



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgInt no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 71261 - MA
(2023/0140060-5)**

RELATOR : **MINISTRO SÉRGIO KUKINA**
AGRAVANTE : DAIKIN AR CONDICIONADO BRASIL LTDA
OUTRO NOME : DAIKIN MCQUAY AR CONDICIONADO BRASIL LTDA.
ADVOGADOS : MARCELO SALLES ANNUNZIATA - SP130599
PRISCILA FARICELLI DE MENDONÇA - SP234846
AGRAVADO : ESTADO DO MARANHÃO
PROCURADOR : EDUARDO PHILIPPE MAGALHÃES DA SILVA

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. INSURGÊNCIA CONTRA COBRANÇA DO TRIBUTO. SECRETÁRIO DE ESTADO DE FAZENDA APONTADO COMO AUTORIDADE COATORA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. INAPLICABILIDADE. SÚMULA 626/STJ. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. PARTE DISPOSITIVA DA DECISÃO. CORREÇÃO. NECESSIDADE.

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: Precedentes: **AgInt no RMS n. 70.010/RJ**, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 2/5/2023; **AgInt no RMS n. 69.657/RJ**, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe de 15/12/2022; **RMS n. 68.200/RJ**, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe de 15/3/2022; e **AgInt no RMS n. 63.558/MA**, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 31/5/2021.

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

3. Não é possível valer-se da teoria da encampação na espécie, uma vez que haveria alteração de competência jurisdicional, pois cabe originariamente ao Tribunal de Justiça Estadual o julgamento de mandado de segurança contra ato de Secretário de Estado (art. 81,

VI, da Constituição do Estado do Maranhão), prerrogativa de foro não extensível a servidor responsável pelo lançamento.

4. A ilegitimidade da autoridade coatora é questão que antecede a análise do mérito da controvérsia e passível de conhecimento em qualquer grau de jurisdição, em sede ordinária, sendo causa de extinção da ação sem resolução do mérito (art. 485, VI, § 3º, do CPC).

5. Agravo interno parcialmente provido, para corrigir a parte dispositiva da decisão agravada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 07/11/2023 a 13/11/2023, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Sérgio Domingues.

Brasília, 13 de novembro de 2023.

Sérgio Kukina
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgInt no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 71261 - MA
(2023/0140060-5)**

RELATOR : **MINISTRO SÉRGIO KUKINA**
AGRAVANTE : DAIKIN AR CONDICIONADO BRASIL LTDA
OUTRO NOME : DAIKIN MCQUAY AR CONDICIONADO BRASIL LTDA.
ADVOGADOS : MARCELO SALLES ANNUNZIATA - SP130599
PRISCILA FARICELLI DE MENDONÇA - SP234846
AGRAVADO : ESTADO DO MARANHÃO
PROCURADOR : EDUARDO PHILIPPE MAGALHÃES DA SILVA

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. INSURGÊNCIA CONTRA COBRANÇA DO TRIBUTO. SECRETÁRIO DE ESTADO DE FAZENDA APONTADO COMO AUTORIDADE COATORA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. INAPLICABILIDADE. SÚMULA 626/STJ. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. PARTE DISPOSITIVA DA DECISÃO. CORREÇÃO. NECESSIDADE.

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: Precedentes: **AgInt no RMS n. 70.010/RJ**, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 2/5/2023; **AgInt no RMS n. 69.657/RJ**, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe de 15/12/2022; **RMS n. 68.200/RJ**, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe de 15/3/2022; e **AgInt no RMS n. 63.558/MA**, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 31/5/2021.

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

3. Não é possível valer-se da teoria da encampação na espécie, uma vez que haveria alteração de competência jurisdicional, pois cabe originariamente ao Tribunal de Justiça Estadual o julgamento de mandado de segurança contra ato de Secretário de Estado (art. 81, VI, da Constituição do Estado do Maranhão), prerrogativa de foro não extensível a servidor responsável pelo lançamento.

