

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 54.823 - PB (2017/0183580-7)

RELATORA : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
RECORRENTE : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DE ÁGUAS MINERAIS
ADVOGADOS : CARLOS PEDROZA DE ANDRADE E OUTRO(S) - SP088020
GABRIEL LUCAS OLIVEIRA DOS SANTOS - PB021867
RECORRIDO : ESTADO DA PARAÍBA
PROCURADOR : ALESSANDRA FERREIRA ARAGAO E OUTRO(S)

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRETENSÃO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 9.057/2010 E DO DECRETO 31.504/2010, AMBOS DO ESTADO DA PARAÍBA. IMPETRAÇÃO CONTRA LEI EM TESE. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 266/STF. ILEGITIMIDADE DO SECRETÁRIO DE ESTADO DA RECEITA PARA FIGURAR, COMO AUTORIDADE IMPETRADA, NO POLO PASSIVO DO MANDADO DE SEGURANÇA. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA IMPROVIDO.

I. Recurso em Mandado de Segurança interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/2015.

II. Na origem, trata-se de Mandado de Segurança coletivo, impetrado pela Associação Brasileira da indústria de Águas Minerais – ABINAM contra o Secretário de Estado da Receita da Paraíba, perante o Tribunal de Justiça daquela unidade da federação, no qual se pleiteia a declaração de inconstitucionalidade da Lei estadual 9.057/2010 e do Decreto 31.504/2010. No acórdão recorrido o Tribunal de Justiça extinguiu o Mandado de Segurança, sem resolução do mérito, por considerar incidente, na espécie, a Súmula 266/STF.

III. Sendo preventivo o mandado de segurança, desnecessária a existência concreta de ato coator, porquanto o receio de ato que venha a violar o direito líquido e certo da parte impetrante é suficiente a ensejar a impetração. Entretanto, **in casu**, diante da argumentação constante da impetração, não se verifica a existência de possíveis atos de efeitos concretos, a serem praticados pelo Secretário de Estado da Receita – a justificar a competência originária do Tribunal de Justiça –, tendentes a violar ou ameaçar suposto direito líquido e certo da impetrante. A parte apenas alega a inconstitucionalidade da Lei estadual 9.057/2010 e do Decreto 31.504/2010, que não se qualificam como atos de efeitos concretos, mas como atos normativos, de efeitos gerais e abstratos. Assim, efetivamente incide, na espécie, a Súmula 266/STF ("Não cabe mandado de segurança contra lei em tese"), pelo que deve ser confirmado o acórdão recorrido, no particular, por sua conformidade com a orientação firmada pela Primeira Seção do STJ, por ocasião do julgamento, sob o rito do art. 543-C do CPC/73, do REsp 1.119.872/RS (Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 20/10/2010).

IV. A Primeira Seção do STJ, ao julgar o MS 4.839/DF (Rel. Ministro ARI PARGENDLER, DJU de 16/02/98), deixou anotado que "a autoridade coatora, no mandado de segurança, é aquela que pratica o ato, não a que genericamente orienta os órgãos subordinados a respeito da

Superior Tribunal de Justiça

aplicação da lei no âmbito administrativo; mal endereçado o *writ*, o processo deve ser extinto sem julgamento de mérito".

V. A Primeira Turma do STJ, ao julgar o AgRg no RMS 36.846/RJ (Rel. Ministro ARI PARGENDLER, DJe de 07/12/2012), decidiu que, no regime do lançamento por homologação, a iminência de sofrer o lançamento fiscal, acaso não cumpra a legislação de regência, autoriza o sujeito passivo da obrigação tributária a impetrar mandado de segurança contra a exigência que considera indevida. Nesse caso, porém, autoridade coatora é aquela que tem competência para o lançamento **ex officio**, que, certamente, não é o Secretário de Estado da Fazenda. Tal entendimento pode ser transposto para o caso dos autos, em que se questiona obrigação acessória (aposição de selos de controle). Na espécie, a autoridade coatora é aquela que tem competência para exigir o cumprimento da aludida obrigação ou autuar o contribuinte pelo seu descumprimento.

VI. Sobre a teoria da encampação – que mitiga a indicação errônea da autoridade coatora, em mandado de segurança –, a Primeira Seção do STJ, nos autos do MS 10.484/DF (Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, DJU de 26/09/2005), firmou o entendimento de que tal teoria apenas se aplica ao mandado de segurança, quando preenchidos os seguintes requisitos, cumulativamente: (a) existência de subordinação hierárquica entre a autoridade que efetivamente praticou o ato e aquela apontada como coatora, na petição inicial; (b) manifestação a respeito do mérito, nas informações prestadas; (c) ausência de modificação de competência, estabelecida na Constituição, para o julgamento do *writ*, requisito que, no presente caso, não foi atendido.

VII. A 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 exigência fiscal supostamente ilegítima. Nesse sentido: AgRg no RMS 42.792/CE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe de 11/03/2014; RMS 54.333/RN, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe de 20/10/2017. No mesmo sentido os seguintes precedentes da Primeira Turma desta Corte: AgInt no RMS 51.519/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 16/12/2016; AgInt no RMS 46.013/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 29/08/2016; AgRg no RMS 30.771/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 30/11/2016; AgInt no RMS 49.232/MS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 18/05/2016.

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

IX. Recurso em Mandado de Segurança improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade,

Superior Tribunal de Justiça

negar provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 26 de maio de 2020(data do julgamento).

MINISTRA ASSUETE MAGALHÃES
Relatora



RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 54.823 - PB (2017/0183580-7)

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, com fundamento no art. 105, II, **b**, da Constituição Federal, interposto por ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DE ÁGUAS MINERAIS – ABINAM contra acórdão mediante o qual o Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba denegou a segurança, ante a incidência do enunciado 266 da Súmula do STF. Eis a ementa do acórdão:

"MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. ORDEM PREVENTIVA. TRIBUTÁRIO. EXIGÊNCIA DE SELO FISCAL PELA RECEITA ESTADUAL. ORDEM DIRIGIDA CONTRA LEI EM TESE GERAL E ABSTRATA. INEXISTÊNCIA DE ATO CONCRETO ATACADO. IMPOSSIBILIDADE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. DENEGAÇÃO DO WRIT.

