



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 30.512 - PE (2009/0181878-5)

RELATOR : **MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI**
RECORRENTE : **DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS JABOATAO LTDA**
ADVOGADO : **BRUNO ROMERO PEDROSA MONTEIRO E OUTRO(S)**
RECORRIDO : **ESTADO DE PERNAMBUCO**
PROCURADOR : **LUCIANA GRASSANO DE GOUVÊA MELO E OUTRO(S)**

EMENTA

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 ACARRETAR MODIFICAÇÃO DE COMPETÊNCIA ABSOLUTA (PRERROGATIVA DE FORO DO SECRETÁRIO DE ESTADO NÃO EXTENSÍVEL AO DIRETOR GERAL DA RECEITA TRIBUTÁRIA). PRECEDENTES. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Licenciado o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília, 20 de setembro de 2011

MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 30.512 - PE (2009/0181878-5)

RELATOR : MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI
RECORRENTE : DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS JABOATAO LTDA
ADVOGADO : BRUNO ROMERO PEDROSA MONTEIRO E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADOR : LUCIANA GRASSANO DE GOUVÊA MELO E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI (Relator): Cuida-se de recurso ordinário interposto por DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS JABOATÃO LTDA. no intuito de ver reformado acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco que denegou o mandado de segurança impetrado em face do SECRETÁRIO DE FAZENDA DO ESTADO, que objetiva a declaração do direito à compensação de créditos de ICMS decorrentes do recolhimento a maior do tributo nos dez anos anteriores à propositura da presente ação, tendo em vista a diferença entre a base de cálculo do fato gerador presumido e aquela efetivamente verificada com as saídas dos produtos que comercializa.

Na inicial, a impetrante aduz que: **(i)** *"é empresa que se sujeita ao regime de substituição tributária para frente, em relação ao ICMS devido sobre os produtos objeto de seu comércio - na forma de cobrança antecipada - estando incluídas as operações entre a impetrante até a chegada da mercadoria ao consumidor final"* (fl. e-STJ 4); **(ii)** busca assegurar seu direito de compensar *"o que recolheu indevidamente de ICMS, seja em decorrência das diferenças entre a base de cálculo presumida e o valor efetivo de suas operações de saída, seja em virtude da não venda posterior, conforme garantia insculpida no art. 165, I e II, do CTN, e entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça"* (fl. e-STJ 4); **(iii)** malgrado a jurisprudência firmada pelo STF, quando do julgamento da ADI 1851, *"não se deseja, pelo presente, exercer o direito à restituição preferencial e imediata do § 7º do art. 150 da CF/88, que autorizou a cobrança antecipada do ICMS a ser devido pelo contribuinte substituto relativamente às operações subseqüentes, cujos fatos geradores ainda estão por acontecer"*, (fl. e-STJ 7); e **(iv)** o artigo 165 do CTN autoriza o reconhecimento do direito à restituição do tributo ao substituído tributário. De acordo com a impetrante, a compensação poderá ser realizada: **(i)** *"direto na escrita fiscal via suspensão da antecipação tributária"* (sendo certo, ainda, que se impõe a suspensão da antecipação tributária por ilegalidade da pauta fiscal utilizada no Estado); e **(ii)** mediante *"transferência de crédito para outros contribuintes, coligados ou não, fornecedores ou não, sujeitos à incidência do ICMS, e que, ao receberem os créditos, via nota fiscal de ressarcimento, viriam a ressarcir o impetrante, por meio de moeda corrente ou mesmo de produtos"* (fl. e-STJ 27). Requereu, outrossim, que seja reconhecido o direito à correção monetária dos valores "indevidamente" recolhidos. Ao final, pleiteou a concessão da segurança a fim de:

