

# Superior Tribunal de Justiça

## RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 31.648 - MT (2010/0037619-1)

**RELATOR** : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES  
**RECORRENTE** : AMAGGI EXPORTAÇÃO E IMPORTAÇÃO LTDA  
**ADVOGADO** : EUCLIDES RIBEIRO S JUNIOR E OUTRO(S)  
**RECORRIDO** : ESTADO DE MATO GROSSO  
**PROCURADOR** : FÁBIO MARCEL VANIN TURCHIARI E OUTRO(S)

### RELATÓRIO

**O SENHOR MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):** Trata-se de recurso ordinário interposto por Amaggi Exportação e Importação Ltda, com fundamento no art. 105, II, *b*, da Constituição da República, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso cuja ementa segue transcrita:

MANDADO DE SEGURANÇA - RECURSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE - LEI ESTADUAL N. 8.797/2008 - PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* - REJEITADA - LIMITAÇÃO AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO RECURSAL - OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA E ISONOMIA - DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE *INCIDENTER TANTUM* - FALTA DE ARGUIÇÃO - SEGURANÇA DENEGADA.

A autoridade administrativa superior com poderes para corrigir o ato impugnado se legitima para figurar no pólo passivo do mandado de segurança.

Se a lei de vigência plena cria restrições ao exercício de direitos fundamentais, cabe à impetrante o ônus de arguir a sua inconstitucionalidade *incidenter tantum* para que a lei passe pelo crivo do controle respectivo, como condição para a aferição da alegada violação a direito.

No recurso ordinário, a impetrante sustenta que o Tribunal de origem acabou por violar os princípios do duplo grau de jurisdição, do contraditório e da ampla defesa, do devido processo legal e da isonomia, na medida em que deixou de afastar o art. 67, II, da Lei n. 8.797/2008, do Estado de Mato Grosso, que estabelece valor de alçada impeditivo do processamento do recurso administrativo por ela interposto junto ao Conselho de Contribuintes – Pleno.

Em seu parecer, o Ministério Público manifesta-se pelo provimento do recurso.

É o relatório.

EMENTA

**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).

VOTO

**O SENHOR MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):**

O recurso ordinário deve ser conhecido.

De acordo com a jurisprudência pacífica deste Tribunal, considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática. Nesse sentido: REsp 758.105/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ 29.8.2006, p. 151; RMS 19.151/SP, 2ª turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 10.10.2005, p. 269; RMS 17.322/DF, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 5.12.2005, p. 339; RMS 14.886/TO, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 20.9.2004, p. 334.

Para a definição da autoridade fiscal responsável pelo ato impugnado neste mandado de segurança, fazem-se necessárias algumas considerações acerca da legislação estadual pertinente às atribuições tanto da Secretaria de Estado da Fazenda quanto do titular dessa pasta.

Nos termos do art. 71 da Constituição do Estado de Mato Grosso, além de outras atribuições estabelecidas na referida Constituição e em lei, compete ao Secretário de Estado exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da Administração Pública Estadual na área de sua competência e referendar os atos e decretos assinados pelo Governador (inciso I). Compete ao Secretário de Estado, ainda, delegar suas próprias atribuições, por ato expreso, aos seus subordinados, sem eximir-se, todavia, da responsabilidade administrativa, civil ou penal, ocasionada por prática de irregularidade que venha ocorrer em decorrência do exercício de delegação (inciso VIII).

Destacadas essas duas atribuições do Secretário da Fazenda, as quais derivam da própria Constituição do Estado de Mato Grosso, convém acrescentar que a Lei Estadual 8.797, de 8 de janeiro de 2008, dispõe sobre a regulamentação do processo administrativo tributário para declaração do direito pertinente a revisão de lançamento decorrente de contencioso relativo a tributo estadual, respectivas penalidades e acréscimos legais, iniciado por interposição regular de impugnação ou reclamação pelo sujeito passivo quanto a lançamento instrumentado por Notificação/Auto de Infração (NAI).

# *Superior Tribunal de Justiça*

De acordo com a referida lei estadual, o Conselho de Contribuintes, com sede em Cuiabá, Capital do Estado, e atuação em todo o território mato-grossense, integra a estrutura organizacional da Secretaria de Estado da Fazenda na forma estabelecida em ato do Poder Executivo e tem por finalidade garantir a correta aplicação das normas tributárias, aplicadas quando da lavratura de NAI (art. 35).

Ao Conselho de Contribuintes compete decidir, privativamente, no âmbito administrativo, os litígios de natureza tributária entre o sujeito passivo e a Fazenda Pública Estadual, oriundos de crédito tributário exigido mediante NAI, devidamente impugnada (art. 36).

Compõem o Conselho de Contribuintes: I – *Câmaras de Julgamento* ; II – *Conselho de Contribuintes-Pleno* ; III – *Gerência de Processo Administrativo Tributário* (art. 37).

A *Gerência de Processo Administrativo Tributário* é órgão de gestão, controle, distribuição e tramitação de Processos Administrativos Tributários-PAT, no âmbito das Câmaras de Julgamento, Conselho de Contribuintes-Pleno e Unidades Fazendárias (art. 54).

Ao julgador administrativo das *Câmaras de Julgamento* compete: (...) III - julgar os Processos Administrativos Tributários; IV – recorrer de ofício ao Conselho de Contribuintes-Pleno, das decisões sobre o PAT, quando desonerar o sujeito passivo da exigência do crédito tributário original igual ou superior a 10.000 UPFMT (art. 41).

Por sua vez, ao *Conselho de Contribuintes-Pleno* compete: (...) II – julgar os pedidos de reexame necessário, que lhes forem submetidos pelas Câmaras de Julgamentos; III – julgar os pedidos de revisão de julgado (art. 43).

O juízo de admissibilidade das impugnações ou das revisões de julgamento será feito, respectivamente, pelo julgador das Câmaras ou pelo Conselheiro do Pleno, compreendendo o exame do preenchimento dos requisitos essenciais da defesa, assim como a verificação das condições para instauração do litígio (art. 59).

A partir da interpretação sistemática da legislação mato-grossense, impõe-se a conclusão de que não se insere entre as atribuições constitucionais ou legais do Secretário de

# Superior Tribunal de Justiça

Estado da Fazenda a competência para processar e julgar pedido de revisão de julgado proferido no âmbito do processo administrativo tributário.

Portanto, 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.

Por fim, 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.

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).

Sobre a inaplicabilidade da teoria da encampação quando implicar indevida modificação ampliativa da competência jurisdicional absoluta, confirmam-se os seguintes precedentes: RMS 22.499/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 3.11.2008; RMS 18.563/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 24.3.2009.

# *Superior Tribunal de Justiça*

À vista do exposto, o recurso ordinário deve ser conhecido para reconhecer a preliminar de ilegitimidade passiva, extinguindo-se o processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

É como voto.