- As normas questionadas possuem caráter geral e abstrato, prevendo a exigência de obrigações tributárias (selo fiscal) a tantos quanto se encontrem na situação ali descrita. Não são normas de efeitos concretos, que são aquelas que disciplinam situações perfeitamente já delimitadas e específicas. Em se tratando de normas gerais e abstratas, deveria a impetrante se insurgir não contra a lei, mas sim contra um ato provável a ser praticado pela autoridade coatora evidenciado a partir de circunstâncias fáticas, comprovadas.

- A pretensão autoral baseia-se única e exclusivamente na análise abstrata das normas, sem que seja apresentado qualquer fato concreto adotado pela autoridade vergastada que denote a iminência de ferimento a direito líquido e certo, com a exigência efetiva da obrigação tributária, o que é vedado nos termos do Enunciado 266 da Súmula o STF: 'Não cabe mandado de segurança contra lei em tese'.

- Apesar da legislação tributária ser impositiva, ou seja, de aplicação obrigatória (vinculada), não é o simples fato de surgir uma lei que importará diretamente na ameaça a direito líquido e certo. Ainda assim, deve a impetrante demonstrar, por meio de fatos e atos, que está na iminência de ter seu direito violado, não podendo tal ilação se originar unicamente por meio da existência pura e simples da lei" (fls. 519/520e).

No Recurso Ordinário, afirma não se tratar de impetração contra lei em tese, sustentando que, "conforme demonstrado na peça vestibular e Aditamento do presente *mandamus* de caráter PREVENTIVO, além de objetivar o impedimento de eventuais Autos de Infrações pelo Impetrado, há questões Sumuladas pelas Instâncias Superiores, não podendo ser negada a Tutela Jurisdicional, a pretexto do descabimento da via eleita" (fl. 543e).

Prossegue defendendo o mérito do Mandado de Segurança. Relata que a água

Superior Tribunal de Justiça

mineral e a água mineral adicionada de sais são tributadas pelo regime da substituição tributária para frente, nos termos do Decreto 18.930/97. Destaca, porém, que, a partir de 1º/11/2010, com a entrada em vigor da Lei estadual 9.057/2010 e do Decreto 31.504/2010, os vasilhames retornáveis de 20 litros passaram a sujeitar-se à aposição de selos fiscais.

Segundo entende, os aludidos atos normativos padecem de vícios de inconstitucionalidade. Destaca a desproporcionalidade entre o imposto e a penalidade por aposição irregular do selo, a qual "representa 4.500% (Quatro mil e quinhentos por cento) sobre o valor do imposto (obrigação principal), para cada garrafão" (fl. 550e). Ressaltando que a exigência do selo fiscal tem natureza jurídica de taxa, diz que o tributo "não pode prevalecer no campo jurídico, pois tem o mesmo fato gerador do imposto (ICMS), que é a circulação da mercadoria" (fl. 552e). Defende que a imposição estabelece "diferença tributária em razão de sua procedência ou destino, impedindo e/ou dificultando o ingresso de Garrafões de Água Mineral ou Adicionada de Sais advindos de outros Estados da Federação" (fl. 553e), circunstância a "ferir o Pacto Federativo e o artigo 152 da Constituição Federal, previsto no Capítulo das LIMITAÇÕES DO PODER DE TRIBUTAR" (fl. 553e). Acresce que a exigência de regularidade fiscal para aquisição dos selos viola o livre exercício de atividade econômica, invocando a Súmula 547 do STF, segundo a qual "não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais". Alega a necessidade de regulamentação da matéria mediante lei complementar federal e a obrigatoriedade de observância dos princípios da anterioridade e irretroatividade. Articula que a contratação de entes privados para "a gestão do indigitado Selo Fiscal" (fl. 560e) consiste em "patente 'privatização' das funções do Estado na gestão de matéria de Ordem Pública, relativamente à Questão Tributária" (fl. 560e). Objeta que o "valor do Selo Fiscal foi estabelecido de maneira Progressiva, desfavorecendo a pequena e micro empresa, em arrepio aos Ditames Constitucionais e basilares de fomento às micros e pequenas empresas" (fl. 562e). Por fim, alude aos princípios da Administração pública, sobretudo ao princípio da moralidade.

Ao final, requer "a reforma do V. Acórdão *in totum* proferido pelo Juízo A QUO, no sentido da concessão da Segurança Definitiva, obstando a Impetrada a exigir a aposição do Selo Fiscal aos vasilhames que contenham água mineral e potável de mesa, previsto na Lei 9.057 de 19/03/2010, no Decreto 31.504 de 10/08/2010, pelos motivos de fato e de Direito expostos, para garantir Direito Líquido e Certo da Impetrante e seus associados" (fl. 564e).

Nas contrarrazões (fls. 573/575), o Estado da Paraíba defende a manutenção do acórdão recorrido.

É o relatório.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 54.823 - PB (2017/0183580-7)

RELATORA : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
RECORRENTE : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DE ÁGUAS MINERAIS
ADVOGADOS : CARLOS PEDROZA DE ANDRADE E OUTRO(S) - SP088020
GABRIEL LUCAS OLIVEIRA DOS SANTOS - PB021867
RECORRIDO : ESTADO DA PARAÍBA
PROCURADOR : ALESSANDRA FERREIRA ARAGAO E OUTRO(S)

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRETENSÃO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 9.057/2010 E DO DECRETO 31.504/2010, AMBOS DO ESTADO DA PARAÍBA. IMPETRAÇÃO CONTRA LEI EM TESE. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 266/STF. ILEGITIMIDADE DO SECRETÁRIO DE ESTADO DA RECEITA PARA FIGURAR, COMO AUTORIDADE IMPETRADA, NO POLO PASSIVO DO MANDADO DE SEGURANÇA. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA IMPROVIDO.