1.1. DECLARAR e assegurar o direito da impetrante de aproveitar o seu crédito retroativo acumulado, tornando aplicável, dessa forma, a restituição prevista no art. 165, I e II, do CTN, dentro do prazo prescricional de dez anos, conforme entendimento jurisprudencial do STJ, atualizados monetariamente (...), sem prejuízo da posterior fiscalização, em sede administrativa, nos termos do art. 150 do CTN, quando só então se dará a extinção do crédito, o que afasta a incidência da Súmula 212 do STJ;

1.2. ato contínuo, SUSPENDER, de imediato, a sistemática da substituição tributária para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

frente, que impõe o recolhimento antecipado do ICMS devido pelo impetrante em valores superestimados e fixados, ilegalmente, via pauta fiscal, passando o mesmo a obedecer, a partir de então, ao regime normal de apuração, isto é, à sistemática de crédito e débito no recolhimento do tributo quando da efetiva saída de suas mercadorias, podendo, assim, aproveitar os seus créditos, perdurando tal medida até que seja estabelecida uma base de cálculo presumida que reflita o real valor das operações dos contribuintes substituídos e sem a aplicação da pauta fiscal;

1.3. SUCESSIVAMENTE, caso não concedido o pedido acima de suspensão, autorizar o impetrante a aproveitar o seu crédito acumulado do imposto, via transferência de crédito, emitindo-se nota fiscal de ressarcimento, junto ao recolhimento antecipado do ICMS praticado pelos seus fornecedores, ou transferir, nos mesmos moldes, para um terceiro contribuinte o referido saldo acumulado de ICMS;

1.4. PARA FINS DE EFETIVAÇÃO DA LIMINAR, a notificação da(s) empresa(s) fabricante(s)/substituta(s), relacionadas no anexo demonstrativo para, NO CASO DO PEDIDO 1.2, que não submeta(m) o impetrante à retenção do ICMS antecipado por ocasião das vendas de produtos ao mesmo, nos moldes da decisão supra, até ulterior comunicação desse Juízo, a fim de que possa o mesmo, por conta e risco, efetivamente, vir a recolher seu próprio ICMS e aproveitar seus créditos, passando o impetrante à condição de não substituído pela fábrica e substituto do varejista; NO CASO DO PEDIDO 1.3, que recebam, de forma *incontinenti*, Nota Fiscal de Ressarcimento, procedendo, ato contínuo, à imediata transferência do valor correspondente ao crédito levantado pelo impetrante, ficando a(s) fábrica(s)/fornecedora(s) autorizada(s) a se creditar(em) desse valor para fins de abatimento do crédito tributário devido ao Estado, até ulterior comunicação desse Juízo;

1.5. que seja determinado ao Fisco que se abstenha de promover quaisquer atos que visem impedir ou retardar o colimado ressarcimento, deixando de lavrar autos de infração, reter caminhões e cargas em postos fiscais (tanto do impetrante, quanto do(s) seu(s) fornecedor(es)), que tenham por objeto a restituição em tela, bem como de tomar quaisquer medidas, que, direta ou indiretamente, sejam lesivas ao cumprimento desta ordem judicial, ressalvado o direito de conferência e regular fiscalização acerca do assunto da lide posteriormente, em sede administrativa, nos termos do art. 150 do CTN; (fls. e-STJ 36/37)

Nas informações prestadas às fls. e-STJ 98/120, alegou-se, preliminarmente, a ilegitimidade passiva *ad causam* do Secretário de Estado (*"que, além de não realizar atos de cobrança de imposto ou de apreensão de mercadoria, não é a autoridade fazendária competente para examinar os pedidos de ressarcimento de impostos"*). De acordo com a autoridade apontada como coatora, a competência para conceder a restituição de tributos, no Estado de Pernambuco, é da Diretoria de Administração Tributária (artigos 45 a 49 da Lei Estadual 10.654/91). No mérito, aduziu o impetrado que: **(i)** a técnica de substituição tributária é legal; **(ii)** o pedido da impetrante revela-se juridicamente impossível diante da interpretação dada pelo STF ao artigo 150, § 7º, do CTN, quando do julgamento da ADIN 1851/AL; **(iii)** a pretensão de compensação tributária não pode ser deferida em sede de medida liminar; **(iv)** o artigo 166 do CTN condiciona a restituição de tributo indireto à comprovação da assunção do encargo, o que não teria ocorrido na hipótese; e **(v)** caso reconhecido o direito à compensação, o prazo prescricional observa o lapso de cinco anos.

