



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 46.362 - RJ
(2014/0218486-6)**

RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
AGRAVANTE : OMAHA EMPRESA HOTELEIRA LTDA
ADVOGADO : LEONARDO BRAUNE E OUTRO(S)
AGRAVADO : MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : ANA MARIA DA SILVA BRITO E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO. ILEGITIMIDADE DA AUTORIDADE IMPETRADA. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. INAPLICABILIDADE.

1. O Prefeito Municipal não possui legitimidade para responder por recurso administrativo pendente de exame perante o Conselho de Contribuintes. Ressalte-se que tal autoridade não tem competência legal para lançar tributos ou constituir créditos tributários, sendo que tais atividades, por determinação legal, são atribuídas às respectivas autoridades fiscais, de escalão hierárquico subalterno.
2. É inviável a aplicação da teoria da encampação quando enseja a ampliação indevida da competência originária do Tribunal de Justiça.
3. Agravo regimental 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 agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

A Sra. Ministra Assusete Magalhães, os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília (DF), 18 de novembro de 2014.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES , Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 46.362 - RJ
(2014/0218486-6)**

RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
AGRAVANTE : OMAHA EMPRESA HOTELEIRA LTDA
ADVOGADO : LEONARDO BRAUNE E OUTRO(S)
AGRAVADO : MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : ANA MARIA DA SILVA BRITO E OUTRO(S)

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo regimental (fls. 212/219) apresentado contra decisão monocrática sintetizada na seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. INAPLICABILIDADE.

1. O Prefeito Municipal não possui legitimidade para responder por recurso administrativo pendente de exame perante o Conselho de Contribuintes. Ressalte-se que tal autoridade não tem competência legal para lançar tributos ou constituir créditos tributários, sendo que tais atividades, por determinação legal, são atribuídas às respectivas autoridades fiscais, de escalão hierárquico subalterno.
2. É inviável a aplicação da teoria da encampação quando enseja a ampliação indevida da competência originária do Tribunal de Justiça.
3. Recurso ordinário a que se nega seguimento.

A agravante aduz, em suma, que:

Mesmo entendendo a Agravante ser o Prefeito a autoridade coatora no caso em tela, insta salientar que quando da indicação equivocada da autoridade coatora, o juízo de origem deveria conceder ao impetrante a oportunidade de emendar a inicial para adequá-la, na forma determinada pelo artigo 284 do Código de Processo Civil, não sendo o modo de proceder correto, d.v., denegar a ordem por ilegitimidade da parte passiva.

Em outros termos, o simples erro na indicação da autoridade coatora não terá como efeito automático a extinção do processo por falta de legitimatio ad causam. Percebido o equívoco pelo magistrado, resta conceder ao impetrante a possibilidade de emendar a inicial, indicando a autoridade que entenda correta. Isso por que não cabe ao juiz, substituindo o interessado, investigar quem deve ocupar o polo passivo da relação processual.

Agora, se eventualmente for descumprida a determinação judicial, aí assistiria razão no que tange a denegação da ordem, nos exatos termos do artigo 285 do Código de Processo Civil.

(...) Por outro lado, é de se destacar que, a rigor, o verdadeiro legitimado passivo em sede de mandado de segurança é a pessoa jurídica de direito público, pois é ela quem suporta toda a consequência da decisão que concede a segurança.

(...) O fato de que tal modificação pode alterar a competência originária para o conhecimento do mandado de segurança, bem como a anulação de alguns atos processuais, não pode levar a conclusão de que o processo deve ser extinto em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

caso de indicação equivocada. Ao contrário, deve ser permitida a emenda da inicial, tal como já permite a jurisprudência.

Requer a reforma da decisão agravada.

O Município do Rio de Janeiro aduz que:

(...) Porém, data vênia, antes em seu relato, afirma que seu Recurso estaria com o Conselho de Contribuintes.

Com efeito, se houver Recurso, este deve ter sido oferecido ao Conselho de Contribuintes; NÃO se vislumbrando a legitimidade do Exmo. Sr. Prefeito para figurar no pólo passivo desta relação processual.

