



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 71987 - SC
(2023/0258921-7)

RELATORA : MINISTRA REGINA HELENA COSTA
AGRAVANTE : FRIGORIFICO VERDI LTDA.
ADVOGADO : JAIME LUIZ LEITE - SC010239
AGRAVADO : ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : CARLOS ALBERTO PRESTES - SC008375

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA NÃO SURPRESA. ART. 10 DO CPC/15. INOCORRÊNCIA. ICMS. INSURGÊNCIA CONTRA COBRANÇA DO TRIBUTO. SECRETÁRIO DE ESTADO DE 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 – Esvazia-se a alegação de surpresa e, em consequência, o desrespeito ao art. 10 do CPC/2015, quando, da interposição do recurso, já vigia, na instância para a qual foi dirigido, entendimento diverso ou contrário à pretensão recursal. Precedentes.

III – Esta Corte firmou compreensão segundo a qual a autoridade coatora que detém legitimidade para figurar no polo passivo de ação mandamental é aquela que tenha praticado o ato impugnado, consoante dispõe a Lei n. 12.016/2009.

IV – O Secretário de Estado da Fazenda não está legitimado a figurar como autoridade coatora em mandado de segurança que visa o afastamento da exigência de tributo reputada por ilegal.

V – A indicação do Secretário da Fazenda como legitimado passivo para o *mandamus* configura erro inescusável, não havendo espaço para a encampação do ato coator.

VI – 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.

VII – Agravo Interno improvido.

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 19/09/2023 a 25/09/2023, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Gurgel de Faria e Paulo Sérgio Domingues votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Sérgio Domingues.

Brasília, 25 de setembro de 2023.

REGINA HELENA COSTA

Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 71987 - SC
(2023/0258921-7)

RELATORA : MINISTRA REGINA HELENA COSTA
AGRAVANTE : FRIGORIFICO VERDI LTDA.
ADVOGADO : JAIME LUIZ LEITE - SC010239
AGRAVADO : ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : CARLOS ALBERTO PRESTES - SC008375

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA NÃO SURPRESA. ART. 10 DO CPC/15. INOCORRÊNCIA. ICMS. INSURGÊNCIA CONTRA COBRANÇA DO TRIBUTO. SECRETÁRIO DE ESTADO DE 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 – Esvazia-se a alegação de surpresa e, em consequência, o desrespeito ao art. 10 do CPC/2015, quando, da interposição do recurso, já vigia, na instância para a qual foi dirigido, entendimento diverso ou contrário à pretensão recursal. Precedentes.

III – Esta Corte firmou compreensão segundo a qual a autoridade coatora que detém legitimidade para figurar no polo passivo de ação mandamental é aquela que tenha praticado o ato impugnado, consoante dispõe a Lei n. 12.016/2009.

IV – O Secretário de Estado da Fazenda não está legitimado a figurar como autoridade coatora em mandado de segurança que visa o afastamento da exigência de tributo reputada por ilegal.

V – A indicação do Secretário da Fazenda como legitimado passivo para o *mandamus* configura erro inescusável, não havendo espaço para a encampação do ato coator.

VI – 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.

VII – Agravo Interno improvido.

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo Interno interposto contra a decisão que julgou extinto o processo sem resolução de mérito, por ilegitimidade passiva do Secretário de Estado da Fazenda.

Sustenta o Agravante, em síntese, a legitimidade do Secretário de Estado da Fazenda para figurar como autoridade coatora, pois é o único com poder de rever o ato

coator.

Aduz que "a questão da legitimidade do Secretário de Estado surgiu apenas nesta decisão monocrática, a agravante foi surpreendida com os fundamentos da decisão, ao passo que o acórdão recorrido havia enfrentado o mérito da demanda e, sequer vislumbrado a hipótese de ilegitimidade passiva. Diante desse cenário, há evidente violação aos arts. 10 e 139, IX, do Código de Processo Civil" (fl. 331e).

Afirma, ainda, que (fl. 332e):

Outrossim, nos termos do disposto no art. 6º, §3º da Lei nº 12.016/2009, considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática.

Ocorre que, o ato coator, no presente caso, é a PORTARIA SEF Nº 143, de 07.04.22, que regulamentou as transferências a serem realizadas por empresas detentoras de tratamento tributário diferenciado destinadas aos fundos instituídos pelo Estado, nos termos do inciso I do parágrafo único do art. 136 da Constituição do Estado e que foi instituída pelo Secretário de Estado da Fazenda, ou seja, AUTORIDADE COATORA da qual emanou a ordem para a sua prática e única legitimidade a desfazer tal ato.

