



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 32.342 - DF (2010/0110325-2)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
RECORRENTE : RAPIDÃO COMETA LOGÍSTICA E TRANSPORTE S/A
ADVOGADO : BRUNO ROMERO PEDROSA MONTEIRO E OUTRO(S)
RECORRIDO : DISTRITO FEDERAL
PROCURADOR : TATIANA FERREIRA TAMER LYRIO E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. INCONSTITUCIONALIDADE DAS ALÍQUOTAS MAJORADAS. COMPENSAÇÃO DOS VALORES INDEVIDAMENTE RECOLHIDOS. SECRETÁRIO DE FAZENDA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. INAPLICABILIDADE.

1. Hipótese em que a empresa pretende impedir o lançamento de diferenças relativas às alíquotas majoradas do ICMS, ou à compensação realizada com base nos valores indevidamente recolhidos, por reputá-las inconstitucionais. Impetrou *writ* contra o Secretário de Fazenda. O TJ extinguiu o feito sem julgamento do mérito, por ilegitimidade passiva.

2. O Diretor de Fiscalização em Estabelecimentos é a autoridade responsável consoante o art. 114 do Regimento Interno da Secretaria da Fazenda do Distrito Federal (Portaria SEFP 648/2001). O Secretário de Fazenda secunda o Governador na elaboração e implantação das políticas fiscais, o que não se confunde com lançamento, cobrança de ICMS ou análise de pedidos de restituição.

3. Inviável aplicar a Teoria da Encampação, pois haveria ampliação indevida da competência originária do Tribunal de Justiça. Precedentes do STJ.

4. Nos termos do art. 8º, I, "c", da lei que dispõe sobre a organização judiciária do Distrito Federal e Territórios, o TJ julga originariamente Mandado de Segurança impetrado contra Secretários de Estado, mas não contra Diretor de Fiscalização em Estabelecimentos.

5. Recurso Ordinário não provido.

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: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr(a). LUCAS AIRES BENTO GRAF, pela parte RECORRIDA: DISTRITO FEDERAL

Brasília, 28 de setembro de 2010(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN, Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 32.342 - DF (2010/0110325-2)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : RAPIDÃO COMETA LOGÍSTICA E TRANSPORTE S/A
ADVOGADO : BRUNO ROMERO PEDROSA MONTEIRO E OUTRO(S)
RECORRIDO : DISTRITO FEDERAL
PROCURADOR : TATIANA FERREIRA TAMER LYRIO E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Recurso Ordinário interposto contra acórdão assim ementado:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. EXIGÊNCIA DE ICMS SOBRE OPERAÇÕES DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. ATO ATRIBUÍDO AO SECRETÁRIO DE ESTADO DE FAZENDA DO DISTRITO FEDERAL. INDICAÇÃO ERRÔNEA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. EXTINÇÃO DO PROCESSO.

1. As atividades de lançamento, fiscalização e arrecadação de tributos, no âmbito do Distrito Federal, são típicas dos integrantes da carreira de auditoria tributária, não constituindo atribuições do Secretário de Estado de Fazenda, daí por que não compete ao Conselho Especial deste Tribunal processar e julgar mandado de segurança preventivo impetrado contra a suposta exigência de ICMS em desfavor do impetrante.

2. A indicação errônea da autoridade coatora em sede mandamental provoca o decreto da extinção do feito, sem resolução do mérito. Precedentes da Corte.

3. Julgou-se extinto o processo.

A recorrente afirma que o impetrado é parte legítima para figurar no pólo passivo do writ, pois "conserva em seu poder a atribuição para adoção das providências tendentes a executar ou corrigir o ato combatido" (fl. 180, e-STJ), e também porque discutiu o mérito da pretensão deduzida em juízo. Prossegue com a assertiva de que a demanda não tem por objeto lei em tese, e que, no mérito, é inconstitucional a cobrança de ICMS com base nas alíquotas de 21% e de 25%, razão pela qual possui direito líquido e certo a recolher a exação à alíquota de 17%, além de compensar os valores indevidamente recolhidos.

Foram apresentadas as contra-razões.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em parecer, o Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso.

