AgInt nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 2.050.950 - RJ (2023/0037954-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SÉRGIO KUKINA**
AGRAVANTE	:	MUNICIPIO DE MIGUEL PEREIRA
ADVOGADO	:	PEDRO SOLIA PAMPLONA - RJ126219
AGRAVADO	:	ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO	:	JOSÉ ROBERTO P C FAVERET CAVALCANTI

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. ICMS. INSURGÊNCIA CONTRA COBRANÇA DO TRIBUTO. SECRETÁRIO DE ESTADO DE FAZENDA APONTADO COMO AUTORIDADE COATORA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. INAPLICABILIDADE. SÚMULA 628/STJ. EMENDA DA INICIAL. IMPOSSIBILIDADE. ALTERAÇÃO DA COMPETÊNCIA JURISDICIONAL.

1. O Secretário de Estado de Fazenda não ostenta legitimidade para figurar no polo passivo de mandado de segurança que questione a exigibilidade de tributos, no caso, o ICMS. Precedentes: **AgInt no RMS n. 66.768/PR**, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 11/5/2023; **REsp n. 1.656.756/MG**, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 5/5/2017; e **REsp n. 818.473/MT**, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 17/12/2010.

2. "*O Secretário da Fazenda, sob a réstia de simples comando geral, por si, não aplica as leis e resoluções e não tem competência para lançar, inscrever e exigir tributos, atividades atribuídas a outras autoridades fiscais. Demais, saldo em grau de recurso administrativo, obedecido o devido processo legal, não pode impedir o lançamento tributário previsto em lei (art. 142 e paragrafo único, ctn - lei 6.830/80, art. 2., parágrafo 3.)*" (**REsp n. 37.448/MT**, relator Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, DJe de 23/10/1995, p. 35.621).

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

4. Não é possível valer-se da teoria da encampação na espécie, uma vez que haveria alteração de competência jurisdicional, pois o Secretário de Estado possui foro especial de julgamento, prerrogativa não extensível ao servidor responsável pelo lançamento. Nesse sentido: **AgInt no RMS n. 69.657/RJ**, relatora Ministra Regina

Helena Costa, Primeira Turma, DJe de 15/12/2022; e **AgInt no AREsp n. 478.881/MG**, relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe de 15/4/2019.

5. A jurisprudência desta Corte não autoriza a emenda da petição inicial para correção da autoridade coatora quando tal indicação implique alteração da competência jurisdicional. A propósito: **AgInt no RMS n. 70.010/RJ**, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 2/5/2023; e **AgInt no REsp n. 1.505.709/SC**, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe de 19/8/2016.

6. Agravo interno não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Regina Helena Costa, Gurgel de Faria(que ressalvou o seu ponto de vista) e Paulo Sérgio Domingues votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília (DF), 21 de novembro de 2023(Data do Julgamento)

MINISTRO SÉRGIO KUKINA
Relator

AgInt nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 2.050.950 - RJ (2023/0037954-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SÉRGIO KUKINA**
AGRAVANTE	:	MUNICIPIO DE MIGUEL PEREIRA
ADVOGADO	:	PEDRO SOLIA PAMPLONA - RJ126219
AGRAVADO	:	ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO	:	JOSÉ ROBERTO P C FAVERET CAVALCANTI

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO SÉRGIO KUKINA: Trata-se de agravo interno manejado pelo **Município de Miguel Pereira** desafiando decisão de fls. 486/492, que deu provimento ao apelo raro do Estado do Rio de Janeiro para reconhecer a ilegitimidade passiva do Secretário de Estado da Fazenda para figurar no polo passivo do *mandamus*, confirmada pelo *decisum* de fls. 519/529.

A parte agravante sustenta, em resumo, a aplicação da teoria da encampação na hipótese dos autos (Súmula 628/STJ), porquanto presentes o vínculo hierárquico entre as autoridades, a manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas e a ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal. Alternativamente, afirma "a possibilidade de o juiz ou Tribunal determinar que o autor faça a emenda da inicial em caso de ilegitimidade passiva" (fl. 544).

Impugnação às fls. 553/559.

É O RELATÓRIO.

AgInt nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 2.050.950 - RJ (2023/0037954-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SÉRGIO KUKINA**
AGRAVANTE	:	MUNICIPIO DE MIGUEL PEREIRA
ADVOGADO	:	PEDRO SOLIA PAMPLONA - RJ126219
AGRAVADO	:	ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO	:	JOSÉ ROBERTO P C FAVERET CAVALCANTI

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. ICMS. INSURGÊNCIA CONTRA COBRANÇA DO TRIBUTO. SECRETÁRIO DE ESTADO DE FAZENDA APONTADO COMO AUTORIDADE COATORA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. INAPLICABILIDADE. SÚMULA 628/STJ. EMENDA DA INICIAL. IMPOSSIBILIDADE. ALTERAÇÃO DA COMPETÊNCIA JURISDICIONAL.

1. O Secretário de Estado de Fazenda não ostenta legitimidade para figurar no polo passivo de mandado de segurança que questione a exigibilidade de tributos, no caso, o ICMS. Precedentes: **AgInt no RMS n. 66.768/PR**, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 11/5/2023; **REsp n. 1.656.756/MG**, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 5/5/2017; e **REsp n. 818.473/MT**, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 17/12/2010.

2. "*O Secretário da Fazenda, sob a réstia de simples comando geral, por si, não aplica as leis e resoluções e não tem competência para lançar, inscrever e exigir tributos, atividades atribuídas a outras autoridades fiscais. Demais, saldo em grau de recurso administrativo, obedecido o devido processo legal, não pode impedir o lançamento tributário previsto em lei (art. 142 e paragrafo único, ctn - lei 6.830/80, art. 2., parágrafo 3.)*" (**REsp n. 37.448/MT**, relator Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, DJe de 23/10/1995, p. 35.621).