No mais, traz jurisprudência no sentido da legitimidade passiva de autoridade coatora pertencente à mesma pessoa jurídica de direito público da qual emanou o ato impugnado e de que, o Juiz, ao deparar-se, em sede de mandado de segurança, com a errônea indicação da autoridade coatora, deve determinar a emenda da inicial ou, na hipótese de erro escusável, corrigi-lo de ofício, e não extinguir o processo sem julgamento do mérito.

Por fim, requer o provimento do recurso, a fim de que seja reformada a decisão impugnada ou, alternativamente, sua submissão ao pronunciamento do colegiado.

Impugnação às fls. 343/346e.

É o relatório.

VOTO

Por primeiro, 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. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

Não assiste razão ao Agravante.

Inicialmente, não procede a alegação de decisão surpresa, prevista no art. 10 do CPC/15.

Isso porque, quando da interposição do recurso ordinário, já vigia o entendimento desta Corte estampado na decisão agravada, esvaziando, por conseguinte, a alegação de surpresa e, em consequência, de desrespeito ao

mencionado dispositivo legal.

Ademais, a aplicação do direito à espécie decorre do exame das condições da ação ou dos pressupostos processuais, porquanto, é cediço, constitui ônus da parte atendê-los.

Nessa linha:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTENO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. WRIT OBJETIVANDO A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL 87/2015 E, SUBSIDIARIAMENTE, DO CONVÊNIO CONFAZ 93/2015. DESCABIMENTO DA VIA ELEITA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 266/STF. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SECRETÁRIO DE ESTADO DO MARANHÃO. PROCESSO EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA NÃO SURPRESA. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO INTERNO DO CONTRIBUINTE DESPROVIDO.

1. Trazem os autos mandado de segurança impetrado contra ato do Secretário da Fazenda do Estado do Maranhão no qual se questiona a constitucionalidade da cobrança do diferencial de alíquota do ICMS nas operações interestaduais de venda de mercadoria a não contribuintes do imposto no Estado do Maranhão.

2. Os argumentos expostos na impetração evidenciam a inexistência de possíveis atos de efeitos concretos, insurgindo-se a impetrante contra ato genérico e abstrato, consistente nas normas que disciplinam a cobrança do diferencial de alíquota nas operações interestaduais. Logo, conforme consta do acórdão recorrido, a hipótese é de impetração de mandado de segurança contra lei em tese, o que não é compatível com a via eleita, tendo em vista o óbice da Súmula 266/STF.

3. Por ocasião do julgamento do REsp 1.119.872/RS, sob a sistemática do recurso repetitivo, o Superior Tribunal de Justiça fixou a tese 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 430/STJ). No mesmo sentido é o Enunciado Sumular n. 266/STF ("Não cabe mandado de segurança contra lei em tese.").

4. Não há, na petição inicial, 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 a inconstitucionalidade das disposições constitucionais e legais que autorizam a cobrança do diferencial de alíquotas nas operações interestaduais envolvendo consumidores localizados no Estado do Maranhão.

5. Vale lembrar que 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.

6. Segundo orientação jurisprudencial consolidada do STJ, 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. Min. 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 06/06/2019, DJe 17/06/2019.

7. De outro lado, inexistente 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. Precedentes:

AgInt no RMS 34.860/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/05/2019, DJe 20/05/2019;

RMS 59.935/BA, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/06/2019, DJe 14/06/2019.

8. 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).

9. Quanto ao art. 10 do CPC/2015, vinculado à tese de ofensa ao princípio da não surpresa, verifica-se que o argumento utilizado pela agravante não induz à modificação do decisum, porquanto não se pode alegar desconhecimento de entendimento jurisprudencial vigente e recorrentemente adotado por esta Corte Superior.

10. Consoante já decidiu esta Primeira Turma em caso similar, esvazia a alegação de surpresa e, em consequência, de desrespeito ao art. 10 do CPC/15, quando, da interposição do recurso, já vigia, na instância para a qual foi dirigido, entendimento diverso ou contrário à pretensão recursal (AgInt no RMS n. 55.310/RN, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 23/10/2018, DJe de 31/10/2018).

11. Nesse contexto, mantém-se, na íntegra, a decisão agravada, que extinguiu o processo sem resolução do mérito, pela inviabilidade da via eleita e pela ilegitimidade passiva da autoridade coatora.

12. Agravado interno do contribuinte a que se nega provimento.

(AgInt no RMS n. 62.935/MA, relator Ministro Manoel Erhardt (Desembargador Convocado do TRF5), Primeira Turma, julgado em 3/10/2022, DJe de 5/10/2022.)

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, suplantando 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 §§2º e 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, julgado em 20/3/2023, DJe de 4/4/2023.)