É o **relatório**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 32.342 - DF (2010/0110325-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Não procede a irresignação da recorrente.

O Mandado de Segurança preventivo tem por objeto impedir a autuação fiscal por ausência de recolhimento das diferenças do ICMS (devido, na forma da legislação tributária, à alíquota de 21% ou 25%, ao passo que a recorrente pretende pagar o tributo à alíquota de 17%, por reputar inconstitucionais as alíquotas majoradas), ou por glosa de compensações realizadas pela impetrante, com base no mesmo fundamento.

Como bem salientou o Tribunal de origem, "os Secretários de Estado do DF têm atribuições limitadas a 'emitir comandos gerais e abstratos, a fim de orientar, coordenar e supervisionar os órgãos da sua pasta (...), o que não se coaduna, no caso, com a competência executiva referente ao ato de lançamento tributário que estaria na iminência de ser praticado em desfavor da impetrante' " (fl. 164, e-STJ).

Com efeito, o Secretário de Fazenda secunda o Governador na elaboração e implantação das políticas fiscais, o que não se confunde com lançamento, cobrança de ICMS ou análise de pedidos de restituição ou compensação.

A rigor, a atividade de lançamento é privativa de fiscais de carreira, nos termos do art. 37, XXII, da CF. Não haveria como atribuir ao ocupante do cargo de Secretário de Estado as competências relativas à constituição do crédito e exigência do ICMS.

Não se aplica, na hipótese, a teoria da encampação.

Com o reconhecimento de que a autoridade impetrada não possui legitimidade para figurar no pólo passivo do *writ*, deixa de se configurar a hipótese de competência originária do Tribunal de Justiça para julgar o feito (art. 8º, I, "c", do RI/TJDFT). Não há foro especial no caso do Diretor de Fiscalização em Estabelecimentos.

Permitir que o TJ julgue o presente *writ* corresponderia a ampliar a competência daquela Corte ao arrepio da Constituição Estadual, o que é inviável:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ADMINISTRATIVO. RMS. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. APLICABILIDADE.

1. São três os requisitos para aplicação da teoria da encampação no mandado de segurança: existir vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; não haver modificação de competência estabelecida na Constituição Federal; e ter havido manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas. Precedente da Primeira Seção: MS 10.484/DF.

2. Recurso ordinário provido.

(RMS 22.383/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/09/2008, DJe 29/10/2008)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRAÇÃO DE DEFICIENTE VISUAL OBJETIVANDO A ISENÇÃO DE ICMS PARA AQUISIÇÃO DE VEÍCULO. INDICAÇÃO DE AUTORIDADE COATORA EQUIVOCADA. SECRETÁRIO DE ESTADO EM VEZ DE DIRETOR DE RECEITAS. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. INAPLICABILIDADE. ALTERAÇÃO DA COMPETÊNCIA JURISDICIONAL. ALTERAÇÃO DO PÓLO PASSIVO DE OFÍCIO. NÃO-CABIMENTO. RECURSO ORDINÁRIO NÃO-PROVIDO.

(...)

2. A aplicação da teoria da encampação no mandado de segurança, segundo a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, exige o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos: a) existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou as informações e a que praticou o ato impugnado; b) ausência de modificação de competência jurisdicional; e c) manifestação sobre o mérito nas informações prestadas. Precedentes do STJ.

3. Mencionada teoria é inaplicável no caso concreto, porquanto, além de o Secretário de Fazenda do Estado de Roraima não ter prestados as informações e, conseqüentemente, não ter defendido o ato impugnado, a alteração à correção do pólo passivo enseja mudança na competência jurisdicional, haja vista que a competência originária do TJRR para julgar mandado de segurança contra Secretário de Estado (art. 77, inciso X, alínea m, da Constituição Estadual) não se aplica à Diretora do Departamento de Receitas, que se sujeita à primeira instância (art. 35, II, da Lei Complementar Estadual 2/93 – Lei de Organização Judiciária do Estado de Roraima).

4. Não cabe ao magistrado corrigir de ofício a autoridade coatora equivocadamente indicada na exordial de mandado de segurança. Precedentes do STJ.