I. Recurso em Mandado de Segurança interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/2015.

II. Na origem, trata-se de Mandado de Segurança coletivo, impetrado pela Associação Brasileira da indústria de Águas Minerais – ABINAM contra o Secretário de Estado da Receita da Paraíba, perante o Tribunal de Justiça daquela unidade da federação, no qual se pleiteia a declaração de inconstitucionalidade da Lei estadual 9.057/2010 e do Decreto 31.504/2010. No acórdão recorrido o Tribunal de Justiça extinguiu o Mandado de Segurança, sem resolução do mérito, por considerar incidente, na espécie, a Súmula 266/STF.

III. Sendo preventivo o mandado de segurança, desnecessária a existência concreta de ato coator, porquanto o receio de ato que venha a violar o direito líquido e certo da parte impetrante é suficiente a ensejar a impetração. Entretanto, **in casu**, diante da argumentação constante da impetração, não se verifica a existência de possíveis atos de efeitos concretos, a serem praticados pelo Secretário de Estado da Receita – a justificar a competência originária do Tribunal de Justiça –, tendentes a violar ou ameaçar suposto direito líquido e certo da impetrante. A parte apenas alega a inconstitucionalidade da Lei estadual 9.057/2010 e do Decreto 31.504/2010, que não se qualificam como atos de efeitos concretos, mas como atos normativos, de efeitos gerais e abstratos. Assim, efetivamente incide, na espécie, a Súmula 266/STF ("Não cabe mandado de segurança contra lei em tese"), pelo que deve ser confirmado o acórdão recorrido, no particular, por sua conformidade com a orientação firmada pela Primeira Seção do STJ, por ocasião do julgamento, sob o rito do art. 543-C do CPC/73, do REsp 1.119.872/RS (Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 20/10/2010).

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

sem julgamento de mérito".

V. A Primeira Turma do STJ, ao julgar o AgRg no RMS 36.846/RJ (Rel. Ministro ARI PARGENDLER, DJe de 07/12/2012), decidiu que, no regime do lançamento por homologação, a iminência de sofrer o lançamento fiscal, acaso não cumpra a legislação de regência, autoriza o sujeito passivo da obrigação tributária a impetrar mandado de segurança contra a exigência que considera indevida. Nesse caso, porém, autoridade coatora é aquela que tem competência para o lançamento **ex officio**, que, certamente, não é o Secretário de Estado da Fazenda. Tal entendimento pode ser transposto para o caso dos autos, em que se questiona obrigação acessória (aposição de selos de controle). Na espécie, a autoridade coatora é aquela que tem competência para exigir o cumprimento da aludida obrigação ou autuar o contribuinte pelo seu descumprimento.

VI. Sobre a teoria da encampação – que mitiga a indicação errônea da autoridade coatora, em mandado de segurança –, a Primeira Seção do STJ, nos autos do MS 10.484/DF (Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, DJU de 26/09/2005), firmou o entendimento de que tal teoria apenas se aplica ao mandado de segurança, quando preenchidos os seguintes requisitos, cumulativamente: (a) existência de subordinação hierárquica entre a autoridade que efetivamente praticou o ato e aquela apontada como coatora, na petição inicial; (b) manifestação a respeito do mérito, nas informações prestadas; (c) ausência de modificação de competência, estabelecida na Constituição, para o julgamento do **writ**, requisito que, no presente caso, não foi atendido.

VII. A 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 exigência fiscal supostamente ilegítima. Nesse sentido: AgRg no RMS 42.792/CE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe de 11/03/2014; RMS 54.333/RN, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe de 20/10/2017. No mesmo sentido os seguintes precedentes da Primeira Turma desta Corte: AgInt no RMS 51.519/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 16/12/2016; AgInt no RMS 46.013/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 29/08/2016; AgRg no RMS 30.771/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 30/11/2016; AgInt no RMS 49.232/MS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 18/05/2016.

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

IX. Recurso em Mandado de Segurança improvido.

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): Não obstante os combativos argumentos da parte recorrente, a irresignação não merece prosperar.

Na origem, trata-se de Mandado de Segurança coletivo, impetrado inicialmente perante a 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de João Pessoa, pela ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DE ÁGUAS MINERAIS - ABINAM contra suposto ato coator do SECRETÁRIO EXECUTIVO DA RECEITA TRIBUTÁRIA DO ESTADO DA PARAÍBA, objetivando a concessão de "segurança definitiva para, frente as INCONSTITUCIONALIDADES E/OU ILEGALIDADES da Lei Estadual nº 9.057 de 19 de março de 2010, publicada no D.O.E./PB em. 21/03/2010, do Decreto Estadual nº 31.504 de 10/08/2010, publicado no D.O.E./PB de 11/08/2010, bem como do Convênio de Cooperação Técnica Administrativa e de Assistência Mútua nº 03/2010-SER/PB celebrado entre a Secretaria do Estado da Receita, a Agência Estadual de Vigilância Sanitária - AGEVISA e a Federação das Indústrias do Estado da Paraíba - FIEP, e ainda, Contrato Comercial entre RR Dornelley Moore Editora Gráfica Ltda. e a Federação das Indústrias do Estado da Paraíba - FIEP, datados de 03/09/2010 e 15/09/2010, respectivamente, para a gestão do indigitado Selo Fiscal, seja a Impetrante e suas associadas desobrigadas dos efeitos das referidas legislações, haja vista cristalina presença de violação a Direito Liquidado" (fl. 25e).

O Juízo singular denegou a segurança (fls. 239/242e).