4. A ilegitimidade da autoridade coatora é questão que antecede a análise do mérito da controvérsia e passível de conhecimento em qualquer grau de jurisdição, em sede ordinária, sendo causa de extinção da ação sem resolução do mérito (art. 485, VI, § 3º, do CPC).

5. Agravo interno parcialmente provido, para corrigir a parte dispositiva da decisão agravada.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SÉRGIO KUKINA (Relator): Trata-se de agravo interno manejado por **Daikin Ar Condicionado Brasil Ltda.**, desafiando decisão de fls. 370/373, que negou provimento ao recurso ordinário, pelo reconhecimento da ilegitimidade da autoridade apontada como coatora para figurar no polo passivo do presente *mandamus*.

A parte agravante, em suas razões, sustenta, em síntese, que: (I) "quando da indicação da autoridade coatora no momento da distribuição do presente *mandamus*, a AGRAVANTE fez a ressalva de que estaria impetrando a inicial em face do Secretário da Fazenda do Estado do Maranhão "ou quem lhe faça as vezes no exercício da coação impugnada" (fl. 381) e "considerando que há resolução de demanda favorável ao contribuinte proferida por este próprio C. STJ em demanda semelhante, no sentido de provimento do recurso ordinário para que sejam remetidos os autos à origem para possível emenda da inicial/retificação de ofício da autoridade impetrada, imprescindível que se aplique o mesmo racional no caso ora em análise, sob pena de afronta ao princípio da segurança jurídica" (fl. 383); (II) "o I. Secretário da Fazenda do Estado do Maranhão e o próprio Estado do Maranhão [...] em nenhum momento questionaram a responsabilidade para arrecadação do ICMS-DIFAL ou mesmo ilegitimidade para figurar no polo passivo do writ" (fl. 383); (III) "se denegada a ordem, a AGRAVANTE poderá se ver privada de afastar a exigência do ICMS-DIFAL no tocante a fatos geradores ocorridos antes da vigência da Lei Complementar 190/2022, diante da modulação decretada pelo STF ao julgar o Tema 1093 (afinal, o presente writ foi ajuizado em 13.11.2020 e, pela modulação, ações ajuizadas posteriormente a 24.02.2021 não aproveitarão os efeitos da tese fixada pelo C. STF" (fl. 385). Subsidiariamente, "na hipótese de se entender pela denegação da ordem, requer seja parcialmente reformada a decisão, consignando-se que a denegação do writ teria sido sem julgamento de mérito, conforme artigo 485, VI, do CPC" (fl. 388).

Aberta vista à parte agravada, o Estado do Maranhão apresentou impugnação às fls. 409/414, postulando o desacolhimento do recurso.

É O RELATÓRIO.

VOTO

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

Cuidam os autos, originariamente, de mandado de segurança impetrado por Daikin McQuay Ar Condicionado Brasil Ltda, contra ato atribuído ao Secretário da Fazenda do Estado do Maranhão, visando decisão judicial que resguarde seu direito líquido e certo de não recolher o ICMS-DIFAL nas vendas para consumidor final não contribuinte do ICMS.

O Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão denegou a segurança, em aresto assim ementado (fl. 184):

TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS-DIFAL. ADI N.º 5469 . RE N.º 1.287.019 . CONVÊNIO 87/2015. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. MODULAÇÃO DE EFEITOS. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. AUSÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE n.º 1.287.019, definiu a seguinte tese: “A cobrança do diferencial de alíquota alusiva ao ICMS, conforme introduzido pela emenda EC 87/2015, pressupõe a edição de lei complementar veiculando normas gerais”.

2. Com a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade para o exercício financeiro de 2022, as cláusulas 1ª, 2ª, 3ª e 6ª do Convênio ICMS n.º 93/2015 – CONFAZ, e as Leis dos Estados e do Distrito Federal que disciplinam o ICMS-DIFAL, puderam ser aplicadas diante das respectivas hipóteses de incidência até o final do ano de 2021, quando sobreveio a edição da Lei Complementar Federal n.º 190/2022, como no caso.

