



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no MANDADO DE SEGURANÇA Nº 19.461 - DF (2012/0247390-2)

RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
AGRAVANTE : SIMONE APARECIDA ABDALA FERREIRA
ADVOGADO : SYLVIA APARECIDA ABDALA FERREIRA
AGRAVADO : UNIÃO
PROCURADOR : ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO - AGU

EMENTA

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.

1. Agravo regimental interposto contra decisão que indeferiu liminarmente mandado de segurança no qual se pleiteava o restabelecimento de jornada de trabalho de 8h diárias e 40h semanais, com vencimentos integrais, sob o argumento de ser ilegal o ato que determinou a redução da jornada para 6h diárias e 30h semanais, com vencimentos proporcionais.

2. O pedido para que autoridade coatora "apresente as cópias de todos os documentos que encontram-se em seu poder e que comprovam o direito líquido e certo", além de não ter sido formulado na inicial, o que denota preclusão do pleito porque o *writ* não admite instrução probatória, também desborda do que dispõe o artigo 6º, § 2º, da Lei n. 12.016/09, pois feito de forma genérica e sem qualquer indício de que a autoridade impetrada se recusou a fornecê-los.

3. O ato supostamente ilegal trata de "**autorização**" para redução da jornada, nos termos do que dispõe o artigo 5º da MP n. 2.174-28/2001 e faz referência ao **Processo n. 33433.005025/2012-19**. Já os documentos que dispuseram a respeito da suposta ilegalidade na acumulação de dois cargos de farmacêutico (um na administração pública federal e outro na administração pública estadual) dizem respeito a outro Processo Administrativo, de **n. 33433.004166/2011-25**; ou seja, não há prova pré-constituída de que essa "autorização", mesmo que observada sob a ótica de "ordem" para a redução da jornada de trabalho, teria sido reflexo ou finalização de processo administrativo disciplinar julgado pelo Sr. Ministro de Estado da Saúde.

4. Do que consta da inicial do *writ* e da minuta deste agravo regimental, o processo administrativo disciplinar contra o qual se volta a impetrante fora julgado por outra autoridade administrativa, que não o Sr. Ministro de Estado da Saúde. Confira-se o que foi aduzido: "[...] a Agravante foi, então, compelida pelo Diretor do Hospital Federal dos Servidores do Estado do Rio de Janeiro a reduzir sua jornada de trabalho para 30 (trinta) horas semanais com vencimentos proporcionais ou a optar por um dos vínculos públicos, sob pena de demissão do serviço público federal"; "[...] a redução da carga horária da Agravante não foi solicitada à chefia imediata da mesma, no caso, o responsável técnico pelo serviço de farmácia/HFSE/MF, mas, sim, ao Sr. Diretor Geral do referido hospital".

5. Assim, além de haver divergência entre o número do processo administrativo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Ari Pargendler, Eliana Calmon, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho e Mauro Campbell Marques votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de agosto de 2013(Data do Julgamento)

MINISTRO BENEDITO GONÇALVES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no MANDADO DE SEGURANÇA Nº 19.461 - DF (2012/0247390-2)

RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
AGRAVANTE : SIMONE APARECIDA ABDALA FERREIRA
ADVOGADO : SYLVIA APARECIDA ABDALA FERREIRA
AGRAVADO : UNIÃO
PROCURADOR : ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO - AGU

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão que contém a seguinte ementa (fl. 82):

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. 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. INDEFERIMENTO LIMINAR DA SEGURANÇA SEM APRECIÇÃO DO MÉRITO.

A agravante é farmacêutica e ocupa dois cargos de profissional da saúde, um no Laboratório Central de Saúde Pública Noel Nutels, órgão do Estado do Rio de Janeiro, e outro no Hospital Federal dos Servidores do Estado do Rio de Janeiro. Alega que o ato que determinou a redução da sua jornada de trabalho de 40h para 30h no Hospital Federal é ilegal, pois demonstrado neste writ a compatibilidade de horários. Reitera que (fl. 98):

O fundamento adotado pela Autoridade Coatora carece de legalidade, haja vista que a recomendação exarada pela AGU e a decisão proferida pelo TCU não caracterizam norma legal apta a justificar a coação a que foi submetida a Agravante, ao ser obrigada a reduzir sua carga horária e seus vencimentos, uma vez que a outra opção que lhe foi apresentada pela Autoridade Coatora era o pedido de exoneração de um dos vínculos públicos, sob pena de demissão compulsória do vínculo federal.