No julgamento da Apelação, o Tribunal de Justiça acolheu "a preliminar de incompetência absoluta, para anular todos os atos decisórios praticados pelo magistrado de primeiro grau, declinando da competência a Seção Especializada" (fl. 333e), em acórdão assim ementado:

"APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL QUE PREVÊ O SELO FISCAL PARA VASILHAMES DE ÁGUA MINERAL - DENEGAÇÃO - IRRESIGNAÇÃO - PRELIMINAR SUSCITADA PELA PROCURADORIA DE JUSTIÇA - INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU - ATO DO SECRETÁRIO DA RECEITA DO ESTADO - COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO TJPB - ART. 104, INC. XIII, 'd' DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL E ART. 6º, INC. XXVIII, 'a' DO RITJPB - ACOLHIMENTO - ANULAÇÃO DOS ATOS DECISÓRIOS - REMESSA AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

- O mérito do pleito, por versar sobre mandado de segurança contra atos e omissões do Secretário da Receita do Estado, deve ser processado e julgado pelo Tribunal de Justiça, é o que se extrai do império Constitucional Estadual, em seu art 104, XIII alínea 'd', dispositivo este que foi totalmente reproduzido pelo Regimento Interno do TJPB, consoante se infere da leitura do art. 6º, XXVIII, alínea 'a'" (fl. 331e).

Superior Tribunal de Justiça

A seguir, os autos foram encaminhados ao Juízo singular, que assim determinou:

"A Procuradoria do Estado às fls. 328/329 informou que a presente ação mandamental teria sido impetrada contra Ato do Senhor Secretário Executivo da Receita e não Contra Secretário de Estado, este sim, detentor do foro especial.

Contudo, nesta fase, resta-nos cumprir a r. decisão de fls. 322/325 que entendeu pela competência da Egrégia Corte de Justiça.

Assim, com nossos cumprimentos, remetam-se os autos ao E. Tribunal de Justiça da Paraíba para as formalidades previstas na mencionada decisão de fls. 322/325" (fls. 423e).

Remetidos os autos, o Tribunal de Justiça intimou a impetrante para que requeresse o que entendesse de direito (fl. 434e). A parte impetrante, então, reiterou os termos da inicial (fls. 452/473), mantendo o polo passivo indicado originariamente e formulando o seguinte pedido:

"Requer, ao final, a **segurança definitiva para declarar a INCONSTITUCIONALIDADE E/OU ILEGALIDADE da Lei Estadual nº 9.057 de 19 de março de 2010, publicada no D.O.E. da Paraíba em 21/03/2010, e do Decreto Estadual nº 31.504 de 10/08/2010, publicado no D.O.E. da Paraíba de 11/08/2010, bem como do Convênio de Cooperação Técnica Administrativa e de Assistência Mútua nº 03/2010-SER/PB celebrado entre a Secretaria do Estado da Receita, a Agência Estadual de Vigilância Sanitária - AGEVISA e a Federação das Indústrias do Estado da Paraíba - FIEP, e ainda, Contrato Comercial entre RR Donelley Moore Editora Gráfica Ltda. e a Federação das Indústrias do Estado da Paraíba - FIEP, datados de 03/09/2010 e 15/05/2010, respectivamente, para a gestão do indigitado Selo Fiscal, haja vista a cristalina presença de Direito Líquido e Certo da Impetrante e seus associados**" (fl. 473e)

Diante disso, o Relator proferiu o seguinte despacho:

"Trata-se de Mandado de Segurança Preventivo com Pedido Liminar (fls., 02/23) impetrado pela Associação Brasileira da Indústria de Águas Minerais - ABINAM contra ato supostamente ilegal e abusivo a ser praticado pelo Secretário de Receita de Estado, consistente na aposição do selo fiscal para vasilhames retornáveis de 20 litros de águas minerais e águas adicionadas de sais, a partir de 1º de novembro de 2010, por força da Lei Estadual 9.057/10 e do Decreto Estadual nº 31.504/10.

Nos termos do acórdão de fls. 322/325, todos os atos decisórios praticados em primeira instância foram anulados, visto que reconhecida a competência deste egrégio Tribunal para o julgamento do presente *writ*.

Intimada a parte autora, foram reiterados os termos da inicial, inclusive o pedido liminar (fls. 438/460), sendo apontado como autoridade coatora o Secretário Executivo da Receita Tributária do Estado da Paraíba ou agente a ele subordinado (fls 439).

Todavia, nos termos do acórdão referido, restou assentado que a autoridade coatora do presente *mandamus* é o Secretário Estadual da Receita, daí a competência para sua apreciação em segundo grau, nos termos do art. 104, XIII, 'd', da Constituição Estadual.

Logo, a parte autora deve ser intimada para emendar a inicial no prazo de 15 (quinze) dias, nos termos do art. 321 do novo CPC, indicando corretamente a autoridade coatora, sob pena de seu indeferimento" (fls. 475/476e).

Em razão disso, a impetrante emendou a inicial para substituir a autoridade anteriormente indicada pelo SECRETÁRIO DE ESTADO DA RECEITA DO ESTADO DA PARAÍBA (fls. 478/479e): à época da impetração tal era a nomenclatura do cargo; hoje, a Lei estadual 11.351/2019 denomina-o SECRETÁRIO DE ESTADO DA FAZENDA.

Finalmente, após o processamento do Mandado de Segurança, foi prolatado o acórdão recorrido, transcrito no relatório, mediante o qual o Tribunal de Justiça extinguiu o processo, sem resolução do mérito, por considerar incidente, na espécie, a Súmula 266/STF ("Não cabe mandado de segurança contra lei em tese").

É certo que a Constituição Federal, ao disciplinar os direitos e garantias individuais, no art. 5º, LXIX, dispõe que se concederá mandado de segurança, "para proteger direito líquido e certo, não amparado por **habeas corpus** ou **habeas data**, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público".

A garantia constitucional pressupõe o direito líquido e certo, de um lado, e a ilegalidade ou abuso de poder, cometido pela autoridade apontada como coatora, de outro.

A Lei 12.016/2009 – ao disciplinar o instituto, em nível infraconstitucional – prevê o cabimento do **mandamus** "para proteger direito líquido e certo, não amparado por **habeas corpus** ou **habeas data**, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça".

Incontestável, então, que a Lei 12.016/2009 consagra o mandado de segurança preventivo, cujo cabimento, segundo o texto legal, terá lugar sempre que o titular do direito líquido e certo suportar **justo receio** de sua violação, por ilegalidade ou abuso de poder.

Não se olvida que, sendo preventivo o mandado de segurança, o receio de ocorrência futura de ato que venha violar o direito líquido e certo da parte impetrante é

suficiente a dar ensejo à impetração.