Após acolher a preliminar de ilegitimidade passiva e extinguir o processo sem resolução de mérito (fls. e-STJ 153/154), o relator do processo exerceu juízo de retratação, por força de provimento de recurso de agravo, o que levou o processo à apreciação do colegiado julgador, que denegou a segurança, em acórdão que recebeu a seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL, TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE PASSIVA DO SECRETÁRIO DA FAZENDA. TEORIA DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ENCAMPAÇÃO. COMERCIALIZAÇÃO DE COMBUSTÍVEIS E DERIVADOS DE PETRÓLEO. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO IMEDIATA DOS CRÉDITOS UNILATERALMENTE APURADOS. COBRANÇA ANTECIPADA DE ICMS. NÃO COMPROVAÇÃO DOS VALORES RECOLHIDOS A MAIOR. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA.

1) Preliminar: ilegitimidade passiva do Secretário da Fazenda Estadual. Aplicação da teoria da encampação. Preliminar rejeitada.

2) Mérito: A ausência de comprovação de que os valores recolhidos a título de antecipação de ICMS são efetivamente superiores àqueles apurados posteriormente, quando da saída das mercadorias, impede o reconhecimento do pleito. Somente a realização de uma perícia contábil poderá apurar se efetivamente houve ou não recolhimento a maior, capaz de ensejar a compensação pretendida, já que a compensação só poderá ser efetuada se houver liquidez e certeza quanto aos créditos tributários (art. 170, CTN). Ademais, o STF já firmou o entendimento de que mesmo sendo o fato gerador presumido, não há óbice para que o tributo seja exigido antecipadamente (CFRB/88, art. 150, § 7º).

No recurso ordinário (fls. e-STJ 193/221), a recorrente pondera que as conclusões do julgamento da ADIN 1851/AL pelo STF são inaplicáveis ao presente caso, uma vez que o Estado de Pernambuco **(i)** possui legislação autorizadora da restituição do ICMS retido a maior em decorrência do regime de substituição tributária; e **(ii)** não é signatário do Convênio ICMS 13/97. Além disso, argumenta que a orientação gravada na Súmula 213/STJ permite a utilização do mandado de segurança como instrumento para obter declaração do direito à compensação tributária, independentemente da demonstração do direito invocado mediante a apresentação de prova pré-constituída. No mais, reitera as teses já expendidas na inicial.

Em contra-razões (fls. e-STJ 247/269), o recorrido invoca preliminar de inadequação da via eleita e, no mérito, pugna pela integral manutenção do julgado.

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. e-STJ 280/286, opina pelo provimento do presente recurso, nos termos da seguinte ementa:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ICMS. Regime de substituição tributária. Recurso ordinário em Mandado de Segurança. Pleito de declaração do direito à compensação dos créditos decorrentes de recolhimento a maior de ICMS, oriundos da diferença entre a base de cálculo do fato gerador presumido para retenção antecipada do ICMS, e o valor da operação de saída correspondente a esse fato gerador presumido, por erro na base de cálculo. Segurança denegada. Aplicação incorreta do direito. Base de cálculo presumida superior ao valor real da operação. Compensação. Possibilidade. Art. 10 da LC 87/96. Estado não signatário do Convênio 13/1997. Inaplicabilidade do teor decisório da ADI 1851-4/AL. Precedentes do STJ. Recurso que deve ser provido.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 30.512 - PE (2009/0181878-5)

RELATOR : MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI
RECORRENTE : DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS JABOATAO LTDA
ADVOGADO : BRUNO ROMERO PEDROSA MONTEIRO E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADOR : LUCIANA GRASSANO DE GOUVÊA MELO E OUTRO(S)