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

4. Não é possível valer-se da teoria da encampação na espécie, uma vez que haveria alteração de competência jurisdicional, pois o Secretário de Estado possui foro especial de julgamento, prerrogativa não extensível ao servidor responsável pelo lançamento. Nesse sentido: **AgInt no RMS n. 69.657/RJ**, relatora Ministra Regina

Helena Costa, Primeira Turma, DJe de 15/12/2022; e **AgInt no AREsp n. 478.881/MG**, relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe de 15/4/2019.

5. A jurisprudência desta Corte não autoriza a emenda da petição inicial para correção da autoridade coatora quando tal indicação implique alteração da competência jurisdicional. A propósito: **AgInt no RMS n. 70.010/RJ**, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 2/5/2023; e **AgInt no REsp n. 1.505.709/SC**, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe de 19/8/2016.

6. Agravo interno não provido.

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:

> *Trata-se de recurso especial fundado no CPC/73, manejado por **Estado do Rio de Janeiro**, com base no art. 105, III, a e c, da CF, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado (fl. 139):*
>
> > *MANDADO DE SEGURANÇA. ALÍQUOTA DE ICMS INCIDENTE SOBRE SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. PRELIMINARES ARGÜIDAS DE ILEGITIMIDADE ATIVA, DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. AFASTADAS. O ÓRGÃO ESPECIAL DESTE TRIBUNAL DECLAROU A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 14, VI, ITEM 2, E VIII, ITEM 7, DO DECRETO N°. 27.427/2000, QUE FIXOU EM 25% A ALÍQUOTA DE ICMS SOBRE SERVIÇOS DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA E COMUNICAÇÕES, ENTENDENDO OFENDIDOS OS PRINCÍPIOS DA SELETIVIDADE E ESSENCIALIDADE TRIBUTÁRIOS. DECOTADA A PARCELA CONSIDERADA INCONSTITUCIONAL DA EXAÇÃO, DEVE HAVER A REDUÇÃO PARA A ALÍQUOTA GERAL DE 18% PREVISTA NO DECRETO REGULAMENTADOR, SEM EMBARGO DE EVENTUAL INCIDÊNCIA DO PERCENTUAL RELATIVO AO FUNDO ESTADUAL DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA*

POBREZA. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. CONCESSÃO DA SEGURANÇA.

A parte recorrente aponta dissídio jurisprudencial e violação aos arts. 93, 111 e 113, §2º, 267, IV e VI, CPC/73. Sustenta, em resumo, que: ***(I)*** *"o recorrido não tem legitimidade para figurar no pólo ativo da presente demanda, pois ela não é contribuinte de direito do ICMS, mas sim contribuinte de fato. 14. O recorrido não paga ICMS, mas sim uma tarifa, ou seja, um preço no qual são embutidos todos os custos decorrentes da prestação de serviços, inclusive o ICMS incidente sobre o fornecimento da energia elétrica e sobre a prestação de serviços de comunicação. Este ICMS, no entanto, quem o recolhe aos cofres públicos é a concessionária (de energia ou de telecomunicações), na condição de sujeito passivo da relação tributária " (fl. 232);* ***(II)*** *"ilegitimidade passiva do Secretário de Fazenda (apontado como autoridade coatora), uma vez que tal agente público não lavra autos de infração, nem muito menos exige tributos dos contribuintes fluminenses" (fl. 233), "do que decorre, ainda, a incompetência absoluta da 3ª Câmara Cível do TJRJ para julgar o mandado de segurança originariamente" (fl. 230); e* ***(III)*** *"é vedado ao Poder Judiciário no julgamento da lide atuar como legislador positivo" (fl. 251).*

Contrarrazões apresentadas às fls. 272/288.

Recurso extraordinário (fls. 256/270), ao qual foi negado seguimento, conforme decisão de fls. 455/462.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 479/484.

É O RELATÓRIO. SEGUE A FUNDAMENTAÇÃO.

Registre-se, de logo, que a decisão recorrida foi publicada na vigência do CPC/73; por isso, no exame dos pressupostos de admissibilidade do recurso, será observada a diretriz contida no Enunciado Administrativo n. 2/STJ, aprovado pelo Plenário desta Corte, na Sessão de 9 de março de 2016 (Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/73 – relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016 – devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça).

A irresignação merece prosperar.

Na espécie, trata-se de recurso especial em mandado de segurança que questiona a aplicação de alíquota majorada de ICMS, no qual o Secretário de Estado da Fazenda do Rio de Janeiro figura como autoridade coatora.

No entanto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de reconhecer 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:

> *PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SECRETÁRIO DE ESTADO DA FAZENDA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. INAPLICABILIDADE. PRINCÍPIO DA NÃO SURPRESA. VIOLAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. REGRAS DE COMPETÊNCIA. OBSERVÂNCIA.*
>
> *1. 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.
2. 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.
3. "A decisão que averigua os requisitos legais e constitucionais para a admissão do recurso não viola o art. 10 do CPC/15, pois 'a aplicação do princípio da não surpresa não impõe, portanto, ao julgador que informe previamente às partes quais os dispositivos legais passíveis de aplicação para o exame da causa' (EDcl no REsp 1.280.825/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Quarta Turma, julgado em 27/06/2017, DJe de 1º/8/2017)" .
4. Afastadas as alegações de desrespeito aos princípios da economia, celeridade e efetividade processuais, uma vez que a autoridade desses princípios pressupõe o respeito às normas processuais, incluídas aí, por certo, as regras de competência.
5. Agravo interno não provido.
*(**AgInt no RMS n. 67.607/PR**, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 14/11/2022, DJe de 12/12/2022.)*

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. 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,** rel. Ministra Reginal Helena Costa, Primeira Turma, DJe de 15/12/2022.)*

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. DIREITO À APURAÇÃO DO CRÉDITO PRESUMIDO DE ICMS. LEI ESTADUAL 14.985/2006. ILEGITIMIDADE DO SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO. PROCESSO EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. AGRAVO INTERNO DO CONTRIBUINTE A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Trata-se, na origem, de mandado de segurança impetrado contra ato do Secretário da Fazenda do Estado do Paraná, no qual se pretende a abstenção, por parte da referida autoridade coatora, da aplicação da obrigação prevista nos arts. 615 e 616 do RICMS/PR, com a redação dada pelo Decreto Estadual 6.891/2012, mantendo seu direito à apuração do crédito presumido, na forma prescrita pela Lei Estadual 14.985/2006.