3. A impetrante não demonstrou a possível prática de ato pela autoridade apontada coatora, que possa ser atribuído o caráter de ilegal ou abusivo, de modo que, na presente situação, não é possível o reconhecimento de direito líquido e certo passível de ser assegurado pelo presente writ.

4. Segurança denegada.

Os embargos de declarações opostos foram rejeitados, nos termos do acórdão de fls. 231/240.

No recurso ordinário, a parte recorrente se vale da seguinte argumentação(fl. 259):

(i) o v. acórdão ora recorrido está eivado de nulidade, pois carece de fundamentação, ao deixar de analisar as provas acostadas aos autos, o que contraria frontalmente o disposto do art. 489, II, §1º, IV, do CPC;

(ii) o v. acórdão recorrido contraria o posicionamento firmado por este E. STJ no que diz respeito ao cabimento de mandado de segurança preventivo impetrado contra potencial ato coator a ser praticado pela autoridade coatora, cuja atuação é vinculada, na forma do art. 142 do Código Tributário Nacional (CTN); e (iii) a exigência do ICMS-DIFAL nas operações de venda para consumidor final não contribuinte do ICMS no Estado do Maranhão, com base no art. 5º, §1º, inc. VI, da Lei Estadual 7.799/02, é inadmissível, porque manifestamente ilegal e inconstitucional, seja por conta (a) da tese firmada no Tema 1.093 da repercussão geral pelo E. STF; ou (ii) em decorrência da publicação da Lei Complementar (LC) 190/2022 na medida em que o ICMS-DIFAL somente poderia ser cobrado a partir de 01.01.2023, em observância princípio tributário da anterioridade - anual e nonagesimal -, nos termos do art. 150, inc. III, alíneas ‘b’ e ‘c’, da CF/88.

Aberta vista à parte recorrida, o Estado do Maranhão apresentou impugnação às fls. 280/293, postulando o não conhecimento do recurso, pelo obstáculo da Súmula 266/STF, e, no mérito, o seu desprovemento.

O Ministério Público Federal, em parecer do Subprocurador-Geral da República Edson Oliveira de Almeida (fls. 316/319), manifestou-se pela extinção do feito sem resolução do mérito, pela ilegitimidade da autoridade apontada como coatora.

Intimei ambos os litigantes a se manifestarem sobre a questão da legitimidade da autoridade apontada como coatora, em atenção ao princípio da não surpresa, previsto no art. 10 do CPC (fl. 321).

Foi então que a parte ora recorrente se manifestou às fls. 336/368 e o Estado do Maranhão apresentou a petição de fls. 327/335.

Vieram os autos conclusos.

É O RELATÓRIO. SEGUE A FUNDAMENTAÇÃO.

A irresignação não comporta acolhimento.

Como cediço, a autoridade coatora é aquela que "que detém atribuição para adoção das providências tendentes a executar ou corrigir o ato combatido" (RMS 16.708/TO, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 18/4/2005, p. 212).

Na espécie, o ato atacado foi atribuído ao Secretário de Estado da Fazenda do Maranhão, questionando-se na presente ação a cobrança de ICMS-DIFAL.

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

Com efeito, a própria Constituição Estadual determina que compete aos Secretários de Estado as funções de assessoramento e supervisão, consoante se observa do art. 69 desse diploma, verbis:

Art. 69 – Compete aos Secretários de Estado ou ocupantes de cargo equivalente, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei. (modificado pela Emenda à Constituição nº 023, de 18/12/98).

I – exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração estadual na área de sua competência e referendar os atos e decretos assinados pelo Governador;

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

III – apresentar ao Governo do Estado relatório anual dos serviços realizados na Secretaria;

IV – praticar os Atos pertinentes às atribuições que lhe forem outorgadas pelo Governador do Estado;

V – propor ao Governador, anualmente, o orçamento de sua pasta;

VI – delegar suas atribuições a seus subordinados por ato expresso.

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

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. ALEGAÇÃO DE COBRANÇA INDEVIDA DE ICMS SOBRE TUST E TUSD AUTORIDADE COATORA. SECRETÁRIO DE ESTADO. ILEGITIMIDADE PASSIVA.