No mais, observo que o mandado de segurança foi impetrado, na origem, contra ato do Secretário de Estado da Fazenda do Estado de Santa Catarina (fl. 3e).

Firmou-se nesta Corte o entendimento segundo o qual a autoridade coatora que detém legitimidade para figurar no polo passivo de ação mandamental é aquela que tenha praticado o ato impugnado, consoante dispõe a Lei n. 12.016/2009.

Desse modo, o Secretário de Estado da Fazenda não está legitimado a figurar como autoridade coatora em mandado de segurança que visa o afastamento da exigência de tributo reputada por ilegal.

Com efeito, não cabe invocar a aplicação da Teoria da Encampação. Isso porque a tese somente incide se: (a) houver vínculo hierárquico entre a autoridade erroneamente apontada e aquela que efetivamente praticou o ato ilegal; (b) a extensão da legitimidade não modificar regra constitucional de competência; (c) for razoável a dúvida quanto à legitimação passiva na impetração; e (d) houver a autoridade impetrada defendido a legalidade do ato impugnado, ingressando no mérito da ação de segurança.

A indicação do Secretário da Fazenda como legitimado passivo para o *mandamus* configura erro inescusável, não havendo espaço para a encampação do ato coator.

Além disso, o foro especial por prerrogativa de função impede aceitar a encampação do ato, porquanto importaria, em última análise, na modificação de regra de competência fixada na Constituição do Estado.

No caso, mostram-se ausentes dois dos requisitos necessários à aplicação válida da Teoria da Encampação não sendo possível reconhecer a legitimidade passiva da autoridade coatora.

Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DA EXIGÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO AO FUNDO ESTADUAL DE TRANSPORTE - FET, PREVISTA NA LEI 3.617/2019, DO ESTADO DO TOCANTINS. ILEGITIMIDADE DO SECRETÁRIO DE ESTADO DA FAZENDA PARA FIGURAR, COMO AUTORIDADE IMPETRADA, NO POLO PASSIVO DO MANDADO DE SEGURANÇA. PRECEDENTES DO STJ. EXTINÇÃO DO PROCESSO, DE OFÍCIO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, RESTANDO PREJUDICADO O RECURSO ORDINÁRIO.

I. Trata-se, na origem, de Mandado de Segurança ajuizado contra o Secretário da Fazenda do Estado do Tocantins, a princípio perante o Juízo de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Palmas/TO, com o objetivo de assegurar o alegado direito líquido e certo da parte impetrante de não se sujeitar à exigência da contribuição ao Fundo Estadual de Transporte - FET, prevista na Lei 3.617/2019, do Estado do Tocantins. Após decisão declinatória de competência, os autos foram remetidos ao Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, para o processo e julgamento originário da ação mandamental. No âmbito do Tribunal de Justiça, inicialmente, os pedidos de liminar e de emenda à petição inicial - para que passasse a figurar, como autoridade impetrada, o Superintendente de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado do Tocantins, em

substituição ao Secretário de Estado da Fazenda - restaram indeferidos, mediante decisão monocrática, em face da qual foram apresentados, sucessivamente, Embargos de Declaração, monocraticamente rejeitados, e Agravo interno. Sobreveio o acórdão que julgou prejudicado o Agravo interno e denegou o Mandado de Segurança, por considerar incidente, na espécie, o óbice da Súmula 266/STF ("Não cabe mandado de segurança contra lei em tese"), e também por entender consumado o prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias, previsto no art. 23 da Lei 12.016/2009, a contar da data da publicação da Lei estadual 3.617, de 18/12/2019, de vez que a impetração do mandamus deu-se em 27/05/2020, ensejando a interposição do presente Recurso Ordinário.

II. A Primeira Seção do STJ, ao julgar, sob o rito dos recursos repetitivos, o REsp 1.119.872/RJ, firmou o entendimento de que, "no pertinente a impetração de ação mandamental contra lei em tese, a jurisprudência desta Corte Superior embora reconheça a possibilidade de mandado de segurança invocar a inconstitucionalidade da norma como fundamento para o pedido, não admite que a declaração de inconstitucionalidade, constitua, ela própria, pedido autônomo" (STJ, REsp 1.119.872/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 20/10/2010). In casu, a petição inicial traz, como causa de pedir, a tese de inconstitucionalidade da legislação que instituiu a exação. Isso, porém, não significa que o mandamus impugna lei em tese. Ao contrário, trata-se de pretensão de declaração incidental de inconstitucionalidade da norma, em controle difuso, para afastar a exigência fiscal, o que pode ser veiculado, quer em Mandado de Segurança, quer em Ação Ordinária.

