

Súmula n. 628

SÚMULA N. 628

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.

Referência:

Lei n. 12.016/2009, art. 6º, § 3º.

Precedentes:

MS	12.779-DF	(1ª S, 13.02.2008 – DJe 03.03.2008)
MS	12.149-DF	(1ª S, 27.08.2008 – DJe 15.09.2008)
MS	15.444-DF	(1ª S, 10.11.2010 – DJe 18.11.2010)
MS	17.448-DF	(1ª S, 09.11.2011 – DJe 22.11.2011)
MS	**17.435-DF**	**(1ª S, 12.12.2012 – DJe 1º.02.2013) – acórdão publicado na íntegra**
AgRg no MS	19.461-DF	(1ª S, 14.08.2013 – DJe 21.08.2013)
MS	20.937-DF	(1ª S, 24.02.2016 – DJe 02.03.2016)
EDcl no MS	19.267-DF	(1ª S, 25.05.2016 – DJe 1º.09.2016)
AgInt nos EDcl no MS	23.399-DF	(1ª S, 11.10.2017 – DJe 19.10.2017)
AgInt no RMS	49.232-MS	(1ª T, 05.05.2016 – DJe 18.05.2016)
AgInt no RMS	44.173-MT	(1ª T, 15.09.2016 – DJe 21.10.2016)
AgRg no RMS	30.771-RJ	(1ª T, 17.11.2016 – DJe 30.11.2016)
AgInt no RMS	51.519-MG	(1ª T, 1º.12.2016 – DJe 16.12.2016)
AgInt no RMS	54.264-SP	(1ª T, 17.04.2018 – DJe 25.04.2018)
AgRg no RMS	43.289-MG	(2ª T, 15.12.2015 – DJe 18.12.2015)

RMS	48.179-MT	(2ª T, 17.05.2016 – DJe 23.05.2016)
RMS	45.902-RJ	(2ª T, 15.09.2016 – DJe 21.09.2016)
REsp	1.703.947-PR	(2ª T, 28.11.2017 – DJe 19.12.2017)
AgInt no RMS	54.968-RN	(2ª T, 15.05.2018 – DJe 21.05.2018)

Primeira Seção, em 12.12.2018

DJe 17.12.2018

MANDADO DE SEGURANÇA N. 17.435-DF (2011/0175681-3)

Relator: Ministro Herman Benjamin
Impetrante: Osmar Pereira
Advogado: Mônica Silva de Abreu Santos
Impetrado: Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DE CHEFE DE DIVISÃO. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. INAPLICABILIDADE. MODIFICAÇÃO DE COMPETÊNCIA.

1. Trata-se de Mandado de Segurança contra comunicado oriundo do Ministério de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão que informou pagamento a maior no valor de R$ 20.198,63, referente ao retroativo que lhe foi pago em junho de 2006 a título de reparação econômica derivada de anistia, a ser recuperado por desconto em folha.

2. A autoridade coatora (Ministro de Estado) alega que o ato combatido foi promovido pelo Chefe da Divisão de Pagamento da Coordenação-Geral de Benefícios de Caráter Indenizatório e não passou, nem passará, por sua análise. Realmente, o ato atacado não é firmado pelo Ministro de Estado e inexistem indícios de sua competência para dispor concretamente sobre o desconto em folha de valores pagos a maior.

3. Aplica-se a teoria da encampação em casos de Mandado de Segurança sempre que, cumulativamente, estiverem cumpridos os seguintes requisitos: a) discussão do mérito nas informações; b) subordinação hierárquica entre a autoridade efetivamente coatora e a apontada como tal pela inicial e c) ausência de modificação de competência.

4. O reconhecimento de que o ato fora praticado pelo Chefe de Divisão, e não pelo Ministro de Estado, importa a incompetência do

STJ, nos termos do art. 105, I, "b", da CF, e a inaplicabilidade da teoria da encampação. Precedentes do STJ.

5. Mandado de Segurança extinto, com revogação da liminar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça: "A Seção, por unanimidade, julgou extinto o processo, com revogação da liminar, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator." Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Diva Malerbi (Desembargadora convocada TRF 3ª Região), Ari Pargendler, Arnaldo Esteves Lima e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 12 de dezembro de 2012 (data do julgamento).

Ministro Herman Benjamin, Relator

DJe 1º.2.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Trata-se de Mandado de Segurança contra comunicado oriundo do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que informou pagamento a maior no valor de R$ 20.198,63 (70 parcelas de R$288,56), referente a retroativo que lhe foi pago em junho de 2006 a título de reparação econômica derivada de anistia. Alega o impetrante que está prescrita a repetição, nos termos do Decreto 20.910/1932. Pede a concessão da ordem para impedir a realização do desconto em sua folha de pagamento.

A liminar foi concedida pelo eminente Ministro Presidente para sustar os descontos, até ulterior deliberação do Relator (fl. 53/STJ). Contra a decisão foi interposto Agravo Regimental (fls. 61-68/STJ).

As informações indicam: a) ilegitimidade passiva da autoridade coatora e incompetência absoluta do STJ, dado que o ato foi praticado plo Chefe da Divisão de Pagamento da Coordenação-Geral de Benefícios de Caráter Indenizatório; b) que, considerando que o valor constante do contracheque referente ao mês de julho apenas é depositado na conta do servidor no dia 1º de

agosto, fora atendido o prazo quinquenal e não ocorreu prescrição; e c) houve pagamento em duplicidade (fls. 71-82/STJ).

O Ministério Público opina pela concessão da Segurança (fls. 88-93/STJ)

É o *relatório.*

VOTO

O Sr. Ministro Herman Benjamin (Relator): Em informações, a autoridade coatora alega que o ato de autoridade combatido foi realizado pelo Chefe da Divisão de Pagamento da Coordenação-Geral de Benefícios de Caráter Indenizatório e não passou, nem passará, pela análise do chefe da pasta ministerial.

O documento de fl. 22/STJ, impugnado no *mandamus*, não é firmado pelo Ministro de Estado, nem há indícios de sua competência para dispor concretamente sobre o desconto em folha de valores pagos a maior.

É aplicável a teoria da encampação em casos de Mandado de Segurança sempre que, cumulativamente, estiverem cumpridos os seguintes requisitos: a) discussão do mérito nas informações; b) subordinação hierárquica entre a autoridade efetivamente coatora e a apontada como tal pela inicial e c) inexistência de modificação de competência.

Contudo, o reconhecimento de que o ato fora praticado pelo Chefe de Divisão, e não pelo Ministro de Estado, importa a incompetência do STJ, nos termos do art. 105, I, "b", da CF, o que resulta na inaplicabilidade da teoria da encampação. Nesse sentido:

> 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.
>
> (RMS 30.512/PE, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, DJe 26/09/2011)

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, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 10/3/2011).

Diante do exposto, *julgo extinto o Mandado de Segurança por ilegitimidade passiva e revogo a liminar concedida*.

Fica prejudicado o exame do Agravo Regimental.

É como voto.