1. Trata-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado por Indústria de Compensados Sudati Ltda., ora recorrente, tendo como autoridade coatora o Secretário da Fazenda do Estado do Paraná, em virtude de incidência do ICMS sobre os valores cobrados pelo uso do sistema de distribuição e transmissão de energia elétrica.

2. O Tribunal de origem entendeu que "o Secretário de Estado da Fazenda não possui legitimidade para figurar como autoridade coatora em mandados de segurança nos quais se discute a constituição e cobrança de tributos, isto porque o mesmo apenas orienta os órgãos subordinados a respeito da aplicação da lei no âmbito administrativo, não sendo este que ordena, tampouco pratica o ato de cobrança de tributos, agindo, portanto, apenas de maneira fiscalizatória" (fl. 224, e-STJ).

3. Com efeito, o Secretário de Estado é o agente político livremente

escolhido pelo Governador para auxiliá-lo na elaboração e implantação das políticas fiscais, o que não se confunde com lançamento, cobrança de ICMS ou análise de pedidos de restituição (RMS 29.478/PA, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 23/6/2010).

4. O STJ tem firme jurisprudência no sentido de que Secretário de Estado não possui legitimidade para figurar no polo passivo de Mandado de Segurança em que se discute incidência de tributos, "na medida em que referida autoridade apenas edita comandos gerais para a fiel execução da lei, não agindo diretamente na execução da lavratura de auto de infração tributária" (RMS 38.129/GO, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 18/5/2017, DJe 1º/8/2017. Nesse sentido: REsp 1.656.756/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 5/5/2017; RMS 49.806/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19/12/2016; AgInt no RMS 51.519/MG, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 16/12/2016; RMS 43.239/GO, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, Je 11/5/2016; AgRg no RMS 38.355/MS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 2/8/2013.

5. Agravo Interno não provido.

(AgInt no RMS 64.072/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 24/11/2020)

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

1. Os recursos em mandado de segurança dirigidos ao Superior Tribunal de Justiça são apreciados em sede de jurisdição ordinária, o que enseja o conhecimento de ofício de questões de ordem pública, entre elas a alusiva às condições da ação, no caso, especificamente, a relacionada com a legitimidade passiva da autoridade apontada como coatora.

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

3. "A jurisprudência deste STJ compreende não ser possível autorizar a emenda da inicial para correção da autoridade indicada como coatora nas hipóteses em que tal modificação implica em alteração de competência jurisdicional. Isso porque compete originariamente ao Tribunal de Justiça Estadual o julgamento de mandado de segurança 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).

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no RMS 53.867/MG, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 3/4/2019)

Na espécie, o Tribunal Local denegou a segurança, por entender "ausente a prova pré-constituída, apta a subsidiar a certeza e a liquidez do direito invocado para buscar obstacularizar a possível prática do ato administrativo impugnado" (fl. 189).

Assim, ainda que por fundamento diverso (ilegitimidade da autoridade apontada como coatora para figurar no polo passivo do presente mandamus), deve ser mantido o acórdão recorrido.

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

Publique-se.

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

Em reforço:

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.)

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, DJe de 15/12/2022.)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DA RESTRIÇÃO, ESTABELECIDADA 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 16/02/98), 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".

VII. 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.

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 11/03/2014; RMS 54.996/RN, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, DJe de 17/06/2019; 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 01/07/2021. No mesmo sentido os seguintes precedentes da Primeira Turma desta Corte: RMS 16.708/TO, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJU de 18/04/2005; 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 29/08/2016; 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 18/05/2016.

IX. Sobre a teoria da encampação, a Primeira Seção do STJ, nos autos do MS 10.484/DF (Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, DJU de 26/09/2005), 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. 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, DJe de 15/3/2022.)

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 n. 63.558/MA, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 31/5/2021.)