Ocorre que, diante da argumentação constante da petição inicial, não se verifica a existência de possíveis **atos de efeitos concretos, praticados ou a serem praticados pelo Secretário de Estado da Receita** – a justificar a competência originária do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba –, tendentes a violar ou ameaçar suposto direito líquido e certo da impetrante. A parte apenas alega a inconstitucionalidade da Lei estadual 9.057/2010 e do Decreto 31.504/2010 (fl. 546e), que não se qualificam como atos de efeitos concretos, mas como atos normativos, de efeitos gerais e abstratos.

Assim, efetivamente incide, na espécie, a Súmula 266/STF ("Não cabe mandado de segurança contra lei em tese"), pelo que deve ser confirmado o acórdão recorrido, no particular, por sua conformidade com a orientação firmada pela Primeira Seção do STJ, por ocasião do julgamento, sob o rito do art. 543-C do CPC/73, do REsp 1.119.872/RS, cujo acórdão recebeu a seguinte ementa:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. ALÍQUOTA DE 25%. ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. DECRETO ESTADUAL 27.427/00. **MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRAÇÃO CONTRA LEI EM TESE. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 266/STF.** RECURSO SUBMETIDO AO REGIME PREVISTO NO ARTIGO 543-C DO CPC.

1. **Trata-se, na origem, de mandado de segurança impetrado contra o Secretário Estadual da Fazenda do Rio de Janeiro, visando a declaração de inconstitucionalidade dos incisos VI, n. 2 e VIII, n. 7, do art. 14, do Decreto 27.427/00**, ao fundamento de que a alíquota de 25% do ICMS incidente nas operações relativas à aquisição de energia elétrica e serviços de telecomunicações fere os princípios da seletividade e essencialidade.

2. Nas razões do apelo especial, a Fazenda Estadual alega inviabilidade de impetração de **mandamus** contra lei em tese; ilegitimidade passiva e ativa das partes e violação dos arts. 535, 480 e 481 do CPC.

3. **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, tal como aqui formulado na inicial.**

Precedentes: RMS 21.271/PA, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 11/9/2006; RMS 32.022/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 20/08/2010; AgRg no REsp 855.223/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 04/05/2010; RMS 24.719/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJe de

6/8/2009.

4. Assim, à míngua de pedido expresso a respeito da declaração de inconstitucionalidade do ato apontado como coator, deve prevalecer o entendimento de que o presente mandado de segurança voltando-se contra lei em tese, o que é obstado pelo entendimento da Súmula 266 do STF. Prejudicadas as demais questões suscitadas.

5. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido a regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.

6. Recurso especial provido" (STJ, REsp 1.119.872/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 20/10/2010).

Confira-se, ainda, a lição doutrinária do rememorado HELY LOPES MEIRELLES:

"O objeto do mandado de segurança será sempre a correção de ato ou omissão de autoridade, desde que ilegal e ofensivo de direito individual ou coletivo, líquido e certo, do impetrante. Este ato ou omissão poderá provir de autoridade de qualquer dos três Poderes. **Só não se admite mandado de segurança contra atos meramente normativos (lei em tese)**, contra a coisa julgada e contra os interna corporis de órgãos colegiados. **E as razões são óbvias para essas restrições: as leis e os decretos gerais, enquanto normas abstratas, são insuscetíveis de lesar direitos**, salvo quando proibitivos; a coisa julgada só é invalidável por ação rescisória (CPC, art. 485 e STF, Súmula 268); e os interna corporis, se realmente o forem, não se sujeitam à correção judicial. **A lei em tese, como norma abstrata de conduta, não é atacável por mandado de segurança (STF, Súmula 266), pela óbvia razão de que não lesa, por si só, qualquer direito individual. Necessária se torna a conversão da norma abstrata em ato concreto, para expor-se à impetração, mas nada impede que, na sua execução, venha a ser declarada inconstitucional pela via do mandamus"** (Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, etc., RT, 13ª. edição, pág. 17/18).

No mesmo sentido a lição do saudoso Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO:

"O *writ* há de atacar o ato que, diretamente, vulnera o direito líquido e certo do impetrante. O que caracteriza a lei em tese é a generalidade do comando; desde que o ato atacado seja uma norma não individualizada, é incabível o mandado de segurança. Toda vez que o ato administrativo, por sua natureza, produzir efeitos concretos e imediatos, perde ele sua característica de ato normativo.

Sem que tenha havido qualquer medida de execução contra interesse da impetrante, porquanto pede apenas a declaração de ilegalidade da cobrança antecipada do ICMS, descabe a impetração. Os decretos editados pelo Presidente da República, que disciplinam a criação de novos cursos de ensino superior, não se expõem ao controle jurisdicional por meio da ação de mandado de segurança, pois configuram, em face de seu próprio conteúdo normativo, atos em tese, absolutamente insuscetíveis de contraste mediante utilização do *writ*. **Atos em tese são os que dispõem sobre situações gerais e impessoais, têm alcance genérico e disciplinam hipóteses que neles se acham abstratamente previstas. O mandado de segurança não é sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade e nem pode substituí-la, sob pena de grave deformação do instituto e inaceitável desvio de sua verdadeira função jurídico-processual"** (Manual de Mandado de Segurança, 4ª edição, Editora Renovar, 2003, p. 44/45).

Mesmo que não incidisse, na espécie, a Súmula 266/STF, ainda assim o Secretário de Estado da Receita da Paraíba não possuiria legitimidade para figurar, como autoridade coatora, no polo passivo deste Mandado de Segurança.

Isto porque, em se tratando de obrigação acessória (aposição de selos de controle), a autoridade coatora é aquela que tem competência para exigir a observância da norma ou autuar o contribuinte pelo descumprimento.

Com efeito, 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".