2. Observa-se que, na petição inicial, não há indicação de qualquer notificação ou ato praticado, ou que esteja na iminência de ser praticado, pelo Secretário de Estado da Fazenda, capaz de violar suposto direito líquido e certo do contribuinte, apto a justificar a impetração, ainda que na forma preventiva, limitando-se a impetrante a discorrer sobre o direito a garantir que os créditos presumidos de ICMS, a título de benefício fiscal instituído pela Lei 14.985/2006, sejam contabilizados no momento da apuração do crédito tributário.

3. O Secretário de Estado, agente político titular da pasta responsável pela administração tributária e implantação de políticas fiscais, no âmbito estadual, não detém atribuição legal específica para o exercício de função de arrecadação, fiscalização ou lançamento do ICMS.

4. Sobre o tema, a orientação jurisprudencial do STJ é firme no sentido de que o Secretário de Estado não possui legitimidade para figurar como autoridade coatora em mandado de segurança em que se pretende evitar o lançamento de tributos estaduais, haja vista 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 (MS 4.839/DF, Rel. Ministro ARI PARGENDLER). Precedentes:

AgInt no RMS 64.072/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/11/2020, DJe 24/11/2020; RMS 54.996/RN, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 6/6/2019, DJe 17/6/2019.

5. De outro lado, inexiste possibilidade de aplicação da teoria da encampação em face da hierarquia do Secretário de Estado sobre agentes fiscais vinculados à pasta, na medida em que 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.

6. Importante consignar, por fim, que 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 (AgInt no RMS 53.867/MG, Rel. Min. GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe 3.4.2019).
7. Em caso absolutamente idêntico, inclusive envolvendo as mesmas partes, cita-se, ainda, o RMS 58.703/PR, da relatoria do eminente Ministro SÉRGIO KUKINA, DJe 12/8/2022.
8. Nesse contexto, mantém-se, na íntegra, a decisão agravada, que extinguiu o processo sem resolução do mérito, pela ilegitimidade passiva da autoridade coatora.
9. Agravo interno do contribuinte a que se nega provimento.
*(**AgInt no RMS n. 51.711/PR**, relator Ministro Manoel Erhardt (Desembargador Convocado do TRF5), Primeira Turma, julgado em 5/12/2022, DJe de 7/12/2022.)*

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DA RESTRIÇÃO, ESTABELECIDA PELO DECRETO 44.945, DE 10/09/2014, DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, À ISENÇÃO DO ICMS, PREVISTA NA LEI ESTADUAL 4.177, DE 2003, COM AS ALTERAÇÕES DAS LEIS ESTADUAIS 5.703 E 5.814, DE 2010. 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 PARCIALMENTE PREJUDICADO O RECURSO ORDINÁRIO.
I. Trata-se, na origem, de Mandado de Segurança ajuizado contra o Secretário da Fazenda do Estado do Rio de Janeiro, a princípio perante o Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Nova Iguaçu/RJ, com o objetivo de assegurar o alegado direito líquido e certo da impetrante de não se sujeitar à restrição, estabelecida pelo Decreto 44.945, de 10/09/2014, do Estado do Rio de Janeiro, à isenção do ICMS, prevista na Lei estadual 4.177, de 2003, com as alterações das Leis estaduais 5.703 e 5.814, de 2010, ao argumento de que tal restrição seria ilegal, por suposta extrapolação dos limites do poder regulamentar, bem como declarar seu direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos, nos termos da Súmula 213 do STJ. Após o regular processamento do feito, com manifestação do Estado do Rio de Janeiro e informações da autoridade impetrada, o Juízo de 1º Grau declinou da competência e determinou a remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, para o julgamento originário da ação mandamental. No acórdão recorrido o Tribunal de origem denegou o Mandado de Segurança, por considerar consumado o prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias, previsto no art. 23 da Lei 12.016/2009, a contar de 10/09/2014, data da edição do Decreto estadual 44.945/2014, de vez que a impetração do mandamus deu-se em 16/04/2019,

ensejando a interposição do presente Recurso Ordinário.
II. Na forma da jurisprudência do STJ, não se aplica o prazo de decadência, previsto no art. 23 da Lei 12.016/2009 (art. 18 da Lei 1.533/51), em se tratando de impetração de mandado de segurança de natureza preventiva, sendo firme a orientação desta Corte, outrossim, no sentido de que, havendo obrigação de trato sucessivo, que se renova periodicamente, o marco inicial para a contagem do prazo decadencial não pode ser a data da norma cujos efeitos são impugnados. Em tal sentido: STJ, EREsp 546.259/PR, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, DJU de 12/9/2005; AgRg no Ag 1.160.776/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 13/11/2009; RMS 22.577/MT, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 21/10/2010; REsp 1.474.606/PE, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 6/10/2017; AgRg no REsp 742.767/MG, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, DJU de 3/10/2005; EREsp 1.164.514/AM, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, CORTE ESPECIAL, DJe de 25/2/2016; AgRg no AREsp 36.550/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 12/8/2016.
III. No caso - em que se trata de Mandado de Segurança que visa o reconhecimento do alegado direito ao não recolhimento do ICMS, relação de trato sucessivo -, extrai-se da petição inicial o caráter preventivo do Mandado de Segurança, que contém pedido, nos termos em que formulado, para "garantir o direito líquido e certo da impetrante de não se sujeitar ao recolhimento do ICMS com supedâneo ilegal, por ser isenta em suas atividades, bem como declarar seu direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos, nos termos da Súmula 213 do STJ". Assim, não há que se falar em decadência do direito à impetração do Mandado de Segurança, por se tratar de ação mandamental com caráter preventivo. No entanto, mesmo que afastado o fundamento do acórdão recorrido, ainda assim o processo deve ser extinto, de ofício, sem resolução do mérito, por motivação diversa.
IV. De acordo com os arts. 485, VI, § 3º, 337, XI, § 5º, 1.013 e 1.028 do CPC/2015 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.
V. 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 parte impetrante, a dar ensejo à impetração, ainda que na forma preventiva. Com efeito, a parte 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.