No seu entender, inexistindo vedação constitucional ou legal quanto à jornada semanal, deve a ordem ser concedida porque não pode o administrador criar limites ao exercício do trabalho, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade.

Ao final, afirma que a prova pré-constituída não é absoluta e requer a intimação da autoridade coatora para que sejam apresentadas cópias de todos os documentos que se encontram em seu poder e que comprovam o direito líquido e certo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no MANDADO DE SEGURANÇA Nº 19.461 - DF (2012/0247390-2)

EMENTA

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.

1. Agravo regimental interposto contra decisão que indeferiu liminarmente mandado de segurança no qual se pleiteava o restabelecimento de jornada de trabalho de 8h diárias e 40h semanais, com vencimentos integrais, sob o argumento de ser ilegal o ato que determinou a redução da jornada para 6h diárias e 30h semanais, com vencimentos proporcionais.

2. O pedido para que autoridade coatora "apresente as cópias de todos os documentos que encontram-se em seu poder e que comprovam o direito líquido e certo", além de não ter sido formulado na inicial, o que denota preclusão do pleito porque o *writ* não admite instrução probatória, também desborda do que dispõe o artigo 6º, § 2º, da Lei n. 12.016/09, pois feito de forma genérica e sem qualquer indício de que a autoridade impetrada se recusou a fornecê-los.

3. O ato supostamente ilegal trata de "**autorização**" para redução da jornada, nos termos do que dispõe o artigo 5º da MP n. 2.174-28/2001 e faz referência ao **Processo n. 33433.005025/2012-19**. Já os documentos que dispuseram a respeito da suposta ilegalidade na acumulação de dois cargos de farmacêutico (um na administração pública federal e outro na administração pública estadual) dizem respeito a outro Processo Administrativo, de **n. 33433.004166/2011-25**; ou seja, não há prova pré-constituída de que essa "autorização", mesmo que observada sob a ótica de "ordem" para a redução da jornada de trabalho, teria sido reflexo ou finalização de processo administrativo disciplinar julgado pelo Sr. Ministro de Estado da Saúde.

4. Do que consta da inicial do *writ* e da minuta deste agravo regimental, o processo administrativo disciplinar contra o qual se volta a impetrante fora julgado por outra autoridade administrativa, que não o Sr. Ministro de Estado da Saúde. Confira-se o que foi aduzido: "[...] a Agravante foi, então, compelida pelo Diretor do Hospital Federal dos Servidores do Estado do Rio de Janeiro a reduzir sua jornada de trabalho para 30 (trinta) horas semanais com vencimentos proporcionais ou a optar por um dos vínculos públicos, sob pena de demissão do serviço público federal"; "[...] a redução da carga horária da Agravante não foi solicitada à chefia imediata da mesma, no caso, o responsável técnico pelo serviço de farmácia/HFSE/MF, mas, sim, ao Sr. Diretor Geral do referido hospital".

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): A decisão ora agravada indeferiu liminarmente o mandado de segurança, nos termos do que dispõem os artigos 10, *caput*, da Lei n. 12.016/09, 34, XVIII, e 212 do RI/STJ ao fundamento de que a impetrante não fez prova pré-constituída do seu direito.

Afasta-se, inicialmente, a pretensão da impetrante de buscar corrigir eventual deficiência documental da prova pré-constituída.

O pedido para que autoridade coatora "apresente as cópias de todos os documentos que encontram-se em seu poder e que comprovam o direito líquido e certo", além de não ter sido formulado na inicial, o que denota a preclusão do que se pede porque o *writ* não admite dilação probatória, também desborda do que dispõe o artigo 6º, § 2º, da Lei n. 12.016/09, pois feito de forma genérica e sem qualquer indício de que a autoridade impetrada se recusou a fornecê-los.