Para ilustrar o que se sustenta neste momento, vale transcrever, na presente, o art. 7º, do Regimento Interno do Conselho de Contribuintes do Município do Rio de Janeiro 3 , que estabelece a competência desse Órgão Colegiado.

(...) Em suma, de simples leitura do art. 7º, supra transcrito, percebe-se que o Exmo. Sr. Prefeito NÃO tem legitimidade passiva ad causam para figurar como autoridade coatora.

Requer seja negado provimento ao recurso.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 46.362 - RJ
(2014/0218486-6)**

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO. ILEGITIMIDADE DA AUTORIDADE IMPETRADA. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. INAPLICABILIDADE.

- 1. O Prefeito Municipal não possui legitimidade para responder por recurso administrativo pendente de exame perante o Conselho de Contribuintes. Ressalte-se que tal autoridade não tem competência legal para lançar tributos ou constituir créditos tributários, sendo que tais atividades, por determinação legal, são atribuídas às respectivas autoridades fiscais, de escalão hierárquico subalterno.**
- 2. É inviável a aplicação da teoria da encampação quando enseja a ampliação indevida da competência originária do Tribunal de Justiça.**
- 3. Agravo regimental não provido.**

VOTO

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

O recurso não merece prosperar.

Como bem observado pelo Ministério Público Federal:

Segundo informa o v. acórdão recorrido, a recorrente almeja a restituição do indébito tributário relativo ao IPTU. Esse pedido encontra-se no Conselho de Contribuintes do Município do Rio de Janeiro.

A impetração visa tão somente atacar a de- mora na solução desse procedimento administrativo fiscal.

Neste contexto, imputar ao Prefeito do Município do Rio de Janeiro a responsabilidade por essa de- mora, não atende ao contido no art. 6º, § 3º da Lei 12.016/99.

(...) E, permissa venia, o argumento apresentado pelo recorrente, para amparar dita legitimidade passiva, não se sustenta.

Pauta-se apenas em que o "Prefeito municipal é o chefe do Executivo, e a autoridade máxima no âmbito fazendário, e através de uma simples determinação aos seus servidores subordinados, pode afastar a omissão violadora ao direito líquido e certo descrito na vestibular." (fl. 61 e-STJ) Se fosse válida a assertiva, o Prefeito seria legitimado para qualquer mandamus, pelo simples fato de ser a autoridade máxima do executivo local.

Entretanto, não é essa a lógica traçada na norma.

Com efeito, se o mandado de segurança visa tutelar um direito líquido e certo, somente o agente que detém autoridade pública, a fim de satisfazer o alegado direito, pode figurar no polo passivo.

E, para esse fim, deve-se atentar para a norma legal que regula a competência administrativa.

No caso, tratando-se de procedimento administrativo fiscal, no âmbito do Conselho Municipal de Contribuintes, a recorrente não se desincumbiu de apontar a norma legal que atribui ao Prefeito do Município do Rio de Janeiro a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

competência para decidir processos afetos àquele órgão fiscal.

Desse modo, o Prefeito Municipal não possui legitimidade para responder por recurso administrativo pendente de exame perante o Conselho de Contribuintes. Ressalte-se que tal autoridade não tem competência legal para lançar tributos ou constituir créditos tributários, sendo que tais atividades, por determinação legal, são atribuídas às respectivas autoridades fiscais, de escalão hierárquico subalterno.

Assim, na hipótese, inexistente ato que possa ser atribuído ao Prefeito Municipal.

A corroborar esse entendimento, destacam-se:

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 coatoras; prejudicado o recurso ordinário.