5. Recurso ordinário não-provido.

(RMS 24.927/RR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/12/2008, DJe 11/12/2008)

Ademais, o Tribunal de Justiça do Estado seria equiparado a Vara Especializada em matéria tributária caso passasse a julgar, originariamente, todos os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Mandados de Segurança relacionados à exigência dos impostos estaduais.

O *mandamus* deve ser direcionado ao agente que efetivamente tem competência para a realização do ato impugnado e sua reversão. No caso, trata-se do Diretor de Fiscalização em Estabelecimentos – conforme previsto no art. 114 do Regimento Interno da Secretaria de Fazenda do Distrito Federal, consoante disposto na Portaria SEFP 648/2001 –, e não do Secretário de Fazenda.

O STJ possui precedente em questão similar à debatida nos autos, concluindo no sentido acima. Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA FRENTE. FATO GERADOR PRESUMIDO. VENDA REALIZADA A PREÇO MENOR DO QUE O UTILIZADO COMO BASE DE CÁLCULO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SECRETÁRIO DE ESTADO DA FAZENDA DO RIO DE JANEIRO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. EXTINÇÃO DO FEITO.

1. A impetrante objetiva ver reconhecido seu direito de aplicar aos cinco últimos exercícios as disposições da Lei Estadual nº 3.889/02 - que permitiria a restituição, ainda que sob a forma de compensação, de crédito de ICMS porventura decorrente de mercadoria comercializada em valor inferior ao presumido para a operação sujeita ao regime de substituição tributária.

2. A pretensão está à margem da competência atribuída ao Secretário da Fazenda Estadual, pois, segundo a legislação estadual aplicável, não é ele quem lança ou cobra os tributos estaduais, assim como também não é o responsável por autorizar a compensação tributária almejada.

3. Também não cabe invocar a Teoria da Encampação. A Primeira Seção, ao apreciar o MS nº 10.484/DF, em 24.08.05, traçou os requisitos mínimos para a sua aplicação. Ficou esclarecido, na oportunidade, que 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.

4. A dúvida fundada que legitima tal teoria ocorre quando o mandado de segurança é impetrado, por exemplo, contra o delegado da receita estadual, embora a legislação de regência atribua a um diretor de arrecadação a responsabilidade pelo controle da receita tributária no Estado. Não é o caso dos autos, pois a indicação do Secretário da Fazenda Estadual como legitimado passivo para o *mandamus* configura erro inescusável, não havendo espaço para a encampação do ato coator.

5. Ainda que assim não fosse, há um outro fator que impede a adoção da teoria, qual seja, o fato de que o Secretário de Estado tem foro especial



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por prerrogativa de função, de modo que aceitar a encampação do ato importaria, em última análise, na modificação de regra de competência fixada na Constituição do Estado.

6. Assim, estão ausentes dois dos requisitos necessários à aplicação válida da Teoria da Encampação: (a) inexistência de modificação de regra constitucional de competência e (b) dúvida razoável quanto à legitimação passiva na impetração.

7. Preliminar de ilegitimidade passiva da autoridade coatora acolhida.

8. Extinção do mandado de segurança sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, IV e VI, do CPC.

(RMS 20471/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/06/2009, DJe 17/06/2009)

Diante do exposto, **nego provimento ao Recurso Ordinário.**

É como **voto.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2010/0110325-2 PROCESSO ELETRÔNICO RMS 32.342 / DF

Números Origem: 195928320088070000 20080020195927 20080020195927RED

PAUTA: 28/09/2010

JULGADO: 28/09/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA CAETANA CINTRA SANTOS**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : RAPIDÃO COMETA LOGÍSTICA E TRANSPORTE S/A
ADVOGADO : BRUNO ROMERO PEDROSA MONTEIRO E OUTRO(S)
RECORRIDO : DISTRITO FEDERAL
PROCURADOR : TATIANA FERREIRA TAMER LYRIO E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). **LUCAS AIRES BENTO GRAF**, pela parte RECORRIDA: DISTRITO FEDERAL

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 Mauro Campbell Marques, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 28 de setembro de 2010

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária