



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 29.478 - PA (2009/0087755-8)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
RECORRENTE : PARÁ PIGMENTOS S/A
ADVOGADO : ALEXANDRE COUTINHO DA SILVEIRA E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DO PARÁ
PROCURADOR : MARCUS VINICIUS NERY LOBATO E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. AUTUAÇÃO FISCAL. SECRETÁRIO DE FAZENDA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. INAPLICABILIDADE.

1. Hipótese em que a empresa pretende afastar autuação fiscal relativa ao ICMS paraense.
2. O Delegado Regional Tributário é autoridade competente para autuar. O julgamento de impugnação é realizado pelo Diretor da julgadoria de primeira instância e, em segunda instância administrativa, pelo Tribunal Administrativo de Recursos Fazendários, nos termos da Lei estadual 6.182/1998.
3. A autoridade impetrada (Secretário de Fazenda) não tem competência para autuar a contribuinte, tampouco para rever o lançamento realizado pela autoridade fiscal.
4. 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.
5. Inaplicável a Teoria da Encampação, pois haveria ampliação indevida da competência originária do Tribunal de Justiça. Precedentes do STJ.
6. Nos termos do art. 161, I, "c", da Constituição Estadual, o TJ julga originariamente Mandado de Segurança impetrado contra Secretários de Estado, mas não contra Diretor de Receita Pública ou autoridades integrantes dos órgãos de julgamento administrativo.
7. 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, Eliana Calmon, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr(a). PEDRO BENTES PINHEIRO FILHO, pela parte RECORRENTE:
PARÁ PIGMENTOS S/A

Brasília, 04 de maio de 2010(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN, Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 29.478 - PA (2009/0087755-8)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
RECORRENTE : PARÁ PIGMENTOS S/A
ADVOGADO : ALEXANDRE COUTINHO DA SILVEIRA E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DO PARÁ
PROCURADOR : MARCUS VINICIUS NERY LOBATO E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Recurso Ordinário interposto contra acórdão assim ementado (fl. 425):

Mandado de segurança Tributário ICMS
Transferência de mercadoria Caulim Inexistência de direito líquido e certo Lei complementar n. 87/96 Lei estadual n. 5.530/89 Decretos Estaduais 4.676/01 e 1516/96 Segurança denegada

1. A incidência do imposto sobre a transferência de caulim, encontra-se disciplinada pela Lei Estadual n. 5.530/89 e regulamentada pelos Decretos ns. 4.676/01 e 15.16/96, não tendo a impetrante demonstrado seu direito líquido e certo.

2. Segurança denegada, à unanimidade.

A recorrente argumenta que o acórdão é nulo, por violação ao art. 249, § 2º, do CPC, decorrente de erro na condução do julgamento e contabilização dos votos (fl. 455).

No mérito, aduz que o ICMS não incide sobre a simples transferência de mercadoria entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, nos termos da Súmula 166/STJ (fl. 459).

O MPF opinou pelo parcial provimento ao Recurso (fl. 500).

É o **relatório**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 29.478 - PA (2009/0087755-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator):

Discute-se a validade de auto de infração e sua inscrição em dívida ativa. Para total clareza, transcrevo trecho da petição inicial (fl. 2):

I - DO ATO COATOR

Em 25 de setembro de 2003, foi lavrado o Auto de Infração e Notificação Fiscal nº 62003510000-0723, pela então Delegacia da 6ª Região Fiscal, hoje Coordenadoria Executiva Regional de Administração Tributária e Não-Tributária de Abaetetuba.

(...)

Faço essa observação preliminar, pois a ação não apresenta uma de suas condições, a legitimidade passiva da autoridade impetrada. A questão foi devidamente suscitada pela Fazenda, inclusive nas contra-razões ao presente Recurso Ordinário (fl. 360).

Como visto, o Auto de Infração, que seria o ato coator, foi lavrada pelo agente de fiscalização da Delegacia da 6ª Região Fiscal, e não pelo Secretário de Fazenda.

