

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 69.813 - MG (2022/0301767-4)

RELATOR : **MINISTRO FRANCISCO FALCÃO**
RECORRENTE : MARIA APARECIDA ANICETO
ADVOGADOS : SÉRGIO HENRIQUE SALVADOR - MG084472
RICARDO LEONEL DA SILVA - SP411518
RECORRIDO : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : EDUARDO GOULART PIMENTA - MG070453

EMENTA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA. INDEFERIMENTO DA INICIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA AUTORIDADE COATORA. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. INAPLICABILIDADE NO CASO CONCRETO.

I - Quanto ao alegado cerceamento de defesa, a decretação da nulidade processual exige a comprovação de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, pois não se declara nulidade por mera presunção (pas de nullité sans grief), o que não ocorreu na presente hipótese.

II - Sobre a teoria da encampação, a jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que ela apenas se aplica ao mandado de segurança, quando preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: (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; (c) ausência de indevida modificação ampliativa de competência jurisdicional absoluta.

III - Na hipótese, observa-se que a autoridade apontada como coatora nem sequer se manifestou, nem quanto à eventual (i)legitimidade ou, ainda, quanto ao mérito da demanda, uma vez que a inicial do mandamus foi indeferida, tendo sido denegada a segurança nos termos dos arts. 6º, § 5º, e 10, ambos da Lei n. 12.016/2009. Assim, na ausência de qualquer dos requisitos dispostos na Súmula n. 628/STJ, mostra-se inviável a aplicação da Teoria da Encampação. Desse modo, irretocável o julgado ora recorrido.

IV - Recurso ordinário desprovido.

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, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator." Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e

Superior Tribunal de Justiça

Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 13 de junho de 2023(Data do Julgamento)

MINISTRO FRANCISCO FALCÃO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 69813 - MG (2022/0301767-4)

RELATOR : MINISTRO FRANCISCO FALCÃO
RECORRENTE : MARIA APARECIDA ANICETO
ADVOGADOS : SÉRGIO HENRIQUE SALVADOR - MG084472
RICARDO LEONEL DA SILVA - SP411518
RECORRIDO : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : EDUARDO GOULART PIMENTA - MG070453

EMENTA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA. INDEFERIMENTO DA INICIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA AUTORIDADE COATORA. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. INAPLICABILIDADE NO CASO CONCRETO.

I - Quanto ao alegado cerceamento de defesa, a decretação da nulidade processual exige a comprovação de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, pois não se declara nulidade por mera presunção (*pas de nullité sans grief*), o que não ocorreu na presente hipótese.

II - Sobre a teoria da encampação, a jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que ela apenas se aplica ao mandado de segurança, quando preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: (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; (c) ausência de indevida modificação ampliativa de competência jurisdicional absoluta.

III - Na hipótese, observa-se que a autoridade apontada como coatora nem sequer se manifestou, nem quanto à eventual (i)legitimidade ou, ainda, quanto ao mérito da demanda, uma vez que a inicial do *mandamus* foi indeferida, tendo sido denegada a segurança nos termos dos arts. 6º, § 5º, e 10, ambos da Lei n. 12.016/2009. Assim, na ausência de qualquer dos requisitos dispostos na Súmula n. 628/STJ, mostra-se inviável a aplicação da Teoria da Encampação. Desse modo, irretocável o julgado ora recorrido.

IV - Recurso ordinário desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso ordinário interposto por Maria Aparecida Aniceto, com fundamento no art. 105, II, da Constituição Federal, contra acórdão assim ementado:

AGRAVO INTERNO – MANDADO DE SEGURANÇA – INDEFERIMENTO DA INICIAL – ILEGITIMIDADE PASSIVA DA AUTORIDADE COATORA – TEORIA DA ENCAMPAÇÃO – SÚMULA Nº 628 DO STJ – INAPLICABILIDADE NO CASO CONCRETO – MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA.

1. A teor do disposto no art. 1.021, §1º do CPC, caso os fundamentos constantes no Agravo Interno não sejam capazes de convencer o Relator acerca da necessidade de retratação monocrática, o feito será levado a julgamento pelo órgão colegiado.

2. Nos termos dos arts. 10 e 6º, § 5º, ambos da Lei n.º12.016/09, sendo manifesta a ilegitimidade passiva da autoridade apontada como coatora, impõe-se o indeferimento da inicial.

3. Os requisitos preconizados na Súmula nº 628 do STJ são cumulativos, o que impossibilita a incidência da teoria da encampação quando não há manifestação a respeito do mérito do mandamus, por parte de autoridade hierarquicamente superior.

No presente recurso ordinário, o recorrente alega cerceamento de defesa ante o indeferimento de seu pedido de sustentação oral, e, no mérito, pugna pelo afastamento da ilegitimidade da autoridade coatora.

É o relatório.

VOTO

Quanto ao alegado cerceamento de defesa, a decretação da nulidade processual exige a comprovação de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, pois não se declara nulidade por mera presunção (*pas de nullité sans grief*), o que não ocorreu na presente hipótese.

No mesmo sentido, *mutatis mutandis*:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 489 E 1.022 DO CPC. OMISSÕES NÃO CONFIGURADAS. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS CÍVEL, PENAL E ADMINISTRATIVA. NULIDADE. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO CONCRETO. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ.

[...]

3. A decretação da nulidade processual exige a comprovação de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, pois não se declara nulidade por mera presunção (pas de nullité sans grief).

[...]

Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp n. 2.113.449/RS, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 6/3/2023, DJe de 13/3/2023.)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3/STJ. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NOMEAÇÃO DE ADVOGADO PARA O SERVIDOR. DESNECESSIDADE. SÚM. VINCULANTE N. 5/STF. CERCEAMENTO DE DEFESA. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. NÃO OCORRÊNCIA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. DEMISSÃO. ATO OBSCENO TIPIFICADA EM LEI. HIPÓTESE PREVISTA COMO DEMISSÃO. APLICAÇÃO SANÇÃO DIVERSA. IMPOSSIBILIDADE. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE DA SANÇÃO IMPOSTA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Não há comprovação de que o recorrente foi impedido de constituir advogado no processo administrativo disciplinar. Ademais, tem-se que a regularidade do processo administrativo disciplinar prescinde participação de advogado nos termos da Súm. Vinculante n. 5/STF.

2. Os documentos juntados nesses autos de mandado de segurança não comprovam a questão referente à ocorrência de cerceamento de defesa. A esse respeito, não se admite dilação probatória no mandado de segurança a fim de atestar a ocorrência desse prejuízo.

[...]

5. Agravo interno não provido.

(AgInt no RMS n. 65.966/PE, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 31/8/2022.)

Quanto à ilegitimidade da autoridade coatora, não merece melhor sorte o recorrente.

Sobre a Teoria da Encampação, a jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que ela apenas se aplica ao mandado de segurança, quando preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: (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; (c) ausência de indevida modificação ampliativa de competência jurisdicional absoluta.

O aludido entendimento se cristalizou na Súmula n. 628/STJ, *in verbis*:

A teoria da encampação é aplicada no mandado de segurança quando presentes, cumulativamente, os seguintes requisitos: 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 Federal.

(Súmula n. 628, Primeira Seção, julgado em 12/12/2018, DJe 17/12/2018.)

Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DA ALÍQUOTA ESPECIAL MAJORADA DO ICMS, EM OPERAÇÕES COM ÁLCOOL COMBUSTÍVEL. ILEGITIMIDADE DO SECRETÁRIO DE ESTADO DA FAZENDA PARA FIGURAR, COMO AUTORIDADE IMPETRADA, NO POLO PASSIVO DO MANDADO DE SEGURANÇA. PRECEDENTES DO STJ. EXTINÇÃO DO PROCESSO, DE OFÍCIO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, RESTANDO PREJUDICADO O RECURSO ORDINÁRIO.

I. Trata-se, na origem, de Mandado de Segurança coletivo, ajuizado contra o Secretário da Fazenda do Estado do Rio de Janeiro, perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, visando afastar a aplicação da alíquota especial majorada do ICMS, prevista no inciso XX do art. 14 da Lei 2.657/96, do Estado do Rio de Janeiro, em operações com álcool combustível. O Tribunal de origem denegou a ordem pleiteada, com base em precedente vinculante de seu Órgão Especial, no qual fora rejeitada a arguição de inconstitucionalidade do aludido art. 14, XX, da Lei estadual 2.657/96.

II. De acordo com os arts. 485, VI, § 3º, 337, XI, § 5º, 1.013 e 1.028 do CPC/2015 c/c os arts. 34 da Lei 8.038/90 e 247 do RISTJ, este Tribunal, no exercício de sua competência recursal ordinária, pode, de ofício, extinguir o processo de Mandado de Segurança, sem resolução do mérito, quando a parte impetrante for carecedora de ação, por ausência de qualquer das condições da ação mandamental.

Ainda que o Tribunal de origem haja considerado presentes os pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, bem como as condições da ação, o STJ pode reconhecer, de ofício, a ausência de qualquer pressuposto processual ou condição da ação, não havendo que se falar, nessa hipótese, em ofensa ao princípio que veda a *reformatio in pejus*.

III. Sendo preventivo o mandado de segurança, desnecessária a existência concreta de ato coator, porquanto o receio de ato que venha a violar o direito líquido e certo da parte impetrante é suficiente a ensejar a impetração. Entretanto, in casu, diante da argumentação constante da impetração, não se verifica a existência de possíveis atos de efeitos concretos, a serem praticados pelo Secretário de Estado da Fazenda - a justificar a competência originária do Tribunal de Justiça -, tendentes a violar ou ameaçar suposto direito líquido e certo dos substituídos processualmente pela Associação impetrante, a dar ensejo à impetração, ainda que na forma preventiva. Com efeito, a impetrante não aponta ato algum, de efeitos concretos, a ser praticado pela autoridade que se aponta coatora - o Secretário de Estado da Fazenda -, a justificar a competência originária do Tribunal de Justiça. Apenas impetra o mandamus visando afastar a aplicação da alíquota especial majorada do ICMS, prevista no inciso XX do art. 14 da Lei 2.657/96, do Estado do Rio de Janeiro, em operações com álcool combustível.