O ato contra o qual se volta o *writ* está assim redigido:

Portaria n. 1.716, de 10 de agosto de 2012 (fls. 38-39):

O MINISTRO DE ESTADO DA SAÚDE, no uso de suas atribuições legais e considerando o disposto no **art. 5º da Medida Provisória n. 1917-1, de 27 de agosto de 1999, publicada no Diário Oficial da União de 28 subsequente, reeditada pela Medida Provisória n. 2174-28, em seus artigos 5º a 7º, publicada no Diário Oficial da União de 25 de agosto de 2001** (edição extra), Portaria Normativa n. 7 - SRH/MP, de agosto de 1999 e o constante no Processo n. 33433.005025/2012-19, resolve:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Art. 1º - **Autorizar** a redução da jornada de trabalho com remuneração proporcional de 8 (oito) horas diárias e 40 (quarenta) horas semanais, para 6 (seis) horas diárias e 30 (trinta) horas semanais, à servidora SIMONE APARECIDA ABDALA FERREIRA, matrícula no SIAPE n. 1578972, ocupante do cargo de Farmacêutico, Classe "A", Padrão V, pertencente ao Quadro de Pessoal Permanente do Ministério da Saúde, lotada no Hospital Federal dos Servidores do Estado (grifo nosso).

O artigo 5º da MP n. 2.174-28/2001, que respalda o referido ato dispõe que:

Art. 5º. **É facultado** ao servidor da administração pública direta, autárquica e fundacional, ocupante exclusivamente de cargo de provimento efetivo, **requerer** a redução da jornada de trabalho de oito horas diárias e quarenta semanais para seis ou quatro horas diárias e trinta ou vinte horas semanais, respectivamente, com remuneração proporcional, calculada sobre a totalidade da remuneração (grifo nosso).

§ 1º O disposto no *caput* deste artigo não se aplica aos ocupantes de cargo de provimento efetivo das carreiras ou dos cargos de que tratam os incisos I a III e V e VI do *caput* do art. 3º.

§ 2º **Observado o interesse da administração**, a jornada reduzida com remuneração proporcional **poderá ser concedida a critério da autoridade máxima do órgão ou da entidade a que se vincula o servidor, vedada a delegação de competência** (grifo nosso).

§ 3º **A jornada reduzida poderá ser revertida em integral**, a qualquer tempo, **de ofício ou a pedido do servidor**, de acordo com o juízo de conveniência e oportunidade da administração, ressalvado, em qualquer hipótese, o disposto no parágrafo único do art. 16 (grifos nosso).

§ 4º O ato de concessão deverá conter, além dos dados funcionais do servidor, a data do início da redução da jornada, mediante publicação em boletim interno.

§ 5º O servidor que requerer a jornada de trabalho reduzida deverá permanecer submetido à jornada a que esteja sujeito até a data de início fixada no ato de concessão.

Entretanto, os documentos que acompanharam a petição inicial não fazem menção ao **Processo n. 33433.005025/2012-19**, que serviu de parâmetro para a "autorização" da redução de jornada, conforme consta do ato impugnado, mas sim, ao **PAD n. 33433.004166/2011-25**; ou seja, não há prova pré-constituída de que essa "autorização", mesmo que observada sob a ótica de "ordem" para a redução da jornada de trabalho, teria sido reflexo de processo administrativo disciplinar julgado pela própria autoridade apontada como coatora.

Ao revés, ao que tudo indica, o processo administrativo disciplinar contra o qual se volta a impetrante fora julgado por outra autoridade administrativa, conforme pode ser constatado dos seguintes pontos da inicial (fls. 3-4) e também da petição de agravo regimental (fl. 97):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na petição inicial consta:

5 - Ao ser questionada quanto à referida acumulação, a servidora, ora Impetrante, em abril de 2011 deu entrada ao Processo de Acúmulo de Cargos (Processo - SIPAR nº 33433.004166/2011-25), visando comprovar a legalidade de seus vínculos públicos.

6 - Para sua perplexidade, a Impetrante foi surpreendida com o indeferimento de seu pedido de acumulação de cargos, mesmo após prova irrefutável quanto à compatibilidade de horários, sem que os mesmos se sobrepusessem ou que fosse excessiva a carga horária.

7 - A Impetrante foi, então, compelida pelo Diretor do Hospital Federal dos Servidores do Estado do Rio de Janeiro/ RJ a optar por um dos cargos exercidos ou pela redução da carga horária, sob pena de demissão, mediante abertura de procedimento administrativo disciplinar (documento em anexo). Para justificar tal determinação, a autoridade administrativa evocou os termos do acórdão 2242/2007, lavrado pelo TCU, e do Parecer GQ 145/98, expedido pela AGU.

[...]