EMENTA

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 ACARRETAR MODIFICAÇÃO DE COMPETÊNCIA ABSOLUTA (PRERROGATIVA DE FÓRO DO SECRETÁRIO DE ESTADO NÃO EXTENSÍVEL AO DIRETOR GERAL DA RECEITA TRIBUTÁRIA). PRECEDENTES. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI (Relator):

1. Há uma questão, prejudicial a todas, relativa à legitimidade da autoridade impetrada. É matéria de ordem pública, conhecível por força do efeito translativo do recurso ordinário (cujo âmbito de devolutividade é semelhante ao de apelação), ainda mais porque tem a consequência de modificar a competência para a causa, de caráter absoluto. Com efeito, a pretensão deduzida tem por base o alegado direito à compensação de créditos recolhidos a maior, a título de ICMS, em razão de diferença entre a base de cálculo presumida e o valor efetivamente pago na saída da mercadoria, ou da não ocorrência de posterior operação de venda. No Estado de Pernambuco, a Lei 10.654/91, ao tratar da competência para concessão de restituição, preceitua:

Art. 47. A concessão de restituição de tributos compete:

I – às Turmas Julgadoras, na hipótese em que o pedido de restituição refira-se à terminação de processo de julgamento de medida fiscal, nos termos do § 2º do art. 42;

II – à unidade da Secretaria da Fazenda responsável pelo atendimento ao contribuinte, nas demais hipóteses, observando o disposto no art. 83, II, "b".

(...)

À luz do artigo 4º do Regulamento da Secretaria da Fazenda do Estado de Pernambuco (Decreto Estadual 32.980/2009), o órgão responsável pelo atendimento ao contribuinte tanto pode ser a Diretoria Geral da Receita Tributária (inciso IX), a qual incumbe "*promover a automação*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e uniformização dos processos da ação fiscal, inclusive aqueles relativos ao atendimento ao contribuinte; coordenar e controlar as atividades referentes ao cadastro, às informações tributárias, à arrecadação tributária, ao lançamento e à cobrança eletrônica do crédito tributário", quanto as Diretorias Gerais da Receita (inciso X), às quais compete "executar as ações fiscais nos contribuintes estabelecidos nas respectivas áreas de atuação, visando ao cumprimento das obrigações fiscais e à realização da arrecadação do potencial contributivo dos impostos estaduais; atender e prestar serviços aos contribuintes por meio das Agências da Receita Estadual – AREs; coordenar e controlar o monitoramento executado pelas mencionadas AREs; bem como fiscalizar o trânsito de mercadorias, promovendo o lançamento dos tributos devidos e a apreensão de mercadorias, nas situações cabíveis" (inciso X).

Como se percebe, o ato atacado na impetração e, portanto, o atendimento da pretensão deduzida, caso acolhida, não se situa no plexo de competência do Secretário de Fazenda do Estado, mas sim de outros agentes administrativos.

Ora, a aplicação da chamada "teoria da encampação" reclama o preenchimento, cumulativo, dos 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 (Precedente da Primeira Seção: **MS 12.779/DF**, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 13.02.2008, DJe 03.03.2008). No caso, malgrado a existência de defesa do ato normativo impugnado nas informações prestadas, a Constituição do Estado de Pernambuco fixou a competência originária do Tribunal de Justiça Estadual para julgar mandado de segurança contra ato praticado por Secretário de Estado (artigo 61, inciso I, alínea "g"), prerrogativa de foro que não abrange os diretores gerais da receita tributária. Ou seja, a equivocada indicação da autoridade impetrada acarretou, no caso, também o efeito de modificar indevidamente a competência absoluta para o processamento da causa.