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

I. Esta Corte de Justiça consolidou o entendimento de que o Secretário de Fazenda do Estado não é parte legítima para figurar como autoridade coatora

em mandados de segurança em que se discute a exigibilidade de tributos, não havendo falar, de outro lado, na possibilidade de encampação nem em eventual poder hierárquico sobre seus subordinados, uma vez que sua presença indevida no mandamus altera a competência para o julgamento da ação mandamental (AgInt no RMS 53.867/MG, Rel. Min. GURGEL DE FARIA, DJe 3.4.2019).

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

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

(AgInt no RMS 34.860/RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 20/5/2019)

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

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

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

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

IV - O reconhecimento da ilegitimidade do Secretário de Estado da Tributação do Rio Grande do Norte para figurar no polo passivo do mandado de segurança impetrado com o intuito de discutir a base de cálculo do ICMS decorre, igualmente, da impossibilidade de aplicação, ao caso em tela, da Teoria da Encampação, porquanto a retificação da autoridade coatora importaria, necessariamente, a alteração do Órgão Julgador da ação mandamental. Precedentes: AgInt no RMS n. 49.232/MS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 5/5/2016, DJe 18/5/2016; AgInt no RMS n. 53.867/MG, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 21/3/2019, DJe 3/4/2019; e AgInt no RMS n. 58.354/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 26/2/2019, DJe 1º/3/2019.

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

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

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

626/STJ. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO AUTÔNOMO. VIA MANDAMENTAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 266/STF. ENTENDIMENTO DA PRIMEIRA SEÇÃO FIRMADO PELO RITO DO ART. 543-C DO CPC/73 (REsp 1.119.872/RJ).

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

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

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

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

5. Agravo interno não provido.

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

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

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

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

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

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

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

VI - Agravo Interno improvido.

(AgInt no RMS 56.103/MG, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 30/8/2018)

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

DISTRITO FEDERAL À ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA.

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

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

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

4. Recurso Ordinário não provido.

(RMS 54.132/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 13/9/2017)

Acrescente-se que os argumentos da agravante de que há julgados do STJ que admitiram o curso do processo tendo como parte legítima Secretário de Estado não logram infirmar tais alicerces da decisão objurgada.

Isso porque, desde 1998, esta Corte de Justiça já havia sinalizado que "a autoridade coatora, no mandado de segurança, é aquela que pratica o ato, não a que genericamente orienta os órgãos subordinados a respeito da aplicação da lei no âmbito administrativo" (MS 4.839/DF, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Seção, DJ 16/2/1998, p. 3).

Ademais, 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. 81, VI, da Constituição do Estado do Maranhão), prerrogativa de foro não extensível ao servidor responsável pelo lançamento tributário.

Veja-se o teor de referido dispositivo (g.n.):

Art. 81 – Compete ao Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente:
[...]

VI – o habeas-corpus e o mandado de segurança contra atos do Governador do Estado, da Mesa da Assembleia Legislativa, do Tribunal de Contas do Estado dos Procuradores-Gerais, dos Secretários de Estado e do próprio Tribunal de Justiça;

Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. IPVA.

IMPETRAÇÃO DIRIGIDA A SECRETÁRIO DE ESTADO DA FAZENDA. DECLINAÇÃO DE COMPETÊNCIA. OPORTUNIZAÇÃO DE EMENDA A INICIAL PARA CORREÇÃO DA AUTORIDADE COATORA LEGÍTIMA. IMPOSSIBILIDADE. MODIFICAÇÃO DE COMPETÊNCIA.

I - O mandado de segurança foi impetrado contra ato do Secretário Estadual de Fazenda, objetivando discutir lançamento de IPVA. O Tribunal declinou da competência, oportunizando ao impetrante emendar a inicial, para a indicação da correta autoridade coatora.

***II - Este Superior Tribunal de Justiça, tem jurisprudência pacífica no sentido da vedação à oportunização ao impetrante, da emenda à inicial para a indicação da correta autoridade coatora, quando a referida modificação implique na alteração da competência jurisdicional.** Precedentes: AgInt no RMS n. 53.867/MG, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 21/3/2019, DJe de 3/4/2019 e RMS n. 68.112/MA, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 20/9/2022, DJe de 27/9/2022.)*

III - Recurso especial provido.