III. 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 de publicação da lei instituidora da obrigação. Em tal sentido: STJ, EREsp 546.259/PR, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, DJU de 12/09/2005; 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 06/10/2017; AgRg no REsp 742.767/MG, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, DJU de 03/10/2005; EREsp 1.164.514/AM, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, CORTE ESPECIAL, DJe de 25/02/2016; AgRg no AREsp 36.550/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 12/08/2016.

IV. No caso - em que a arrecadação da contribuição ao Fundo Estadual de Transporte - FET, prevista na Lei 3.617/2019, do Estado do Tocantins, dá-se "nos mesmos formatos que o ICMS", ou seja, "uma obrigação tributária periódica, mensal" -, extrai-se da petição inicial o caráter preventivo do Mandado de Segurança, especialmente no pedido para que "a autoridade impetrada, como representante tributário do Estado do Tocantins, e/ou quem lhe represente visando à arrecadação tributária, não pratique qualquer ato seja informativo, coativo ou punitivo, contra a Impetrante ou terceiros transportadores, relativo à cobrança da contribuição referida, bem como que se permita a plena fruição de benefícios fiscais (isenção, redução de base de cálculo, crédito presumido, entre outros) independentemente da contribuição ou não ao FET". 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 afastados os fundamentos do acórdão recorrido, ainda assim o processo deve ser extinto, de ofício, sem resolução do mérito, por motivação diversa.

V. 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.

VI. 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.

VII. 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".

VIII. 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.

IX. 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.

X. 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 Tocantins.

XI. Julgado extinto o presente Mandado de Segurança, sem resolução do mérito, logicamente não cabe ao STJ pronunciar-se sobre o mérito da causa ou do Recurso Ordinário, porquanto tal pronunciamento seria incompatível com a aludida decisão.

XII. 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.

XIII. Recurso Ordinário prejudicado.

(RMS n. 67.109/TO, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 26/10/2021, DJe de 3/11/2021, destaquei.)

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,

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. WRIT IMPETRADO CONTRA LEI EM TESE. NÃO CABIMENTO. SÚMULA 266/STF.

1. *O Secretário de Estado de Fazenda não ostenta legitimidade para figurar no polo passivo do mandado de segurança que questione a exigibilidade de tributos, no caso, o ICMS. Precedentes: AgInt no RMS 34.860/RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 20/5/2019; RMS 54.996/RN, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 17/6/2019; AgInt no RMS 58.354/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 1º/3/2019; AgInt no RMS 56.103/MG, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 30/8/2018; RMS 54.132/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 13/9/2017.*

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

4. *Não se revela adequado o manejo do mandado de segurança para se atacar ato normativo de caráter geral e abstrato, por frontal colisão com o quanto consignado na Súmula 266/STF.*

5. *Agravo interno não provido.*

(AgInt no RMS n. 62.518/PR, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 8/5/2023, DJe de 11/5/2023, destaquei.)

Assim, em que pesem as alegações trazidas, os argumentos apresentados são insuficientes para desconstituir a decisão impugnada.

No que se refere à aplicação do art. 1.021, § 4º, do CPC/2015, a orientação desta Corte é no sentido de que o mero inconformismo com a decisão agravada não enseja a imposição da multa, não se tratando de simples decorrência lógica do não provimento do recurso em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso. Nessa linha: Corte Especial, AgInt nos EAREsp n. 1.043.437/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, j. 13.10.2021; e 1ª S., AgInt nos EREsp n. 1.311.383/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, j. 14.09.2016.

Apesar do improvimento do recurso, não restou configurada a manifesta inadmissibilidade, razão pela qual afasto a apontada multa.

Posto isso, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

**AgInt no RMS 71.987 / SC
PROCESSO ELETRÔNICO**

Número Registro: 2023/0258921-7

Número de Origem:
50351261720228240000

Sessão Virtual de 19/09/2023 a 25/09/2023

Relator do AgInt

Exma. Sra. Ministra REGINA HELENA COSTA

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro PAULO SÉRGIO DOMINGUES

Secretário

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FRIGORIFICO VERDI LTDA.

ADVOGADO : JAIME LUIZ LEITE - SC010239

RECORRIDO : ESTADO DE SANTA CATARINA

PROCURADOR : CARLOS ALBERTO PRESTES - SC008375

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

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : FRIGORIFICO VERDI LTDA.

ADVOGADO : JAIME LUIZ LEITE - SC010239

AGRAVADO : ESTADO DE SANTA CATARINA

ADVOGADO : CARLOS ALBERTO PRESTES - SC008375

TERMO

A PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 19/09/2023 a 25/09/2023, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Gurgel de Faria e Paulo Sérgio Domingues votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Sérgio Domingues.

Brasília, 26 de setembro de 2023