VI. A Primeira Seção do STJ, ao julgar o MS 4.839/DF (Rel. Ministro ARI PARGENDLER, DJU de 16/2/98), 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".

VII. A Primeira Turma do STJ, ao julgar o AgRg no RMS 36.846/RJ (Rel. Ministro ARI PARGENDLER, DJe de 7/12/2012), 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.

VIII. 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 a exigência de tributo. Nesse sentido: AgRg no RMS 42.792/CE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe de 11/3/2014; RMS 54.996/RN, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, DJe de 17/6/2019; AgInt no RMS 35.432/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, DJe de 19/11/2020; RMS 62.373/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe de 1º/7/2021. No mesmo sentido os seguintes precedentes da Primeira Turma desta Corte: RMS 16.708/TO, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJU de 18/4/2005; AgInt no RMS 51.519/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, DJe de 16/12/2016; AgInt no RMS 46.013/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, DJe de 29/8/2016; AgInt no RMS 55.310/RN, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, DJe de 31/10/2018; AgInt no RMS 49.232/MS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, DJe de 18/5/2016.

IX. Sobre a teoria da encampação, a Primeira Seção do STJ, nos autos do MS 10.484/DF (Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, DJU de 26/9/2005), 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. Inaplicabilidade, no caso, da 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 Rio de Janeiro.
X. Julgado extinto o presente Mandado de Segurança, sem resolução do mérito, logicamente não cabe ao STJ pronunciar-se sobre o mérito da causa, porquanto tal pronunciamento seria incompatível com a aludida decisão.
XI. Extinção do Mandado de Segurança, de ofício, sem resolução do mérito, com fundamento no art. 485, VI, § 3º, do CPC/2015. Mandado de Segurança denegado.
XII. Recurso Ordinário parcialmente prejudicado.
*(**RMS n. 68.200/RJ**, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 15/2/2022, DJe de 15/3/2022.)*

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS INCIDENTE SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. LEGISLAÇÃO ESTADUAL. ALÍQUOTA DE 29%. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA LEI EM TESE. NÃO CABIMENTO. SÚMULA N. 266/STF. ILEGITIMIDADE DA AUTORIDADE INDICADA COMO COATORA. NECESSIDADE DE COMPARAÇÃO DE ALÍQUOTAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7/STJ.
I - Na origem, o presente feito decorre de mandado de segurança impetrado em desfavor de ato praticado pelo Secretário de Estado da Fazenda do Paraná, consistente na determinação da exigibilidade do pagamento de ICMS sobre as operações de energia elétrica na alíquota de 29%, em obediência à legislação estadual paranaense que regulamenta esse imposto (art. 14, V, da Lei Estadual n. 11.580/1996 e art. 14, V, do RICMS/PR. No Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, a segurança foi denegada. Nesta Corte, não se conheceu do recurso ordinário.
II - Observa-se que a questão discutida nos autos se encontra com repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, por meio do RE n. 714.139/SC, Tema n. 745, entretanto, não havendo determinação de suspensão pela excelsa Corte, apresenta-se possível o prosseguimento da análise do presente recurso.
III - Verifica-se que, na hipótese dos autos, tem-se aplicável a Súmula n. 266/STF, tendo em vista que o mandamus se volta contra lei em tese, ou seja, lei estadual que estaria violando o princípio da seletividade.
IV - De outro giro, o Secretário da Fazenda Estadual não ostenta legitimidade para figurar no polo passivo do mandado de segurança que questiona a exigibilidade de tributos, in casu, *o ICMS.*
V - Nesse sentido, oportuno observar que, no mandado de segurança, considera-se autoridade coatora aquele que tem a atribuição de determinar o ato impugnado e não o que detém a competência para baixar as normas para a execução do ato. Consoante a pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não tendo o Secretário da Fazenda competência para efetivar o lançamento ex officio do tributo, deve ser afastada sua legitimidade

> *para integrar a relação processual.*
> *VI - Finalmente, observa-se, ademais, que, para aferir a apontada violação, seria necessário dilação probatória, na comparação de alíquotas de acordo com a utilidade dos bens em confronto, visando promover a justiça fiscal. Sobre o assunto, destacam-se: AgInt nos EDcl no RMS n. 35.040/RN, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maira Filho, Primeira Turma, julgado em 7/12/2017, DJe 15/12/2017; AgInt no RMS n. 58.354/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 26/2/2019, DJe 1/3/2019 e RMS n. 37.569/CE, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 20/6/2013, DJe 1/7/2013.*
> *VII - Agravo interno improvido.*
> *(**AgInt nos EDcl no RMS n. 58.576/PR**, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 29/6/2020, DJe de 1/7/2020.)*
>
> *Nesse contexto, de rigor reconhecer que o Secretário da Fazenda de Estado não é parte legítima para figurar como autoridade coatora no mandamus.*
> ***ANTE O EXPOSTO**, dou provimento ao Recurso Especial para extinguir o processo sem resolução de mérito, por ilegitimidade passiva do Secretário de Estado da Fazenda.*
> *Publique-se.*

Acerca das omissões indicadas nos aclaratórios, manteve-se a decisão primeva acrescida da seguinte fundamentação:

> *[…]*
> *Cumpre destacar que esta Corte Superior possui entendimento consolidado no sentido da inaplicabilidade da teoria da encampação à hipótese dos autos, porquanto implicaria em indevida alteração da competência jurisdicional para processamento do* mandamus. *Nesse sentido:*
>
> > *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. 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.)*