(REsp n. 1.954.451/RJ, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 16/2/2023.)

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. AUTORIDADE IMPETRADA. SECRETÁRIO DE ESTADO DA FAZENDA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. INAPLICABILIDADE. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

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

II - Esta Corte firmou compreensão segundo a qual o Secretário de Estado não detém legitimidade para figurar no polo passivo de mandado de segurança que visa evitar a prática de lançamento fiscal, não havendo falar, outrossim, em aplicação da teoria da encampação, porquanto a indevida presença desse agente político como autoridade coatora modificaria a regra de competência jurisdicional.

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

IV - Agravo Interno improvido.

(AgInt no RMS n. 69.657/RJ, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 12/12/2022, DJe de 15/12/2022.)

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

Por fim, ressalte-se que a ilegitimidade da autoridade coatora é questão que antecede a análise do mérito da controvérsia e passível de conhecimento em qualquer grau de jurisdição, em sede ordinária, sendo causa de extinção da ação sem resolução do

mérito (art. 485, VI, § 3º, do CPC).

Ilustrativamente, confira-se:

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

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

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

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

IV - O reconhecimento da ilegitimidade do Secretário de Estado da Tributação do Rio Grande do Norte para figurar no polo passivo do mandado de segurança impetrado com o intuito de discutir a base de cálculo do ICMS decorre, igualmente, da impossibilidade de aplicação, ao caso em tela, da Teoria da Encampação, porquanto a retificação da autoridade coatora importaria, necessariamente, a alteração do Órgão Julgador da ação mandamental. Precedentes: AgInt no RMS n. 49.232/MS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 5/5/2016, DJe 18/5/2016; AgInt no RMS n. 53.867/MG, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 21/3/2019, DJe 3/4/2019; e AgInt no RMS n. 58.354/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 26/2/2019, DJe 1º/3/2019.

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

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

Dessa forma, verifica-se que a decisão agravada incorreu em erro material ao negar provimento ao recurso ordinário da ora demandante, sendo necessário o acolhimento do pleito subsidiário da parte contribuinte e a retificação da parte dispositiva do *decisum*, nos seguintes termos:

"ANTE O EXPOSTO, ante a ilegitimidade da autoridade coatora, de ofício, determino a extinção do mandamus, sem resolução do mérito, com fundamento no art. 485, VI, § 3º, do CPC, restando prejudicado o recurso ordinário."

ANTE O EXPOSTO, acolho parcialmente o agravo interno, apenas para

corrigir a parte dispositiva da decisão agravada, nos termos da fundamentação.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

**AgInt no RMS 71.261 / MA
PROCESSO ELETRÔNICO**

Número Registro: 2023/0140060-5

Número de Origem:

08169240520208100000 8169240520208100000

Sessão Virtual de 07/11/2023 a 13/11/2023

Relator do AgInt

Exmo. Sr. Ministro SÉRGIO KUKINA

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro PAULO SÉRGIO DOMINGUES

Secretário

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : DAIKIN AR CONDICIONADO BRASIL LTDA

OUTRO NOME : DAIKIN MCQUAY AR CONDICIONADO BRASIL LTDA.

ADVOGADOS : MARCELO SALLES ANNUNZIATA - SP130599

PRISCILA FARICELLI DE MENDONÇA - SP234846

RECORRIDO : ESTADO DO MARANHÃO

PROCURADOR : EDUARDO PHILIPPE MAGALHÃES DA SILVA

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

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : DAIKIN AR CONDICIONADO BRASIL LTDA

OUTRO NOME : DAIKIN MCQUAY AR CONDICIONADO BRASIL LTDA.

ADVOGADOS : MARCELO SALLES ANNUNZIATA - SP130599

PRISCILA FARICELLI DE MENDONÇA - SP234846

AGRAVADO : ESTADO DO MARANHÃO

PROCURADOR : EDUARDO PHILIPPE MAGALHÃES DA SILVA

TERMO

A PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 07/11/2023 a 13/11/2023, por unanimidade, decidiu dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Sérgio Domingues.

Brasília, 14 de novembro de 2023