É incontroverso que, nos termos da Lei Estadual 6.182/1998, a autuação é realizada "por servidor a quem compete a fiscalização do tributo" (art. 12). Ademais, "a Delegacia Regional da Fazenda Estadual é o órgão competente para preparar expedientes do procedimento administrativo tributário relativos à sua área de jurisdição" (art. 16 – fl. 362).

O julgamento de eventual impugnação compete ao "Diretor da Julgadoria de Primeira Instância" (art. 24) e, em segunda instância administrativa, ao "Tribunal Administrativo de Recursos Fazendários" (art. 35).

Ou seja, nos termos da legislação estadual, a autoridade impetrada (Secretário de Fazenda) não tem competência para autuar a contribuinte, nem para rever o lançamento realizado pela autoridade fiscal.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pedidos de restituição.

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.

É que a Constituição do Estado do Pará fixa a competência originária do Tribunal de Justiça para julgar os Mandados de Segurança em que os Secretários de Estado figurem como autoridades coatoras (art. 161, I, "c"). Não há foro especial no caso do Delegado Regional Tributário ou das autoridades integrantes dos órgãos de julgamento administrativo.

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

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VALORES PAGOS A MAIOR. RESTITUIÇÃO. SECRETÁRIO DE FAZENDA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. INAPLICABILIDADE.

1. Hipótese em que a empresa pretende a restituição de valores indevidamente recolhidos a título de ICMS no regime de substituição tributária "para frente". Impetrou writ contra o Secretário de Fazenda. O TJ extinguiu o feito sem julgamento de mérito, por ilegitimidade passiva.

2. O Diretor do Departamento de Receita Pública é a autoridade responsável pela fiscalização e imposição tributária no Rio Grande do Sul, nos termos do art. 14 do Decreto Estadual 37.297/1997. 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. 95, XII, "b", da Constituição Estadual, o TJ julga originariamente Mandado de Segurança impetrado contra Secretários de Estado, mas não contra Diretor de Receita Pública.

5. Não procede o argumento a favor da legitimidade passiva do Secretário de Estado, a pretexto de que seria responsável por dar cumprimento à legislação tributária local. O Governador, assim como diversos outros agentes públicos, tem o dever de respeitar e fazer cumprir a legislação, mas nem por isso confunde-se com autoridade coatora para fins de impetração do mandamus, que deve ser direcionado ao agente que efetivamente realiza o ato impugnado e tem competência para revertê-lo.

6. Recurso Ordinário não provido.

(RMS 18563/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/03/2009, DJe 24/03/2009)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ademais, o Tribunal de Justiça do Estado seria equiparado a Vara Especializada em matéria tributária caso passasse a julgar, originariamente, todos os Mandados de Segurança relacionados à exigência dos impostos estaduais.

Tampouco procede o argumento de que o Secretário de Estado seria a autoridade competente, pois é responsável por dar cumprimento à legislação tributária local.

Ora, o Governador, assim como diversos outros agentes públicos, tem o dever de respeitar e fazer cumprir a legislação, mas nem por isso confunde-se com autoridade coatora.

O *mandamus* deve ser direcionado ao agente que efetivamente tem competência para a realização do ato impugnado e sua reversão. No caso, trata-se inquestionavelmente do Delegado Regional da Fazenda Estadual ou autoridade equivalente, e não do Secretário de Fazenda.

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

É como **voto.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2009/0087755-8

RMS 29478 / PA

Número Origem: 200730001548

PAUTA: 04/05/2010

JULGADO: 04/05/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOÃO FRANCISCO SOBRINHO**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : PARÁ PIGMENTOS S/A
ADVOGADO : ALEXANDRE COUTINHO DA SILVEIRA E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DO PARÁ
PROCURADOR : MARCUS VINICIUS NERY LOBATO E OUTRO(S)

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). PEDRO BENTES PINHEIRO FILHO, pela parte RECORRENTE: PARÁ PIGMENTOS S/A

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, Eliana Calmon, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 04 de maio de 2010

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária