



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 27.143 - PE (2008/0141434-2)

RELATOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
RECORRENTE : **JOSÉ IVANILDO CORREIA CAVALCANTI DE MORAIS E OUTRO**
ADVOGADO : **MÔNICA IZABEL CARNEIRO DE ANDRADE E OUTRO(S)**
RECORRIDO : **ESTADO DE PERNAMBUCO**
PROCURADOR : **LUCIANA GRASSANO DE GOUVÊA MELO E OUTRO(S)**

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. INAPLICABILIDADE. TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA DE POTÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA APRESENTADO PELO USUÁRIO DO SERVIÇO. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM.

1. É inviável a aplicação da teoria da encampação quando enseja a ampliação indevida da competência originária do Tribunal de Justiça.
2. Além disso, o usuário do serviço de energia elétrica (consumidor em operação interna), na condição de contribuinte de fato, é parte ilegítima para discutir a incidência do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica ou para pleitear a repetição do tributo mencionado.
3. Recurso ordinário não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento:

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

Os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Castro Meira, Humberto Martins (Presidente) e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de abril de 2011.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES , Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 27.143 - PE (2008/0141434-2)

RELATOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
RECORRENTE : JOSÉ IVANILDO CORREIA CAVALCANTI DE MORAIS E OUTRO
ADVOGADO : MÔNICA IZABEL CARNEIRO DE ANDRADE E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADOR : LUCIANA GRASSANO DE GOUVÊA MELO E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):

Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto com fundamento no art. 105, II, *b*, da Constituição Federal, em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco cuja ementa é a seguinte:

MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIDADE COATORA. SECRETÁRIO DA FAZENDA. ICMS. RESTITUIÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE PASSIVA. EXTINÇÃO DA AÇÃO.

O Secretário da Fazenda do Estado de Pernambuco não é parte legítima para responder a mandado de segurança impetrado com a finalidade de obter benefício fiscal em face de cobrança supostamente indevida de ICMS, ou restituição de indébito, cuja responsabilidade é atribuída ao Diretor de Administração Tributária.

O Secretário da Fazenda apenas expede atos normativos de sua competência, não praticando aqueles por ele delegados a autoridade infra-secretarial.

Incidência do Enunciado nº 21, do TJPE.

Extinção da Ação Mandamental sem análise do mérito.

Os recorrentes sustentam que, na hipótese, é aplicável a teoria da encampação, pois a autoridade apontada como coatora "defendeu o ato impugnado e legitimou-se passivamente".

No mais, sustentam que o ICMS incide tão somente sobre o consumo, e não sobre a demanda medida e/ou de ultrapassagem.

O Estado de Pernambuco, em suas contrarrazões, pugna pelo não provimento do recurso, tendo em vista que: (a) a autoridade apontada como coatora não tem legitimidade para ocupar o polo passivo da presente demanda; (b) o contribuinte de fato não tem legitimidade para discutir a incidência do ICMS; (c) é legítima a incidência do ICMS sobre a demanda contratada efetivamente consumida.

O Ministério Público Federal, por meio do parecer de fls. 274/279, opina pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"provimento do recurso ordinário, para que seja afastada a preliminar de ilegitimidade passiva da autoridade indicada como coatora e consequentemente seja dado prosseguimento pela Corte de origem à apreciação dos demais tópicos abordados".

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 27.143 - PE (2008/0141434-2)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. INAPLICABILIDADE. TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA DE POTÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA APRESENTADO PELO USUÁRIO DO SERVIÇO. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM.

1.É inviável a aplicação da teoria da encampação quando enseja a ampliação indevida da competência originária do Tribunal de Justiça.

2.Além disso, o usuário do serviço de energia elétrica (consumidor em operação interna), na condição de contribuinte de fato, é parte ilegítima para discutir a incidência do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica ou para pleitear a repetição do tributo mencionado.

3.Recurso ordinário não provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):

O recurso não merece prosperar.

A Primeira Seção/STJ, ao julgar o MS 10.484/DF (Rel. Min. José Delgado, DJ de 26.9.2005), consagrou orientação no sentido de que a teoria da encampação apenas é aplicável ao mandado de segurança quando preenchidos os seguintes requisitos, cumulativamente: (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 da República.

Na hipótese, ao prestar as informações (fls. 139/157), a autoridade impetrada bem esclareceu que "não é o Secretário da Fazenda que está a exigir o ICMS incidente sobre a demanda de energia elétrica", porquanto se trata de competência do "Coordenador de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda", conforme regras previstas na legislação estadual, sendo que o Tribunal de Justiça não possui competência originária para julgar mandado de segurança impetrado em face desta autoridade.

Assim, é inviável a aplicação da teoria da encampação, porquanto ensejaria a ampliação indevida da competência originária do Tribunal de Justiça.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido, destacam-se:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SECRETÁRIO DE ESTADO. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. INAPLICABILIDADE. MODIFICAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL.

