



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.800.552 - MG (2019/0055793-7)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : EDER SOUSA E OUTRO(S) - MG062628
RECORRIDO : UNISSUL SUPERMERCADOS S/A
ADVOGADOS : ANTONIO CARLOS DE PAULA E OUTRO(S) - MG082024
PEDRO IVO NEVES SANTIAGO CARDOSO - MG153945
DIEGO DE ARAUJO LIMA - MG144831

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL EM APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIDADE APONTADA INDEVIDAMENTE COMO COATORA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. EMENDA À INICIAL. ALTERAÇÃO DE COMPETÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. LANÇAMENTO FISCAL.

1. Cuidaram os autos, na origem, de Mandado de Segurança interposto contra ato ilegal do Delegado da Receita Estadual de Varginha/MG, visando declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade da cobrança de adicional de 2% de ICMS por ofensa direta ao princípio da irretroatividade tributária e ao princípio do não confisco, bem como declarar a ilegalidade do Decreto 45.934/2012 e da Resolução 4.417/12, por terem instituído imposto/majoração de alíquota sem respaldo legal e por terem desvirtuado o conceito de fato gerador do ICMS, circunscrito no artigo 2º da Lei Complementar 87/96.

2. A jurisprudência do STJ consolidou-se no sentido de que a oportunidade de emenda à petição inicial de Mandado de Segurança para correção da autoridade coatora somente pode ser admitida quando o órgão jurisdicional em que a demanda tenha sido proposta for competente para o conhecimento do *mandamus*, não sendo a hipótese dos autos. Precedentes: AgRg no RMS 46.032/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 6.4.2015; AgRg no RMS 46.748/RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 17.3.2015.

3. Recurso Especial provido para restabelecer a sentença.

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: "'A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator."

Brasília, 15 de agosto de 2019(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.800.552 - MG (2019/0055793-7)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : EDER SOUSA E OUTRO(S) - MG062628
RECORRIDO : UNISSUL SUPERMERCADOS S/A
ADVOGADOS : ANTONIO CARLOS DE PAULA E OUTRO(S) - MG082024
PEDRO IVO NEVES SANTIAGO CARDOSO - MG153945
DIEGO DE ARAUJO LIMA - MG144831

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição da República, contra acórdão assim ementado (fls. 291-303, e-STJ):

AÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA. LANÇAMENTO FISCAL. AUTORIDADE APONTADA INDEVIDAMENTE COMO COATORA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM PRESENTE. PRINCÍPIOS DA ECONOMIA PROCESSUAL E DA PRIMAZIA DO MÉRITO. EMENDA DA INICIAL. POSSIBILIDADE.

1. Não é da competência do Delegado do Município de Varginha exigir tributo de contribuinte com sede em circunscrição distinta.

2. A legitimidade passiva, no mandado de segurança, advém do fato de a autoridade apontada como coatora ter competência para praticar ou determinar a prática de ato vergastado.

3. Contudo, em atenção ao princípio da economia processual conjugado com a primazia do mérito, contemplado pelo CPC/2015, não deve ser extinto o feito, sem resolução do mérito, mas, sim, determinada a emenda à inicial e a consequente declinação de competência para o Juiz do foro competente.

V.V.:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. Ação de Mandado de Segurança. Lançamento Fiscal. Autoridade que não fez o lançamento. Teoria da encampação. Inaplicabilidade. Ilegitimidade passiva caracterizada. Recurso não provido.

1. A legitimidade passiva, no mandado de segurança, decorre de a autoridade apontada como impetrada ter competência para praticar ou determinar a prática de ato apontado como sendo omissivo ou desfazer o comissivo.

2. O Delegado da Receita Estadual de Varginha não tem competência para exigir tributo de contribuinte com sede em circunscrição distinta. A ilegitimidade passiva é patente.

3. Também não é o caso de ser aplicada a teoria da encampação porque implicaria em modificar a competência para julgamento do *mandamus*.

4. Apelação cível conhecida e não provida, mantida a sentença que denegou a segurança.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Cuidaram os autos, na origem, de Mandado de Segurança interposto contra ato ilegal do Delegado da Receita Estadual de Varginha/MG, visando declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade da cobrança de adicional de 2% de ICMS por ofensa direta ao princípio da irretroatividade tributária e ao princípio do não confisco, bem como declarar a ilegalidade do Decreto 45.934/2.012 e da Resolução 4.417/2.012, por terem instituído imposto/majoração de alíquota sem respaldo legal e por terem desvirtuado o conceito de fato gerador do ICMS, circunscrito no artigo 2º da Lei Complementar 87/1996.