Em casos análogos, o STJ decidiu nos seguintes termos:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CREDITAMENTO DE ICMS NA AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES. SOCIEDADE EMPRESÁRIA PRESTADORA DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO QUANTO À ANÁLISE DA ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SECRETÁRIO DE FAZENDA DO ESTADO. OMISSÃO CONSTATADA. AUTORIDADE QUE NÃO DEVE OCUPAR O PÓLO PASSIVO DA AÇÃO MANDAMENTAL. ACÓRDÃO EMBARGADO ANULADO. MANDADO DE SEGURANÇA EXTINTO SEM A RESOLUÇÃO DO MÉRITO, NOS TERMOS DO ART. 267, VI, DO CPC.

(...)

2. O acórdão ora embargado reconheceu o direito da sociedade empresária prestadora de serviços de transporte fluvial ao creditamento do ICMS relativo à aquisição do combustível e do lubrificante utilizados na prestação de seus serviços, uma vez que esses se caracterizam como insumos. Todavia, não se analisou a legitimidade ad causam do Secretário da Fazenda do Estado do Pará para responder à ação mandamental, de tal sorte que se encontra caracterizada a omissão quanto à apreciação de uma das condições da ação.

3. À luz do entendimento jurisprudencial da Primeira Seção do STJ, a parte embargante tem razão ao pretender a atribuição de efeitos modificativos aos presentes embargos de declaração, pois o Secretário de Fazenda do Estado, no caso, não poderia ter sido indicado como autoridade coatora, nem mesmo sob a ótica da teoria da encampação.

4. Com efeito, a ilegitimidade do Secretário de Fazenda é verificada pelo fato dessa autoridade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não ter competência para realizar ou rever o lançamento ou a compensação de tributos, nem mesmo a confecção de autos de infração, devendo ser indicada como coatora a autoridade que, efetivamente, procedeu à lavratura do auto de infração. Nesse sentido, dentre outros: REsp 890.781/MT, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 02/02/2010; RMS 26.762/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 10/06/2009.

5. De outro lado, é pacífica a jurisprudência do STJ quanto ao entendimento de que não se pode aplicar a teoria da encampação, quanto ao Secretário de Estado que defende a lavratura do auto de infração que é atacado pelo mandado de segurança, porque isso ampliaria a competência jurisdicional originária do Tribunal de Justiça. Nesse sentido: AgRg no RMS 33.189/PE, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 24/02/2011; RMS 30.848/MT, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 11/06/2010.

6. O mandado de segurança, no caso, foi impetrado contra a decisão exarada pelo Tribunal Administrativo de Recursos Fazendários da Secretaria de Estado da Fazenda do Estado do Pará, na qual não se verifica a participação do Secretário de Estado da Fazenda, de tal sorte que sua ilegitimidade é mesmo manifesta.

7. Embargos de declaração acolhidos com efeitos modificativos para negar provimento ao recurso ordinário e, por conseguinte, denegar a ordem, nos termos do art. 6º, § 5º, da Lei n. 12.016/2009 (ilegitimidade passiva). (EDcl no RMS 32.110/PA, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/04/2011, DJe 19/04/2011)

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 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)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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

2. Impõe-se, por isso, a extinção do processo sem resolução do mérito (inciso VI do artigo 267 do CPC), confirmando-se, com esse fundamento, a denegação da segurança (artigo 6º, § 5º, da Lei 12.016/2009).

3. Diante do exposto, nego provimento ao recurso ordinário, mantendo a denegação da segurança, nos termos da fundamentação. É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2009/0181878-5 PROCESSO ELETRÔNICO RMS 30.512 / PE

Número Origem: 8898734

PAUTA: 15/09/2011

JULGADO: 20/09/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **TEORI ALBINO ZAVASCKI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO

Secretária

Bela. MÁRCIA ARAUJO RIBEIRO (em substituição)

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS JABOATAO LTDA
ADVOGADO : BRUNO ROMERO PEDROSA MONTEIRO 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 PRIMEIRA 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 em mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Licenciado o Sr. Ministro Francisco Falcão.