Por sua vez, a Primeira Turma do STJ, ao julgar o AgRg no RMS 36.846/RJ (Rel. Ministro ARI PARGENDLER, DJe de 07/12/2012), enfrentou situação análoga à dos presentes autos, ocasião em que 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 Receita.**

Também a Primeira Turma do STJ, ao julgar, sob a relatoria do Ministro ARI PARGENDLER, tanto o RMS 40.373/MS (DJe de 14/05/2013), quanto o RMS 38.960/MS (DJe de 22/05/2013), e, posteriormente, o RMS 38.735/CE (DJe de 19/12/2013), reafirmou que **o respectivo Secretário de Estado da Fazenda não está legitimado a figurar, como autoridade coatora, em mandados de segurança que visam evitar a prática de**

lançamento fiscal.

Consoante ficou assentado nos retromencionados precedentes da Primeira Turma do STJ, "a autoridade coatora desempenha duas funções no mandado de segurança: a) uma, internamente, de natureza processual, consistente em defender o ato impugnado pela impetração; trata-se de hipótese excepcional de legitimidade *ad processum*, em que o órgão da pessoa jurídica, não o representante judicial desta, responde ao pedido inicial; b) outra, externamente, de natureza executiva, vinculada à sua competência administrativa; ela é quem cumpre a ordem judicial. A legitimação da autoridade coatora deve ser aferida à base das duas funções acima descritas; só o órgão capaz de cumpri-las pode ser a autoridade coatora. A pessoa jurídica sujeita aos efeitos da sentença no mandado de segurança só estará bem *presentada* no processo se houver correlação material entre as atribuições funcionais da autoridade coatora e o objeto litigioso; essa identificação depende de saber, à luz do direito administrativo, *qual o órgão encarregado de defender o ato atacado pela impetração*" (RMS 40.373/MS, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, DJe de 14/05/2013; RMS 38.960/MS, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, DJe de 22/05/2013; RMS 38.735/CE, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, DJe de 19/12/2013).

A 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 exigência fiscal supostamente ilegítima. Nesse sentido: AgRg no RMS 36.113/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe de 25/09/2013; AgRg no RMS 42.792/CE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe de 11/03/2014; RMS 54.333/RN, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe de 20/10/2017.

No mesmo sentido os seguintes precedentes da Primeira Turma desta Corte: AgInt no RMS 51.519/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 16/12/2016; AgInt no RMS 46.013/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 29/08/2016; AgRg no RMS 30.771/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 30/11/2016; AgInt no RMS 49.232/MS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 18/05/2016.

Sobre a autoridade que deve figurar no polo passivo de mandado de segurança que visa o afastamento de exigência fiscal, supostamente ilegítima, confira-se a lição doutrinária de HELY LOPES MEIRELLES:

"Considera-se autoridade coatora a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado, e não o superior que o recomenda ou baixa normas para sua execução. Não há confundir, entretanto, o simples executor material do ato com a autoridade por ele responsável. 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 científica o contribuinte da exigência tributária; o coator é o chefe do serviço que arrecada o tributo e impõe as sanções fiscais respectivas, usando do seu poder de decisão" (Mandado de Segurança, 29ª edição, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 63).

Sobre a teoria da encampação – que mitiga a indicação errônea da autoridade coatora, em mandado de segurança –, a Primeira Seção do STJ, nos autos do MS 10.484/DF (Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, DJU de 26/09/2005), firmou o entendimento de que tal teoria apenas se aplica ao mandado de segurança, quando preenchidos os seguintes requisitos, cumulativamente: (a) existência de subordinação hierárquica entre a autoridade que efetivamente praticou o ato e aquela apontada como coatora, na petição inicial; (b) manifestação a respeito do mérito, nas informações prestadas; (c) ausência de modificação de competência, estabelecida na Constituição, para o julgamento do **writ**, requisito que, no presente caso, não foi atendido.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO MANDADO DE SEGURANÇA. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. NULIDADE DE ATOS PRATICADOS PELA COMISSÃO PROCESSANTE NA INSTRUÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. AUTORIDADE COATORA. MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. AUSÊNCIA DE REQUISITOS PARA APLICAÇÃO. 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 - Infere-se da inicial do presente Mandado de Segurança, que o Impetrante busca o reconhecimento da nulidade de administrativo disciplinar instaurado em seu desfavor, apontando como ato violador de seu direito líquido e certo a reabertura do PAD pelo Chefe do Escritório de Corregedoria na 8ª Região Fiscal. Nesse contexto, os atos impugnados, se existentes, devem ser atribuídos a esta autoridade, e não ao Sr. Ministro de Estado da Fazenda.

III - Considerando-se que os atos acoimados de ilegais pelo Impetrante, foram praticados pelo Chefe do Escritório de Corregedoria na 8ª Região

Fiscal , que não integra o rol de Autoridades previsto no art. 105, I, 'b', da Constituição Federal, mostra-se inviável o conhecimento do presente mandado de segurança. Precedentes.

IV - A jurisprudência desta Corte firmou entendimento segundo o qual, a aplicação da teoria da encampação, que mitiga a indicação errônea da autoridade coatora em mandado de segurança, tem lugar quando presentes os seguintes requisitos: (i) vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou as informações e aquela que determinou a prática do ato; (ii) manifestação sobre o mérito nas informações prestadas, e; (iii) ausência de modificação na competência constitucionalmente estabelecida. Precedentes.

V - *In casu*, observo ser incabível a aplicação da teoria da encampação, porquanto, não obstante exista vínculo hierárquico entre a autoridade apontada no *mandamus* e aquela que seria legitimada a figurar no polo passivo, haverá a modificação da competência constitucionalmente prevista.

VI – Não apresentação de argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

VII – 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.

VIII – Agravo Interno improvido" (STJ, AgInt nos EDcl no MS 23.399/DF, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 11/10/2017).

"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DE CHEFE DE DIVISÃO. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. INAPLICABILIDADE. MODIFICAÇÃO DE COMPETÊNCIA.

1. Trata-se de Mandado de Segurança contra comunicado oriundo do Ministério de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão que informou pagamento a maior no valor de R\$ 20.198,63, referente ao retroativo que lhe foi pago em junho de 2006 a título de reparação econômica derivada de anistia, a ser recuperado por desconto em folha.