1. O Secretário de Fazenda do Estado de Pernambuco é parte ilegítima para figurar no polo passivo de mandado de segurança em que se discute auto de infração lavrado em decorrência do não pagamento de ICMS.

2. *"A teoria da encampação é aplicável ao mandado de segurança tão-somente quando preenchidos os seguintes requisitos: (i) existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; (ii) ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal; e (iii) manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas."* (REsp nº 818.473/MT, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, *in* DJe 17/12/2010).

3. Inaplicabilidade da teoria da encampação, pena de ampliação indevida da competência originária do Tribunal de Justiça, que não abrange a competência para julgar mandado de segurança impetrado em face de ato do Diretor de Administração Tributária. Precedentes.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no RMS 33.189/PE, 1ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe de 24.2.2011)

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.

(RMS 32.342/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 2.2.2011)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Além disso, depreende-se dos autos que os impetrantes (ora recorrentes) figuram na condição de usuários do serviço de energia elétrica que é prestado pela respectiva concessionária de serviço público.

Contudo, em se tratando de ICMS, o conceito de contribuinte (de direito) deve ser extraído do art. 4º da LC 87/96, ou seja, contribuinte é aquele que, nas operações internas, promove a saída da mercadoria ou a prestação do serviço. Assim, não se confundem as figuras do contribuinte de direito, legalmente prevista, e do usuário do serviço (consumidor em operação interna).

Assim, *"adotando a nova orientação do STJ, fixada no julgamento do REsp 903.394/AL, sob o regime dos repetitivos, somente o contribuinte de direito tem legitimidade ativa ad causam para a demanda relativa ao tributo indireto"*, de modo que fica afastada a legitimidade do contribuinte de fato (REsp 928.875/MT, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 1º.7.2010).

Desse modo, o usuário do serviço de energia elétrica (consumidor em operação interna), na condição de contribuinte de fato, é parte ilegítima para discutir a incidência do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica ou para pleitear a repetição do tributo mencionado.

No mesmo sentido:

TRIBUTÁRIO. ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA CONTRATADA. CONSUMIDOR EM OPERAÇÃO INTERNA. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM.

1. A Segunda Turma, ao julgar o REsp 928.875/MT na sessão de 11.5.2010, modificou seu entendimento quanto à legitimidade ativa *ad causam* do consumidor da energia elétrica em relação ao ICMS, à luz do acórdão proferido no REsp 903.394/AL (rel. Min. Luiz Fux), sob o regime dos recursos repetitivos, concernente ao IPI sobre bebidas.
2. No caso da energia elétrica, embora o consumidor possa ser considerado contribuinte de fato, jamais o será de direito nas operações internas, pois não promove a circulação do bem, e tampouco há previsão legal nesse sentido.
3. A Constituição Federal e a LC 87/1996 não deixam dúvidas quanto ao contribuinte de direito: a) nas operações internas, contribuinte é quem fornece a energia, nos termos do art. 4º, *caput*, da LC 87/1996; e b) nas operações interestaduais, há imunidade nos termos do art. 155, § 2º, X, da CF.
4. Na hipótese, a autora da Ação é empresa que adquire energia elétrica no Ceará da concessionária local de energia, a Companhia Energética do Ceará – Coelce.
5. Trata-se de operações internas de energia elétrica, em que contribuinte de direito é quem promove a saída, aquele indicado na lei para ocupar o pólo passivo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da relação tributária, que não se confunde com o consumidor, nos termos do art. 4º, *caput*, da LC 87/1996.

6. Somente o contribuinte de direito tem legitimidade ativa *ad causam* para a demanda relativa ao tributo indireto, o que não é o caso da recorrida.

7. Recurso Ordinário provido.

(RMS 31.786/CE, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 1º.7.2010)

Desse modo, reconhecida a ilegitimidade passiva da autoridade impetrada, bem como a ilegitimidade ativa *ad causam* dos impetrantes, não merece nenhum reparo o acórdão recorrido, que extinguiu o processo sem resolução de mérito, na forma do art. 267, VI, do CPC.

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO ao recurso ordinário.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2008/0141434-2

RMS 27.143 / PE

Número Origem: 1395451

PAUTA: 07/04/2011

JULGADO: 07/04/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **EUGÊNIO JOSÉ GUILHERME DE ARAGÃO**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : JOSÉ IVANILDO CORREIA CAVALCANTI DE MORAIS E OUTRO

ADVOGADO : MÔNICA IZABEL CARNEIRO DE ANDRADE E OUTRO(S)

RECORRIDO : ESTADO DE PERNAMBUCO

PROCURADOR : LUCIANA GRASSANO DE GOUVÊA MELO 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 Sr. Ministro-Relator, sem destaque."

Os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Castro Meira, Humberto Martins (Presidente) e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.