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SECRETÁRIO DE ESTADO DA FAZENDA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. INAPLICABILIDADE. PRINCÍPIO DA NÃO SURPRESA. VIOLAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. REGRAS DE COMPETÊNCIA. OBSERVÂNCIA.
1. 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.
2. 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.
3. "A decisão que averigua os requisitos legais e constitucionais para a admissão do recurso não viola o art. 10 do CPC/15, pois 'a aplicação do princípio da não surpresa não impõe, portanto, ao julgador que informe previamente às partes quais os dispositivos legais passíveis de aplicação para o exame da causa' (EDcl no REsp 1.280.825/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Quarta Turma, julgado em 27/06/2017, DJe de 1º/8/2017)" .
4. Afastadas as alegações de desrespeito aos princípios da economia, celeridade e efetividade processuais, uma vez que a autoridade desses princípios pressupõe o respeito às normas processuais, incluídas aí, por certo, as regras de competência.
5. Agravo interno não provido.
*(**AgInt no RMS n. 67.607/PR**, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 14/11/2022, DJe de 12/12/2022.)*

No mesmo sentido é a jurisprudência quanto à impossibilidade de emenda à inicial. A propósito:

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.

*(**AgInt no RMS n. 70.010/RJ**, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 25/4/2023, DJe de 2/5/2023.)*

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 n. 53.867/MG**, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 21/3/2019, DJe de 3/4/2019.)*

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. INSURGÊNCIA CONTRA COBRANÇA DO TRIBUTO. SECRETÁRIO DE ESTADO DE FAZENDA APONTADO COMO AUTORIDADE COATORA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. 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). EMENDA À INICIAL. IMPOSSIBILIDADE. ALTERAÇÃO DE COMPETÊNCIA. PRECEDENTES.
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, 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. "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 dos Recursos Repetitivos).
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. Precedentes: RMS 38.129/GO, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 01/08/2017; e AgRg no RMS 46.748/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 17/03/2015.
4. Agravo interno não provido.
*(**AgInt no RMS n. 54.535/RJ**, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 20/9/2018, DJe de 26/9/2018.)*

Diante disso, é forçoso concluir que os embargos declaratórios não podem

> *ser acolhidos, pois os aclaratórios traduzem, na verdade, o inconformismo com a decisão tomada, pretendendo rediscutir o que já foi decidido.*
> *Nesse panorama, inexistente qualquer obscuridade, contradição, omissão ou erro material no julgado embargado, conforme exige o artigo 1.022 do CPC/2015, impõe-se a rejeição dos presentes embargos de declaração.*
> ***ANTE O EXPOSTO**, rejeito os embargos de declaração.*

De início, oportuno consignar que matéria referente à legitimidade de Secretário de Estado da Fazenda é trazida ao STJ, na maior parte das vezes, no âmbito de recurso ordinário, o que autoriza que esta Corte de Justiça interprete a Constituição Estadual ou a legislação local para aferir essa condição da ação.

No entanto, o presente caso chegou pela via do recurso especial e, por força da Súmula 280/STF, esse veículo não permite a análise de leis locais.

Dito isso, verifica-se que, no presente caso, não é necessária a interpretação da legislação local para se concluir pela ilegitimidade do Secretário de Estado para figurar em mandado de segurança no qual se discute a exigibilidade de ICMS.

Com efeito, em pesquisa feita em julgados mais antigos que deram origem a esse entendimento jurisprudencial, verifica-se a existência de artigo de lei federal em discussão, a saber, o art. 142 do CTN, que possui o seguinte teor:

> **Art. 142.** *Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.*
> **Parágrafo único.** *A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.*

Nesse passo, confira-se o seguinte excerto do voto do **REsp 33.448/MT**, julgado nos idos de 1995 (g.a.):

> *[...]*
> *Em continuação, pois, já que ficou descogitada a questão contra a "lei em tese", centradas as razões do recurso, ainda no sítio das preliminares, sobeja apenas a apreciação da "ilegitimidade passiva **ad causam**" da autoridade indigitada como coatora (fls. 153 a 156).*
> *Colocado esse específico assunto, em que pesem as boas razões ditadas no v. aresto para desacolher a arguição, porfiando sobre a legitimidade*

passiva. ou não. do Sr. Secretário da Fazenda Estadual, urge recordar o fito da impetração:

> *"...coibir a ação fiscal consistente em autuações, imposição de multas o apreensão de mercadorias, suspendendo para tanto a exigibilidade do crédito tributário na forma do art 151, IV do Código Tributário Nacional, inclusive em relação ao diferencial entre alíquotas interna c interestadual."*
>
> .....
>
> *"a final ... decretando-se a ilegalidade na cobrança do ICMS das empresas indicadas no preâmbulo"(fl. 7).*

A motivação do alegado receio, segundo os Impetrantes. "... tem causas concretas, pois a ação fiscal já se mostra intensa, inclusive com a apreensão de mercadorias, em total desrespeito à Súmula 323 do STF .."(fl. 3).

Nesse contexto, bem destacadas as razões ensejadoras da impetração e erguido o seu objetivo, de prima, quanto à criticada ameaça, por inequívoca determinação, não se configura o exercício de ato concreto atribuível à autoridade indigitada corno coatora. Por essa vaga.

> *" .. numa imposição fiscal ilegal, atacável por mandado de segurança, o coator não é nem o Ministro ou o Secretário da Fazenda que expede instruções para a arrecadação de tributos, nem o funcionário subalterno que cientifica o contribuinte da exigência tributária: o coator e o chefe do serviço que arrecada o tributo e impõe as sanções fiscais respectivas usando do seu poder de decisão".(Hely Lopes Meirelles - in Mandado de Segurança - p. 43 - Malheiros Editores - 15ª edição)*

Sob a réstia dessas considerações, era face da inspiração do "mandamus" impetrado e considerada a pretensão, a final, formulada, não há que se averiguar da competência da autoridade para corrigir ou desfazer a acenada ilegalidade, porque a dita ameaça só partiria do funcionário capacitado e com meios apropriados à efetiva fiscalização e para fazer a concreta exigência apontada como ilegal, da qual adviria um ato iminente e lesivo. Nesse diapasão, não se divisa ameaça concreta e palpável de parte do Secretário da Fazenda, qualificado como coator.

Enfim, na espécie, não se prefigurou constrição ou sua ameaça por ato ou comportamento da referida autoridade, uma vez que o simples comando geral, cujo sonido foi tomado como ameaça ao alegado direito líquido e certo, é impessoal e abstrato. Justaponha-se que o Secretário da Fazenda, por si, não aplica a lei ou resoluções genéricas. São impostos aos administrados pelas autoridades que realizam a fiscalização.

Por evidente, no plano genérico, ainda que, hierarquicamente, seja a superior autoridade fazendária, no caso, em absoluto, concretizou ou determinou específica exigência fiscal contra as Impetrantes. Mesmo porque - é do bom senso - não tem competência para lançar, inscrever e exigir tributos, certamente, atos entregues a outras autoridades fiscais. Demais, apesar do relevo da função, salvo em grau de recurso administrativo, obedecido o devido processo legal, não pode impedir a fiscalização e lançamento tributário previstos em lei (art. 142 e Parágrafo único, CTN -; Lei 6.830/80, Art. 2º, § 3º).

Eis a ementa do julgado:

> *MANDADO DE SEGURANÇA. PREVENTIVO. PROCESSUAL CIVIL. AUTORIDADE COATORA. AMEAÇA INDEMONSTRADA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. EXTINÇÃO DO PROCESSO (ART. 267, VI, CPC).*
> *1. O SECRETARIO DA FAZENDA, SOB A RESTIA DE SIMPLES COMANDO GERAL, POR SI, NÃO APLICA AS LEIS E RESOLUÇÕES E NÃO TEM COMPETÊNCIA PARA LANÇAR, INSCREVER E EXIGIR TRIBUTOS, ATIVIDADES ATRIBUÍDAS A OUTRAS AUTORIDADES FISCAIS. DEMAIS, SALDO EM GRAU DE RECURSO ADMINISTRATIVO, OBEDECIDO O DEVIDO PROCESSO LEGAL, NÃO PODE IMPEDIR O LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO PREVISTO EM LEI (ART. 142 E PARAGRAFO ÚNICO, CTN - LEI 6.830/80, ART. 2., PARÁGRAFO 3.).*
> *2. INDEMONSTRADA AMEAÇA CONCRETA OU PALPÁVEL DE PARTE DO SECRETARIO DA FAZENDA, NÃO SE LEGITIMA PASSIVAMENTE COMO AUTORIDADE COATORA.*
> *3. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.*
> *4. RECURSO PROVIDO.*
> (**REsp n. 37.448/MT**, relator Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, DJ de 23/10/1995, p. 35621.)

Além disso, no caso concreto, a Corte carioca valeu-se da interpretação do art. 119 do CTN para compreender pela legitimidade da autoridade indicada como coatora. Veja-se o fragmento pertinente (fl. 141):

> *Rejeita-se, também, a preliminar de ilegitimidade passiva, uma vez que a autoridade apontada como coatora é a responsável pela cobrança do ICMS, agindo pelo sujeito ativo da obrigação tributária, conforme se depreende do art. 119, do CTN, sendo, portanto, da sua competência a suspensão da referida cobrança.*
> *Em consonância com a Teoria do órgão, o pólo passivo da ação mandamental é ocupado pela pessoa jurídica de direito público, e não se altera por uma eventual indicação errônea do agente praticante do ato ilegal. Ademais, admite-se a indicação daquele que, embora não tenha praticado o ato, possua atribuição para corrigir a ilegalidade, que é exatamente o caso dos autos.*

Assim, não há mesmo falar em incidência, à espécie, do obstáculo à Súmula 280/STF.

Ademais, 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 18/4/2005, p. 212).

Em reforço:

> *MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIDADE COATORA. OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA SUJEITA AO REGIME DO LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.*
> *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.*
> *Autoridade coatora, nesse caso, é aquela que tem competência para o lançamento ex officio, que certamente não é o Secretário de Estado da Fazenda.*
> (**AgRg no RMS n. 36.846/RJ,** relator Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, DJe de 7/12/2012.)

Dessa forma, é assente a jurisprudência das Turmas que compõem a Primeira Seção deste STJ pela ilegitimidade do Secretário de Estado da Fazenda para figurar no polo passivo de mandado de segurança em que se discute a exigibilidade de tributos.

A propósito:

> *TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. INSURGÊNCIA CONTRA COBRANÇA DO TRIBUTO. SECRETÁRIO DE ESTADO DE FAZENDA APONTADO COMO AUTORIDADE COATORA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. INAPLICABILIDADE. SÚMULA 628/STJ.*
> *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 628/STJ).*
> *3. Não é possível valer-se da teoria da encampação na espécie, uma vez que haveria alteração de competência jurisdicional, pois cabe originariamente ao Tribunal de Justiça Estadual o julgamento de mandado de segurança contra ato de Secretário de Estado (art. 101, VII, b, da Constituição do Estado do Paraná), prerrogativa de foro não extensível servidor responsável pelo lançamento.*
> *4. Agravo interno não provido.*

(**AgInt no RMS n. 66.768/PR**, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 11/5/2023.)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ISENÇÃO TRIBUTÁRIA. IPVA E ICMS. ILEGITIMIDADE PASSIVA. SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. INAPLICABILIDADE. RECURSO PROVIDO.
1. É pacífico o entendimento no STJ de que, para que se considere encampado o ato da autoridade inferior, além de haver vínculo hierárquico, deve ser o órgão julgador competente para o julgamento, na via mandamental, de ambas as autoridades.
2. Inaplicável, in casu, a Teoria da Encampação, pois, malgrado o Secretário de Estado da Fazenda ter defendido o mérito do ato atacado pelo mandamus, sua indicação como autoridade coatora modifica a regra de competência jurisdicional do Tribunal de Justiça.
3. Recurso Especial provido, para extinguir o feito sem julgamento do mérito, tendo em vista o reconhecimento da ilegitimidade passiva.
(**REsp n. 1.656.756/MG**, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 5/5/2017.)

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA RESERVADA DE POTÊNCIA. AUTORIDADES APONTADAS COMO COATORAS (GOVERNADOR DO ESTADO E CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA). ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. INAPLICABILIDADE. AMPLIAÇÃO INDEVIDA DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM "RESOLUÇÃO" DO MÉRITO.
1. O Governador do Estado é parte ilegítima para figurar no pólo passivo do mandado de segurança, no qual se pretende a declaração de inexigibilidade do ICMS sobre a demanda reservada de energia elétrica, por configurar autoridade estranha à cobrança e arrecadação do tributo estadual (Precedentes do STJ: RMS 21.748/MT, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 9.6.2009, DJe 1º.7.2009; e REsp 804.249/MT, Rel. Ministra Eliana Calmon, Rel. p/ Acórdão Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 19.05.2009, DJe 1º.7.2009).
2. In casu, cuida-se de mandado de segurança impetrado por empresa consumidora de energia elétrica, perante o Tribunal de Justiça Estadual, contra suposto ato abusivo do Governador do Estado do Mato Grosso e do Presidente das Centrais Elétricas Matogrossenses - CEMAT, objetivando a declaração da inexigibilidade de ICMS sobre a "demanda reservada de potência".
3. A teoria da encampação é aplicável ao mandado de segurança tão-somente quando preenchidos os seguintes requisitos: (i) existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; (ii) ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal; e (iii) manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas (Precedente da Primeira Seção: MS 12.779/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 13.2.2008, DJe 3.3.2008).

> *4. A doutrina abalizada nos revela que: "Coator é a autoridade superior que pratica ou ordena concretamente e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado e responde pelas suas consequências administrativas; executor é o agente subordinado que cumpre a ordem por dever hierárquico, sem se responsabilizar por ela. Exemplificando: numa imposição fiscal ilegal, atacável por mandado de segurança, o coator não é nem o Ministro ou o Secretário da Fazenda que expede instruções para a arrecadação de tributos, nem o funcionário subalterno que cientifica o contribuinte da exigência tributária; o coator é o chefe do serviço que arrecada o tributo e impõe sanções fiscais respectivas, usando o seu poder de decisão" (Hely Lopes Meirelles, in "Mandado de Segurança, Ação Popular, …", 28ª ed., atualizada por Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, Malheiros Editores, São Paulo, 2005, pág. 63) 5. Destarte, a teoria da encampação é inaplicável no caso concreto.*
> *Isto porque, malgrado o Governador do Estado de Mato Grosso tenha defendido o mérito do ato, sua indicação como autoridade coatora implica em alteração na competência jurisdicional, uma vez que cabe originariamente ao Tribunal de Justiça Estadual o julgamento de mandado de segurança contra ato do Governador do Estado, prerrogativa de foro não extensível ao servidor responsável pela arrecadação do ICMS cobrado sobre a demanda reservada de potência.*
> *5. O artigo 6º, § 5º, da Lei 12.016/2009, preceitua que se impõe a denegação do mandado de segurança nos casos previstos no artigo 267, do CPC (causas de extinção do processo sem "resolução" de mérito).*
> *6. Mutatis mutandis, é certo que "se no exame de recurso em mandado de segurança é reconhecida a ilegitimidade passiva de autoridade que tem foro especial, não pode ser aproveitada a decisão meritória em relação às autoridades remanescentes" (EREsp 697.082/BA, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 14.03.2007, DJ 16.04.2007).*
> *7. Recurso especial provido, reformando-se o acórdão regional para decretar a extinção do mandado de segurança sem "resolução" do mérito, ante a carência da ação (artigo 267, VI, do CPC).*
> (**REsp n. 818.473/MT**, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 17/12/2010.)

Além disso, esta Corte Superior possui entendimento consolidado no sentido da inaplicabilidade da teoria da encampação à hipótese dos autos, porquanto, como Secretário de Estado, possui foro especial de julgamento e sua retirada implicaria indevida alteração da competência jurisdicional para processamento do *mandamus*.

Em complemento:

> *TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. INSURGÊNCIA CONTRA COBRANÇA DO TRIBUTO. SECRETÁRIO DE ESTADO DE FAZENDA APONTADO COMO AUTORIDADE COATORA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. INAPLICABILIDADE. SÚMULA 628/STJ.*
> *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 628/STJ).*
> *3. Não é possível valer-se da teoria da encampação na espécie, uma vez que haveria alteração de competência jurisdicional, pois cabe originariamente ao Tribunal de Justiça Estadual o julgamento de mandado de segurança contra ato de Secretário de Estado (art. 101, VII, b, da Constituição do Estado do Paraná), prerrogativa de foro não extensível servidor responsável pelo lançamento.*
> *4. Agravo interno não provido.*
> (**AgInt no RMS n. 66.768/PR**, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 11/5/2023.)
>
> *PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. INAPLICABILIDADE. SÚMULA 628/STJ. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ.*
> *1. Inexiste ofensa ao art. 535, II, do CPC/1973 (com equivalência parcial no art. 1.022 do CPC/2015), diante da expressa manifestação do Tribunal local, apenas não tendo sido adotada a tese defendida pelo recorrente.*
> *2. Nos termos do enunciado da Súmula 628 do STJ, para que seja caracterizada a Teoria da Encampação, não basta a manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas pela autoridade apontada como coatora, é essencial a existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado, assim como a ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal. Incidência da Súmula 628/STJ.*
> *3. Agravo interno a que se nega provimento.*
> (**AgInt no AREsp n. 478.881/MG**, relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe de 15/4/2019.)