2. A autoridade coatora (Ministro de Estado) alega que o ato combatido foi promovido pelo Chefe da Divisão de Pagamento da Coordenação-Geral de Benefícios de Caráter Indenizatório e não passou, nem passará, por sua análise. Realmente, o ato atacado não é firmado pelo Ministro de Estado e inexistem indícios de sua competência para dispor concretamente sobre o desconto em folha de valores pagos a maior.

3. Aplica-se a teoria da encampação em casos de Mandado de

Segurança sempre que, cumulativamente, estiverem cumpridos os seguintes requisitos: a) discussão do mérito nas informações; b) subordinação hierárquica entre a autoridade efetivamente coatora e a apontada como tal pela inicial e c) ausência de modificação de competência.

4. O reconhecimento de que o ato fora praticado pelo Chefe de Divisão, e não pelo Ministro de Estado, importa a incompetência do STJ, nos termos do art. 105, I, 'b', da CF, e a inaplicabilidade da teoria da encampação. Precedentes do STJ.

5. Mandado de Segurança extinto, com revogação da liminar" (STJ, MS 17.435/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 01/02/2013).

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO **MANDADO DE SEGURANÇA**. ACUMULAÇÃO DE CARGOS NA ÁREA DE SAÚDE. RESTABELECIMENTO DA JORNADA MÁXIMA ATRIBUÍDA A UM DOS CARGOS COM A RESPECTIVA REMUNERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. DILAÇÃO PROBATÓRIA INVIÁVEL NA VIA ESTREITA DO *WRIT*. DIREITO NÃO COMPROVADO DE PLANO. **ILEGITIMIDADE PASSIVA DA AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA.**

(...)

5. Assim, além de haver divergência entre o número do processo administrativo indicado no ato apontado como coator com os demais documentos juntados, o que, por si só, já indica a deficiência da prova pré-constituída, também não foi demonstrado que o Sr. Ministro de Estado da Saúde é o responsável pelo ato que determinou a impossibilidade de acumulação de cargos, pois a sua manifestação 'autorizando' a redução da jornada não traduz encampação dos motivos do outro processo administrativo, o que nem por esse motivo atrairia a competência desta Corte. **Segundo assentado pela Primeira Seção e pelas Turmas que a compõem, a teoria da encampação em sede de mandado de segurança só se aplica quando cumpridos, cumulativamente, os seguintes requisitos: a) manifestação a respeito do mérito nas informações; b) subordinação hierárquica entre a autoridade que efetivamente praticou o ato e aquela apontada como coatora na petição inicial; e c) não acarrete a modificação da competência para o julgamento do *writ*. Precedentes: MS 17.435/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 01/02/2013; AgRg no RMS 33.189/PE, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 24/02/2011; REsp 1185275/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 23/09/2011.**

6. Agravo regimental não provido" (STJ, AgRg no MS 19.461/DF, Rel.

Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 21/08/2013).

Nesse mesmo sentido, confirmam-se os seguintes julgados de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. ALÍQUOTAS APLICÁVEIS SOBRE VALORES DECORRENTES DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SECRETÁRIO DO ESTADO. NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 6º., § 3º. DA LEI 12.016/2009. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DA TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DO CONTRIBUINTE AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. Para aplicar ocorrência da teoria da encampação necessita-se do preenchimento de alguns 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.

2. A jurisprudência desta Corte Superior é pacífica acerca da ilegitimidade do Secretário de Estado da Fazenda para integrar o pólo passivo da Ação Mandamental em que se busca alterar a alíquota e a base de cálculo do ICMS incidente sobre a prestação de serviços de energia elétrica, a teor do disposto no Decreto 40.613/2007, do Estado do Rio de Janeiro.

3. Destarte, a teoria da encampação é inaplicável no caso concreto, porquanto, ainda que o Secretário de Fazenda do Estado do Rio de Janeiro tivesse defendido o mérito do ato, sua indicação como autoridade coatora resulta em alteração na competência jurisdicional, 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 ou pela expedição da certidão de regularidade fiscal. Precedentes: RMS 31.412/RJ, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 29.2.2016; RMS 29.490/RJ, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 19.8.2009.

4. Agravo Regimental do Contribuinte desprovido" (STJ, AgRg no RMS 30.771/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 30/11/2016).

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. CONCURSO PÚBLICO. LEGITIMIDADE PASSIVA NA AÇÃO MANDAMENTAL. AUTORIDADE DE QUEM EMANA O ATO IMPUGNADO. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. AUSÊNCIA DE REQUISITOS PARA APLICAÇÃO. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO FUNDAMENTADA NAS SÚMULAS 83 E 568/STJ (PRECEDENTE JULGADO SOB O REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL, SOB O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS OU QUANDO HÁ JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA SOBRE O TEMA). MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. CABIMENTO.

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 – O tribunal de origem adotou entendimento pacífico nesta Corte, segundo o qual possui legitimidade para figurar no polo passivo de ação mandamental, a autoridade de quem emana o ato impugnado.

III - Este Tribunal Superior orienta-se no sentido de que a aplicação da teoria da encampação, a qual mitiga a indicação errônea da autoridade coatora em mandado de segurança, tem lugar quando presentes os seguintes requisitos: (i) vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou as informações e aquela que determinou a prática do ato; (ii) manifestação sobre o mérito nas informações prestadas, e; (iii) ausência de modificação na competência constitucionalmente estabelecida.

IV - *In casu*, não cabe a aplicação da teoria da encampação, porquanto a ilegitimidade passiva do Sr. Prefeito Municipal de São Paulo afasta a competência originária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para o processar e julgar o feito, nos termos do art. 74, III, da Constituição do Estado de São Paulo.

(...)

VIII – Agravo Interno improvido, com aplicação de multa de 5% (cinco por cento) sobre o valor atualizado da causa" (STJ, AgInt no RMS 54.264/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJe 25/04/2018).