A sentença julgou extinto o processo por ilegitimidade da autoridade coatora:

(...) responde pela circunscrição da área de Varginha, a qual não abrange a cidade de Alfenas, sendo esta pertence à Delegacia Fiscal de Poços de Caldas.

Logo, o Delegado da Receita Estadual de Varginha não detém atribuição legal, nem competência territorial para a prática do ato atacado no presente mandamus, merecendo ser acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pelo impetrado.

Com amparo nos fundamentos aqui expostos, RECONHEÇO a ilegitimidade passiva da autoridade coatora, por oportuno, julgo extinto o processo sem resolução do mérito, nos moldes do art. 485, VI, do Código de Processo Civil.

O acórdão reformou a sentença e deu provimento à apelação determinando a emenda à inicial:

Ora, embora seja ilegítima a parte impetrada, a Lei nº 12.016/2009 dialoga e aplica diretamente o Código de Processo Civil.

Nesse sentido, a título ilustrativo, dispõe o seu art. 6º, caput, que: "a petição inicial, que deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual".

Com efeito, conforme determinação expressa de tal lei, a qual disciplina o mandado de segurança individual e coletivo, deve-se aplicar o CPC/2015, em todo o seu aspecto principiológico e normativo.

Assim, observar o princípio da primazia do mérito, o qual foi contemplado em diversos dispositivos da lei processual, tais como: art. 4º; 6º; 282, § 2º; 315; 317; 321; 488, entre outros, é medida que se impõe.

(...)

Nesse passo, impende-se concluir que a aplicação da primazia do mérito constitui desiderato a ser perseguido incessantemente pelos órgãos jurisdicionais, de maneira ampla.

(...)

Contudo, embora inviável a apreciação do mérito pelo referido órgão jurisdicional, imperativo que se faça presente o princípio da economia processual, igualmente, contemplado pelo CPC/15.

Desse modo, entendo que para uma mais ágil e pronta apreciação do mérito pelo juízo de primeira instância competente, a ser designado, não deve



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ser o processo extinto, sem resolução do mérito. Diversamente, parece-me mais adequado, com guarida na nova normativa processual, intimar a parte impetrante para emendar a inicial (art. 321, do CPC/15) e, então, remeter o feito à instância de piso

Desta feita, posiciono-me no sentido de garantir ao impetrante a possibilidade de emendar sua inicial para, em seguida, remetê-la ao órgão competente, a fim de que prontamente possa ver examinada a questão meritória

Em face do exposto, dou provimento ao recurso, para determinar a emenda da inicial e a conseguinte declinação de competência para o juízo competente. Custas pela apelada

Os Embargos de Declaração foram desacolhidos (fls. 319-326, e-STJ).

O recorrente afirma que houve, além de divergência jurisprudencial, ofensa arts. 4º; 6º, 282, § 2º, 315, 317; 321; 329, 330, 485, VI, 488, 489 e 1022 do CPC; 6º, § 3º, 7º e 19 da Lei 12.016/2009. Sustenta a impossibilidade jurídica de se permitir a alteração do polo passivo da demanda, porque se trata de Mandado de Segurança com pressupostos e requisitos específicos, não admitindo a emenda da inicial, *in casu*. Defende a reforma do acórdão para fazer prevalecer a sentença que extinguiu o processo sem o julgamento do mérito.

Contrarrazões às fls. 367-377, e-STJ

É o **relatório**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.800.552 - MG (2019/0055793-7)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste gabinete em 14 de março de 2019.

A irresignação merece acolhida. O Tribunal de origem consignou:

Em face do exposto, dou provimento ao recurso, para determinar a emenda da inicial e **a conseguinte declinação de competência para o juízo competente**. Custas pela apelada

O Superior Tribunal de Justiça tem admitido a impetração de Mandado de Segurança contra autoridade distinta daquela responsável pelos atos impugnados, desde que presentes todos os requisitos pertinentes à teoria da encampação, a saber, (i) existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que determinou a prática dos atos impugnados e a indicada pelo impetrante como coatora no Mandado de Segurança; (ii) **ausência de modificação de competência estabelecida na CF/88**; e (iii) ausência de manifestação quanto ao mérito nas informações prestadas pela autoridade impetrada:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIDADE QUE DEFENDEU O MÉRITO DO ATO IMPUGNADO. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. APLICAÇÃO. PRECEDENTES DO STJ.