Por fim, o *decisum* hostilizado mostra-se escorreito ao pontuar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pela impossibilidade de emenda à inicial no caso dos autos quando tal indicação implique alteração da competência jurisdicional. Nessa linha:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/1973. NÃO DEMONSTRAÇÃO. SÚMULA 284 DO STF. MANDADO DE SEGURANÇA. EMENDA À INICIAL. CORREÇÃO DA AUTORIDADE APONTADA COATORA. MODIFICAÇÃO DE COMPETÊNCIA TERRITORIAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia" (Súmula 284 do STF).

2. Hipótese em que a recorrente não teceu nenhuma fundamentação concreta que justificasse a sua irresignação quanto à violação do art. 535, II, do CPC/1973, o que atrai o óbice de conhecimento.

3. O Superior Tribunal de Justiça admite a emenda à petição inicial de mandado de segurança para a correção de equívoco na indicação da autoridade coatora, desde que a retificação do polo passivo não implique, diversamente do que ocorreu no caso, alterar a competência judiciária e desde que a autoridade erroneamente indicada pertença à mesma pessoa jurídica da autoridade de fato coatora. Precedentes.

4. O mandado de segurança foi extinto sem resolução de mérito, prejudicando a análise da alegada violação ao art. 22, I, da Lei n. 8.212/1991, arts. 26 e 79 da Lei n. 11.941/2009, art. 74 da Lei n. 9.430/1996, arts. 3º e 4º da Lei Complementar n. 118/2005 e art. 170-A do CTN, por ausência de prequestionamento (Súmula 282 do STF).

5. Agravo interno desprovido.

(**AgInt no REsp n. 1.505.709/SC**, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe de 19/8/2016.)

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.
(**AgInt no RMS n. 70.010/RJ**, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 2/5/2023.)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. COBRANÇA DE DIFERENCIAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SECRETÁRIO DE ESTADO. IMPOSSIBILIDADE DE EMENDA DA INICIAL PARA ALTERAÇÃO DA AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA. MODIFICAÇÃO DA COMPETÊNCIA. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DA EXIGÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO EM RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO NÃO PROVIDO.
1. O Mandado de Segurança foi impetrado contra ato atribuído ao Secretário da Fazenda do Estado da Bahia objetivando afastar a cobrança de diferencial de alíquota de ICMS (DIFAL) nas vendas para pessoas físicas e jurídicas não contribuintes do ICMS. Entretanto, 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.
2. Não se desconhece o entendimento firmado pelo STF em Repercussão Geral no RE 1.287.019DF, 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".
3. 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 no 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. A propósito: AgInt no RMS 63.558/MA, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 31.5.2021; RMS 68.112/MA, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 27.9.2022; AgInt no RMS 35.432/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 19.11.2020; e EDcl no RMS 67.101/RJ, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 16.12.2021.

4. Não prospera a alegação de que não houve prequestionamento em relação à matéria referente à ilegitimidade passiva do Secretário de Fazenda Estadual. Isso porque "o recurso ordinário, interposto na forma dos §§2ºe 3º art. 1.028 do CPC para o STF ou STJ, quando denegatória a decisão proferida em mandado de segurança, contém os mesmos requisitos da apelação, aplicando-se-lhe a disciplina própria desta última. Assim, não se exige, para a interposição do recurso ordinário, prequestionamento nem qualquer outro requisito próprio dos recursos extraordinário e especial." (CUNHA, Leonardo Carneiro. A Fazenda Pública em Juízo. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 591, grifei).

5. Por fim, a recorrente aponta que não foi previamente intimada para se manifestar sobre a matéria. Sobre o princípio da vedação de decisão surpresa, a jurisprudência do STJ é de que: i) "nos termos da jurisprudência do STJ, não cabe alegar surpresa se o resultado da lide encontra-se previsto objetivamente no ordenamento disciplinador do instrumento processual utilizado e insere-se no âmbito do desdobramento causal, possível e natural, da controvérsia" (REsp 1.823.551/AM, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 11/10/2019), e ii) "não há que se falar em violação à vedação da decisão surpresa quando o julgador, examinando os fatos expostos na inicial, juntamente com o pedido e a causa de pedir, aplica o entendimento jurídico que considerada coerente para a causa" (AgInt nos EDcl no REsp 1.864.731/SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 26.4.2021).

6. Não há como se presumir prejuízo à recorrente, de modo que o reconhecimento de vício que enseja a anulação de decisão processual exige a efetiva demonstração de prejuízo por parte do recorrente (pas de nullité sans grief). No caso dos autos, a agravante não demonstra a imprecisão da decisão recorrida relativamente à ilegitimidade passiva do Secretário de Fazenda Estadual, de modo que não há que se declarar a nulidade. Nesse sentido: REsp 1.816.332/PA, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 13.9.2019.

7. Agravo Interno não provido.

(**AgInt nos EDcl no RMS n. 70.168/BA**, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 4/4/2023.)

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

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2023/0037954-4 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgInt nos EDcl no REsp 2.050.950 / RJ**

Números Origem: 00332969620098190000 00517866920098190000 200900400232 201013503740 332969620098190000 517866920098190000

PAUTA: 21/11/2023 JULGADO: 21/11/2023

Relator
Exmo. Sr. Ministro **SÉRGIO KUKINA**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro PAULO SÉRGIO DOMINGUES

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. JOSE AUGUSTO TORRES POTIGUAR

Secretária
Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	:	ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR	:	JOSÉ ROBERTO P C FAVERET CAVALCANTI
RECORRIDO	:	MUNICIPIO DE MIGUEL PEREIRA
ADVOGADO	:	PEDRO SOLIA PAMPLONA - RJ126219

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

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE	:	MUNICIPIO DE MIGUEL PEREIRA
ADVOGADO	:	PEDRO SOLIA PAMPLONA - RJ126219
AGRAVADO	:	ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO	:	JOSÉ ROBERTO P C FAVERET CAVALCANTI

CERTIDÃO

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

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

Os Srs. Ministros Regina Helena Costa, Gurgel de Faria(que ressalvou o seu ponto de vista) e Paulo Sérgio Domingues votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.