da eminente Ministra Assusete Magalhães, julgo de ofício extinto o presente Mandado de Segurança, sem resolução do mérito, declarando prejudicado o Recurso Ordinário. (RMS 62373/MT, Rel. Ministro Herman benjamin, Segunda Turma, DJe 01/07/2021) (Grifei)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. 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 IMPETRADA, NO POLO PASSIVO DO MANDADO DE SEGURANÇA. PRECEDENTES DO STJ. EXTINÇÃO DO PROCESSO, DE OFÍCIO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, RESTANDO PREJUDICADO O RECURSO ORDINÁRIO.

I. Trata-se, na origem, de Mandado de Segurança, ajuizado em 29/10/2014, contra o Secretário da Fazenda do Estado de Minas Gerais, perante o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no qual se pretende afastar a aplicabilidade da Resolução 3.166, de 11/07/2001, que veda a apropriação de créditos do 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.

II. De acordo com os arts. 267, VI, § 3º, 301, X, § 4º, 515 e 540 do CPC/73 (correspondentes aos arts. 485, VI, § 3º, 337, XI, § 5º, 1.

013 e 1.028 do CPC/2015, respectivamente) c/c os arts. 34 da Lei 8.

038/90 e 247 do RISTJ, este Tribunal, no exercício de sua competência recursal ordinária, pode, de ofício, extinguir o processo de Mandado de Segurança, sem resolução do mérito, quando a parte impetrante for carecedora de ação, por ausência de qualquer das condições da ação mandamental. Ainda que o Tribunal de origem haja considerado presentes os pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, bem como as condições da ação, o STJ pode reconhecer, de ofício, a ausência de qualquer pressuposto processual ou condição da ação, não havendo que se falar, nessa hipótese, em ofensa ao princípio que veda a reformatio in pejus.

III. Sendo preventivo o mandado de segurança, desnecessária a existência concreta de ato coator, porquanto o receio de ato que venha a violar o direito líquido e certo da parte impetrante é suficiente a ensejar a impetração.

Entretanto, in casu, diante da argumentação constante da impetração, não se verifica a existência de possíveis atos de efeitos concretos, a serem praticados pelo Secretário de Estado da Fazenda - a justificar a competência originária do Tribunal de Justiça -, tendentes a violar ou ameaçar suposto direito líquido e certo da impetrante, a dar ensejo à impetração, ainda que na forma preventiva. Com efeito, a impetrante não aponta ato algum, de efeitos concretos, a ser praticado pela autoridade que se aponta coatora - o Secretário de Estado da 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, por reputar inconstitucional tal norma de direito local. Assim, incide, na espécie, a Súmula 266/STF ("Não cabe mandado de segurança contra lei em tese").

IV. A Primeira Seção do STJ, ao julgar o MS 4.839/DF (Rel. Ministro ARI PARGENDLER, DJU de 16/02/98), deixou anotado que "a autoridade coatora, no mandado de segurança, é aquela que pratica o ato, não a que genericamente orienta os órgãos subordinados a respeito da aplicação da lei no âmbito administrativo; mal endereçado o writ, o processo deve ser extinto sem julgamento de mérito".

V. 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.

VI. Sobre a teoria da encampação, a Primeira Seção do STJ, nos autos do MS 10.484/DF (Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, DJU de 26/09/2005), firmou o entendimento de que tal teoria apenas se aplica ao mandado de segurança, quando preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

- (a) existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado;
- (b) manifestação a respeito do mérito, nas informações prestadas;
- (c) ausência de indevida modificação ampliativa de competência jurisdicional absoluta.

VII. A mais recente jurisprudência da Segunda Turma do STJ orienta-se no sentido 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: AgRg no RMS 32.648/PE, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/11/2015; AgRg no RMS 49.945/MG, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/03/2016. No mesmo sentido são os seguintes precedentes atuais da Primeira Turma desta Corte: AgInt no RMS 51.519/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 16/12/2016; AgInt no RMS 46.013/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 29/08/2016; AgRg no RMS 30.771/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 30/11/2016; AgInt no RMS 49.232/MS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 18/05/2016.

VIII. A partir da interpretação analítica da 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, 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. Ao 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.

IX. Não se aplica ao caso a teoria da encampação, pois a indevida presença do Secretário de Estado da Fazenda, no polo passivo deste Mandado de Segurança, implicou modificação da competência jurisdicional, disciplinada pela Constituição do Estado de Minas Gerais.

X. Julgado extinto o presente Mandado de Segurança, sem resolução do mérito, logicamente não cabe ao STJ pronunciar-se sobre o mérito da causa ou do Recurso Ordinário, porquanto tal pronunciamento seria incompatível com a decisão tomada. Nesse contexto, também não se justifica o sobrestamento do feito, até o julgamento do Recurso Extraordinário 628.075/RS, pelo STF, na forma estabelecida pelo art. 1.030, III, do CPC/2015.

XI. Extinção do Mandado de Segurança, de ofício, sem resolução do mérito, com fundamento no art. 485, VI, § 3º, do CPC/2015.

XII. Recurso Ordinário prejudicado. (RMS 51.486/MG, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 30/4/2019) (Grifei)

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao presente agravo interno.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2022/0332000-5

PROCESSO ELETRÔNICO

AgInt no
RMS 70.010 / RJ

Números Origem: 00216148120088190000 200800400228 202214000148 216148120088190000

PAUTA: 25/04/2023

JULGADO: 25/04/2023

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ELTON GHERSEL

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : BARCELOS E CIA LTDA E FILIAL(IS)
ADVOGADOS : CARLOS ALEXANDRE DE AZEVEDO CAMPOS - RJ093242
THIAGO FONTOURA SILVA - RJ125363
FLÁVIO QUITETE DE CAMPOS VIANNA - RJ116253
ROBERTO FERREIRA LEMOS - RJ131830
THIAGO JOSÉ SÁ FREITAS - RJ125280
RAPHAEL RODRIGUEZ MANHAES - RJ172569
RECORRIDO : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS - SE000000M

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

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : BARCELOS E CIA LTDA E FILIAL(IS)
ADVOGADOS : CARLOS ALEXANDRE DE AZEVEDO CAMPOS - RJ093242
THIAGO FONTOURA SILVA - RJ125363
FLÁVIO QUITETE DE CAMPOS VIANNA - RJ116253
ROBERTO FERREIRA LEMOS - RJ131830
THIAGO JOSÉ SÁ FREITAS - RJ125280
RAPHAEL RODRIGUEZ MANHAES - RJ172569
AGRAVADO : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS - SE000000M

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator."

A Sra. Ministra Assusete Magalhães, os Srs. Ministros Francisco Falcão, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

C5425244991155045254@

2022/0332000-5 - RMS 70010 Petição : 2023/0022611-3 (AgInt)