(RMS 37.270/MS, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 22.4.2013)

PROCESSO CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRETENSÃO MANDAMENTAL: DECLARAÇÃO DO DIREITO DE COMPENSAÇÃO DO SUPOSTO INDÉBITO TRIBUTÁRIO DE ICMS. AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA: SECRETÁRIO DE ESTADO DA FAZENDA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA PARA CONCESSÃO DE RESTITUIÇÃO DE TRIBUTOS ATRIBUÍDA À DIRETORIA GERAL DA RECEITA TRIBUTÁRIA. LEI ESTADUAL 10.654/91 (ARTIGO 47) E DECRETO ESTADUAL 32.980/2009 (ARTIGO 4º). TEORIA DA ENCAMPAÇÃO: INAPLICABILIDADE, POR ACARREJAR MODIFICAÇÃO DE COMPETÊNCIA ABSOLUTA (PRERROGATIVA DE FORO DO SECRETÁRIO DE ESTADO NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EXTENSÍVEL AO DIRETOR GERAL DA RECEITA TRIBUTÁRIA). PRECEDENTES.

RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

(RMS 30.512/PE, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 26.9.2011)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DA LEI ESTADUAL QUE ESTABELECE VALOR DE ALÇADA IMPEDITIVO DO PROCESSAMENTO DE PEDIDO DE REVISÃO DE JULGADO PROFERIDO NO ÂMBITO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO. ILEGITIMIDADE DO SECRETÁRIO DE ESTADO DA FAZENDA PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO DA AÇÃO MANDAMENTAL. INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA ENCAMPAÇÃO.

1. Não se insere entre as atribuições constitucionais ou legais do Secretário de Estado da Fazenda a competência para processar e julgar pedido de revisão de julgado proferido no âmbito do processo administrativo tributário.

2. O Secretário da Fazenda não possui legitimidade para figurar no polo passivo do presente mandado de segurança, pois a competência para o juízo de admissibilidade das revisões de julgamento, embora esteja inserida no âmbito da Secretaria da Fazenda, é de órgão que compõe o Conselho de Contribuintes.

3. Não se aplica ao caso a teoria da encampação, pois a Primeira Seção, a partir do julgamento do MS 10.484/DF, de relatoria do Ministro José Delgado (DJ de 26.9.2005), consagrou orientação no sentido de que tal teoria 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. No caso, este último requisito não foi atendido.

4. Com a autorização prevista no art. 125, § 1º, da Constituição da República, o art. 96, I, g, da Constituição do Estado de Mato Grosso dispõe que compete privativamente ao Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, os mandados de segurança contra atos dos Secretários de Estado. Assim, embora a competência em questão não esteja prevista diretamente na Constituição da República, dela é decorrente, de maneira que *"não cabe adotar a chamada 'teoria da encampação', o que determinaria, nas circunstâncias, por vias transversas, uma indevida modificação ampliativa da competência absoluta do Tribunal de Justiça fixada na Constituição"* (RMS 22.518/PE, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 16.8.2007).

5. Recurso ordinário conhecido para reconhecer preliminar de ilegitimidade passiva. Processo extinto sem resolução de mérito (art. 267, inc. VI, CPC).

(RMS 31.648/MT, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 10.3.2011)

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

Por outro lado, cumpre registrar que 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Constituição da República.

No caso, é inviável a aplicação da teoria da encampação, porquanto ensejaria a ampliação indevida da competência originária do Tribunal de Justiça.

Nesse sentido, além dos precedentes já citados, destaca-se:

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.
(RMS 27.143/PE, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 15.4.2011)

Diante do exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2014/0218486-6

AgRg no
RMS 46.362 / RJ

Números Origem: 0008277-15.2014.8.19.0000 00082771520148190000 82771520148190000

PAUTA: 18/11/2014

JULGADO: 18/11/2014

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : OMAHA EMPRESA HOTELEIRA LTDA
ADVOGADO : LEONARDO BRAUNE E OUTRO(S)
RECORRIDO : MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : ANA MARIA DA SILVA BRITO E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - IPTU / Imposto Predial e Territorial Urbano

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : OMAHA EMPRESA HOTELEIRA LTDA
ADVOGADO : LEONARDO BRAUNE E OUTRO(S)
AGRAVADO : MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : ANA MARIA DA SILVA BRITO E OUTRO(S)

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 agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

A Sra. Ministra Assusete Magalhães, os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.