15 - O fundamento adotado pela Autoridade Coatora carece de legalidade, haja vista que a recomendação exarada pela AGU e a decisão proferida pelo TCU não caracterizam norma legal apta a justificar a coação a que foi submetida a Impetrante, ao ser obrigada a reduzir sua carga horário e seus vencimentos, mormente quando considerado o disposto no art. 84, IV, da Constituição Federal, que enumera as competências privativas do Presidente da República, quais sejam: sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução.

No agravo regimental consta:

5 - Através de abertura de Processo Administrativo Disciplinar, **a Agravante foi, então, compelida pelo Diretor do Hospital Federal dos Servidores do Estado do Rio de Janeiro a reduzir sua jornada de trabalho para 30 (trinta) horas semanais com vencimentos proporcionais ou a optar por um dos vínculos públicos, sob pena de demissão do serviço público federal.**

[...]

9 - O fundamento adotado pela Autoridade Coatora carece de legalidade, haja vista que a recomendação exarada pela AGU e a decisão proferida pelo TCU não caracterizam norma legal apta a justificar a coação a que foi submetida a Agravante, ao ser obrigada a reduzir sua carga horária e seus vencimentos, uma vez que a outra opção que lhe foi apresentada pela Autoridade Coatora era o pedido de exoneração de um dos vínculos públicos, sob pena de demissão compulsória do vínculo federal.

[...]

18- Diferentemente do que foi informado pela Autoridade Impetrada, **a redução da carga horária da Agravante não foi solicitada à chefia imediata da mesma, no caso, o responsável técnico pelo serviço de farmácia/HFSE/MF, mas, sim, ao Sr. Diretor Geral do referido hospital**, o qual cumpre ordens do Sr. Ministro de Estado da Saúde, apontado como Autoridade Coatora, provando mais uma vez, o caráter reativo da ora Agravante, visando manter seu vínculo, então ameaçado (grifos nossos).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vê-se do alegado que o indeferimento da acumulação de cargos foi decidido por autoridade distinta da apontada como coatora, qual seja, o Sr. Diretor do Hospital Federal dos Servidores do Estado, o que pode ser confirmado no documento de fl. 33. Já a redução da jornada não foi observada porque vedada a delegação da referida competência. Confira-se o que consta no § 2º do artigo 5º da MP n. 5º da MP n. 2.174-28/2001:

Art. 5º É facultado ao servidor da administração pública direta, autárquica e fundacional, ocupante exclusivamente de cargo de provimento efetivo, requerer a redução da jornada de trabalho de oito horas diárias e quarenta semanais para seis ou quatro horas diárias e trinta ou vinte horas semanais, respectivamente, com remuneração proporcional, calculada sobre a totalidade da remuneração.

[...]

§ 2º Observado o interesse da administração, a jornada reduzida com remuneração proporcional poderá ser concedida a critério da autoridade máxima do órgão ou da entidade a que se vincula o servidor, **vedada a delegação de competência.**

Desse modo, além de haver divergência entre o número do processo administrativo indicado no ato coator com os demais documentos juntados, o que, por si só, já indica a deficiência da prova pré-constituída, há que se considerar outro ponto.

Não está demonstrado nos autos que o Sr. Ministro de Estado da Saúde é o responsável pelo **ato que determinou a impossibilidade de acumulação de cargos**. 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, pois 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*.

A propósito:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 (MS 17.435/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 01/02/2013).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. INSURGÊNCIA CONTRA A COBRANÇA DE TRIBUTO. DECRETO 13.162/2011 (PROTOCOLO ICMS 21/2011). ATO ATRIBUÍDO AO GOVERNADOR E AO SECRETÁRIO DE ESTADO DE FAZENDA. ILEGITIMIDADE PASSIVA.

1. Recurso ordinário em mandado de segurança impetrado com o objetivo de afastar a cobrança de ICMS exigida pelo Estado do Mato Grosso do Sul com base no Decreto 13.162/2011, autorizado pelo Protocolo ICMS 21/2011, o qual determina o recolhimento de diferencial de alíquota interestadual em face de venda não presencial realizada por meio da internet, bem como impedir a apreensão das mercadorias destinadas aos consumidores residentes naquele Estado.

2. Não compete diretamente ao Governador ou ao Secretário de Estado de Fazenda indicado, mas, sim, aos Agentes Fiscais, a fiscalização e a cobrança do tributo em comento. Inteligência dos arts. 219, § 1º, incisos I e II da Lei 1.810/97 (Código Tributário Estadual) e 123, §§ 1º, 2º e 3º, do Decreto 9.203/1998 (Regulamento do ICMS).

3. Impossível, na espécie, a aplicação da teoria da encampação, na medida em que a indevida presença do Governador ou do Secretário de Estado de Fazenda no polo passivo do mandamus modifica a regra de competência jurisdicional disciplinada pela Constituição Estadual (art. 114, II, b).

4. Reconhecida, de ofício, a ilegitimidade das autoridades coadoras; prejudicado o recurso ordinário (RMS 37.270/MS, desta relatoria, PRIMEIRA TURMA, DJe 22/04/2013).

TRIBUTÁRIO. PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIDADE COATORA. LEGITIMIDADE. ISS. EMPRESA PRESTADORA DE TRABALHO TEMPORÁRIO. BASE DE CÁLCULO QUE ABRANGE, ALÉM DA TAXA DE AGENCIAMENTO, OS VALORES RELATIVOS AO PAGAMENTO DOS SALÁRIOS E ENCARGOS SOCIAIS REFERENTES AOS TRABALHADORES CONTRATADOS PELA "EMPRESA DE TRABALHO TEMPORÁRIO".

1. É aplicável a teoria da encampação em casos de mandado de segurança sempre



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que, cumulativamente, estiverem cumpridos os seguintes requisitos: (i) discussão do mérito nas informações; (ii) subordinação hierárquica entre a autoridade efetivamente coatora e a apontada como tal pela inicial e (iii) inexistência de modificação de competência.

2. A orientação da Primeira Seção/STJ firmou-se no sentido de que "as empresas de mão-de-obra temporária podem encartar-se em duas situações, em razão da natureza dos serviços prestados: (i) como intermediária entre o contratante da mão-de-obra e o terceiro que é colocado no mercado de trabalho; (ii) como prestadora do próprio serviço, utilizando de empregados a ela vinculados mediante contrato de trabalho". Na primeira hipótese, o ISS incide "apenas sobre a taxa de agenciamento, que é o preço do serviço pago ao agenciador, sua comissão e sua receita, excluídas as importâncias voltadas para o pagamento dos salários e encargos sociais dos trabalhadores". Na segunda situação, "se a atividade de prestação de serviço de mão-de-obra temporária é prestada através de pessoal contratado pelas empresas de recrutamento, resta afastada a figura da intermediação, considerando-se a mão-de-obra empregada na prestação do serviço contratado como custo do serviço, despesa não dedutível da base de cálculo do ISS", como ocorre em relação aos serviços prestados na forma da Lei 6.019/74 (REsp 1.138.205/PR, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 1º.2.2010 - recurso submetido à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ).

3. No caso dos autos, é incontroverso que a empresa recorrida é prestadora de trabalho temporário, que utiliza para tanto empregados por ela própria contratados pelo regime trabalhista. Desse modo, a base de cálculo do ISS abrange, além da taxa de agenciamento, os valores relativos ao pagamento dos salários e encargos sociais referentes aos trabalhadores contratados pela "empresa de trabalho temporário" (art. 4º da Lei 6.019/74).

4. Recurso especial parcialmente provido (REsp 1185275/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 23/09/2011).

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental ressaltando o direito da impetrante às vias ordinárias.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2012/0247390-2 PROCESSO ELETRÔNICO MS **AgRg no 19.461 / DF**

PAUTA: 14/08/2013

JULGADO: 14/08/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FLAVIO GIRON**

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : SIMONE APARECIDA ABDALA FERREIRA
ADVOGADO : SYLVIA APARECIDA ABDALA FERREIRA
IMPETRADO : MINISTRO DE ESTADO DA SAÚDE
INTERES. : UNIÃO

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Servidor Público Civil - Regime Estatutário - Acumulação de Cargos

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : SIMONE APARECIDA ABDALA FERREIRA
ADVOGADO : SYLVIA APARECIDA ABDALA FERREIRA
AGRAVADO : UNIÃO
PROCURADOR : ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO - AGU

CERTIDÃO

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

"A Seção, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Ari Pargendler, Eliana Calmon, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho e Mauro Campbell Marques votaram com o Sr. Ministro Relator.