IV. A Primeira Seção do STJ, ao julgar o MS 4.839/DF (Rel. Ministro ARI PARGENDLER, DJU de 16/02/98), deixou anotado que "a autoridade coatora, no mandado de segurança, é aquela que pratica o ato, não a que genericamente orienta os órgãos subordinados a respeito da aplicação da lei no âmbito administrativo; mal endereçado o writ, o processo deve ser extinto sem julgamento de mérito".

V. A Primeira Turma do STJ, ao julgar o AgRg no RMS 36.846/RJ (Rel. Ministro ARI PARGENDLER, DJe de 07/12/2012), decidiu que, no regime do lançamento por homologação, a iminência de sofrer o lançamento fiscal, acaso não cumpra a legislação de regência, autoriza o sujeito passivo da obrigação tributária a impetrar mandado de segurança contra a exigência que considera indevida. Nesse caso, porém, autoridade coatora é aquela que tem competência para o lançamento ex officio, que, certamente, não é o Secretário de Estado da Fazenda.

VI. A mais recente jurisprudência da Segunda Turma do STJ orienta-se no sentido de que o Secretário de Estado da Fazenda não possui legitimidade para figurar, como autoridade coatora, em mandado de segurança que visa afastar a exigência de tributo. Nesse sentido: AgRg no RMS 42.792/CE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe de 11/03/2014; RMS 54.996/RN, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, DJe de 17/06/2019; AgInt no RMS 35.432/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, DJe de 19/11/2020; RMS 62.373/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe de 01/07/2021. No mesmo sentido são os seguintes precedentes da Primeira Turma desta Corte: AgInt no RMS 51.519/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, DJe de 16/12/2016; AgInt no RMS 46.013/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, DJe de 29/08/2016; AgInt no RMS 55.310/RN, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, DJe de 31/10/2018; AgInt no RMS 49.232/MS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, DJe de 18/05/2016.

VII. Sobre a teoria da encampação, a Primeira Seção do STJ, nos autos do MS 10.484/DF (Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, DJU de 26/09/2005), firmou o entendimento de que tal teoria apenas se aplica ao mandado de segurança, quando preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: (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; (c) ausência de indevida modificação ampliativa de competência jurisdicional absoluta.

VIII. Não se aplica ao caso a teoria da encampação, pois a indevida presença do Secretário de Estado da Fazenda, no polo passivo deste Mandado de Segurança, implicou modificação da competência jurisdicional, disciplinada pela Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

IX. Julgado extinto o presente Mandado de Segurança, sem resolução do mérito, logicamente não cabe ao STJ pronunciar-se sobre o mérito da causa ou do Recurso Ordinário, porquanto tal pronunciamento seria incompatível com a decisão tomada.

X. Extinção do Mandado de Segurança, de ofício, sem resolução do mérito, com fundamento no art. 485, VI, § 3º, do CPC/2015. Mandado de Segurança denegado.

XI. Recurso Ordinário prejudicado.

(RMS n. 67.101/RJ, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 26/10/2021, DJe de 3/11/2021.)

Na hipótese, observa-se que a autoridade apontada como coatora nem sequer se manifestou, nem quanto à eventual (i)legitimidade ou, ainda, quanto ao mérito da demanda, uma vez que a inicial do *mandamus* foi indeferida, tendo sido denegada a segurança nos termos dos arts. 6º, § 5º, e 10, ambos da Lei n. 12.016/2009.

Assim, na ausência de qualquer dos requisitos dispostos na Súmula n. 628/STJ, mostra-se inviável a aplicação da Teoria da Encampação.

Desse modo, irretocável o julgado ora recorrido.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso ordinário.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2022/0301767-4

RMS 69.813 / MG

Números Origem: 10000211286448000 10000211286448001 10000211286448002
10000211286448003 10000211286448004 10000211286448005
12864480620218130000

PAUTA: 13/06/2023

JULGADO: 13/06/2023

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FRANCISCO FALCÃO**

Presidente da Sessão

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

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA SÍLVIA DE MEIRA LUEDEMANN**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MARIA APARECIDA ANICETO
ADVOGADOS : SÉRGIO HENRIQUE SALVADOR - MG084472
RICARDO LEONEL DA SILVA - SP411518
RECORRIDO : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : EDUARDO GOULART PIMENTA - MG070453

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO -
Servidor Público Civil - Aposentadoria

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."

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.