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DA EXIGÊNCIA DE ICMS. ILEGITIMIDADE DO SECRETÁRIO DE TRIBUTAÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE PARA

FIGURAR, COMO AUTORIDADE IMPETRADA, NO POLO PASSIVO DO MANDADO DE SEGURANÇA. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Trata-se, na origem, de Mandado de Segurança, ajuizado em 02/09/2016, contra o Secretário de Estado da Tributação do Rio Grande do Norte, perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, no qual se pretende afastar a exigência do ICMS, espécie de tributo sujeito a lançamento por homologação, sobre valores constantes de faturas de energia elétrica, referentes a EUSD - Encargo de Uso de Sistema de Distribuição, também definido como TUSD - Tarifa de Uso de Sistema de Distribuição e TUST - Tarifa de Uso de Sistema de Transmissão.

(...)

IV. 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.

V. 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.

VI. A mais recente jurisprudência da Segunda Turma do STJ orienta-se no sentido de que o Secretário de Estado não possui legitimidade para figurar, como autoridade coatora, em mandado de segurança que visa afastar a cobrança de ICMS. Nesse sentido, em caso idêntico: RMS 54.333/RN, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 20/10/2017. No mesmo sentido são os seguintes precedentes atuais da Primeira Turma desta Corte: AgInt no RMS 51.519/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 16/12/2016; AgInt no RMS 46.013/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 29/08/2016; AgRg no RMS 30.771/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 30/11/2016; AgInt no RMS 49.232/MS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA,

DJe de 18/05/2016.

VII. A partir da interpretação analítica da legislação estadual pertinente à Secretaria de Tributação do Estado do Rio Grande do Norte, ao Secretário de Estado da Tributação e aos Auditores Fiscais, especialmente os arts. 1º e 6º da Lei estadual 6.038/90, impõe-se a conclusão de que a fiscalização e a cobrança do ICMS não se incluem entre as atribuições do Secretário de Estado da Tributação do Rio Grande do Norte. Ao contrário, tais atos de fiscalização e cobrança competem, privativamente, aos Auditores Fiscais.

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

IX. Considerando-se que, na decisão agravada, foi julgado extinto o Mandado de Segurança, sem resolução do mérito, logicamente não cabe ao STJ pronunciar-se sobre o mérito da causa ou do Recurso Ordinário, porquanto tal pronunciamento seria incompatível com a decisão tomada. Nesse contexto, também não se justifica o sobrestamento do feito, até o julgamento dos recursos especial representativos da controvérsia relacionada ao mérito.

X. Agravo interno improvido" (STJ, AgInt no RMS 54.968/RN, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, DJe de 21/05/2018).

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA. PREFEITO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. SECRETÁRIO MUNICIPAL DE SAÚDE. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DA COMPETÊNCIA. RECURSO ORDINÁRIO NÃO PROVIDO.

1. Cuida-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado por Jamília Barros da Silva, ora recorrente, contra ato do Prefeito do Município de São Paulo, ora recorrido, sustentando que foi 'aprovada na 387ª posição da lista geral de concurso público da Secretaria Municipal da Saúde, para o cargo de Especialista em Saúde - Enfermeiro. Assevera que o concurso foi autorizado pela autoridade impetrada e destinou-se ao provimento de novecentos e sessenta e sete cargos, dentre os quais quatrocentos e quatro para o cargo de enfermeiro. O certame foi homologado e prorrogado por um ano, até 1º de julho de 2016. Argumenta, assim, que foi violado seu direito líquido e certo à nomeação, na medida em que fora aprovada dentro do número de vagas previsto no edital.' (fls. 385-386).

2. O Tribunal **a quo** denegou a segurança e assim consignou na sua decisão: (...)

3. **'A jurisprudência desta Corte firmou entendimento segundo o qual a aplicação da teoria da encampação, que mitiga a indicação errônea da autoridade coatora em mandado de segurança, tem lugar quando presentes os seguintes requisitos: (i) vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou as informações e aquela que determinou a prática do ato; (ii) manifestação sobre o mérito nas informações prestadas, e; (iii) ausência de modificação na competência constitucionalmente estabelecida'** (AgInt no RMS 39.158/MG, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 11/5/2017) (grifo acrescentado).

4. **Verifica-se que não é cabível, *in casu*, a aplicação da Teoria da Encampação, pois haverá modificação da competência, tendo em vista que o Secretário Municipal de Saúde, autoridade coatora, não está sujeito à competência do Órgão Especial, conforme o Regimento Interno do Tribunal de origem.**

5. Recurso Ordinário não provido" (STJ, RMS 54.827/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 19/12/2017).

Nos termos do art. 104, XIII, **d**, da Constituição do Estado da Paraíba, compete ao Tribunal de Justiça processar e julgar originariamente tão somente os mandados de segurança contra atos "do Governador do Estado, dos Secretários de Estado, da Assembleia Legislativa e de seus órgãos, do Tribunal de Contas e de seus órgãos, do Tribunal de Contas dos Municípios e de órgãos". Diferentemente do Secretário de Estado da Receita, os Auditores Fiscais estaduais não possuem prerrogativa de foro perante o Tribunal de Justiça do Estado do Paraíba, em se tratando de mandados de segurança contra atos por eles praticados.

Desse modo, ainda que afastada, na espécie, a Súmula 266/STF, o Secretário de Estado da Receita não possuiria legitimidade para figurar, como autoridade coatora, no polo passivo deste Mandado de Segurança, sendo inaplicável a teoria da encampação, ante a modificação ampliativa da competência prevista no supracitado dispositivo da Constituição Estadual.

Ante o exposto, nego provimento ao Recurso em Mandado de Segurança.
É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2017/0183580-7

PROCESSO ELETRÔNICO

RMS 54.823 / PB

Números Origem: 00025981120158150000 20020100227186 25981120158150000

PAUTA: 26/05/2020

JULGADO: 26/05/2020

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **NÍVIO DE FREITAS SILVA FILHO**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DE ÁGUAS MINERAIS

ADVOGADOS : CARLOS PEDROZA DE ANDRADE E OUTRO(S) - SP088020

GABRIEL LUCAS OLIVEIRA DOS SANTOS - PB021867

RECORRIDO : ESTADO DA PARAÍBA

PROCURADOR : ALESSANDRA FERREIRA ARAGAO E OUTRO(S)

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.