1. O Mandado de Segurança, à luz de sua essência constitucional, como singular garantia, admite que o juiz, nas hipóteses de indicação errônea da autoridade impetrada, permita sua correção através de emenda à inicial ou, se não restar configurado erro grosseiro, proceder a pequenas correções de ofício, a fim de que o writ cumpra efetivamente seu escopo maior.

2. Destarte, considerando a finalidade precípua do mandado de segurança que é a proteção de direito líquido e certo, que se mostre configurado de plano, bem como da garantia individual perante o Estado, sua finalidade assume vital importância, o que significa dizer que as questões de forma não devem, em princípio, inviabilizar a questão de fundo gravitante sobre ato abusivo da autoridade. **Consequentemente, o Juiz, ao deparar-se, em sede de mandado de segurança, com a errônea indicação da autoridade coatora, deve determinar a emenda da inicial ou, na hipótese de erro escusável, corrigi-lo de ofício, e não extinguir o processo sem julgamento do mérito.**

3. **A errônea indicação da autoridade coatora não implica ilegitimidade ad causam passiva se aquela pertence à mesma pessoa jurídica de direito público; porquanto, nesse caso não se altera a polarização processual, o que preserva a condição da ação.**

4. Deveras, a estrutura complexa dos órgãos administrativos pode



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

gerar dificuldade, por parte do administrado, na identificação da autoridade coatora, revelando, a priori, aparência de propositura correta.

5. Aplica-se a teoria da encampação quando a autoridade apontada como coatora, ao prestar suas informações, não se limita a alegar sua ilegitimidade, mas defende o mérito do ato impugnado, requerendo a denegação da segurança, assumindo a *legitimatio ad causam* passiva. Precedentes da Corte: RMS 19378/DF, DJ 19.04.2007; RMS 17802/PE, DJ de 20/03/2006; RMS 18418/MG, DJ de 02/05/2006; RMS 15262/TO, DJ de 02/02/2004.

6. In casu, o Secretário de Educação do Estado de Minas Gerais, ao prestar suas informações às fls. 63/96, não obstante ter alegado a sua ilegitimidade passiva, adentrou no mérito do ato impugnado, requerendo a denegação da segurança, o que, segundo entendimento assente nesta Corte, autoriza a aplicação da teoria da encampação, tornando-o legitimado para figurar no polo passivo do *mandamus*.

7. Sob pena de supressão de grau de jurisdição, não pode o Superior Tribunal de Justiça avançar no exame meritório, uma vez que o Tribunal *a quo* limitou-se a extinguir o feito com base na ilegitimidade da autoridade apontada coatora (Precedentes: RMS 15.803-SC, DJ 05.12.2007; RMS 22.207-PR, DJ 06.12.2007; RMS 14.0789-SP, DJ 06.08.2007).

8. Recurso ordinário provido o para reconhecer a legitimidade passiva do Secretário de Educação do Estado de Minas Gerais, determinando que o Tribunal local proceda ao exame de mérito do *mandamus*. (RMS 21508/ MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma DJe 12.5.2008)

A petição inicial que contenha de forma clara e objetiva a causa de pedir e o pedido de forma a possibilitar a defesa de mérito da parte ré não pode ser simplesmente considerada inepta pela falta de observância do art. 6º da Lei 12.016/2009, relativamente à indicação da pessoa jurídica a que pertence a autoridade coatora, constituindo vício sanável. O Estado de Minas Gerais foi devidamente notificado e assumiu a defesa do processo a partir daí (fls. 95-110; 226; 255-268, 329-362 e-STJ), não havendo falar em extinção do processo sem resolução do mérito, por esse motivo.

O Superior Tribunal de Justiça recentemente se pronunciou quanto à possibilidade de emenda à inicial que implique mudança da competência para julgar Mandado de Segurança:

TRIBUTÁRIO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FORNECIMENTO DE COMBUSTÍVEL DE AVIAÇÃO A REVENDEDOR ATACADISTA/DISTRIBUIDOR. OBRIGATORIEDADE DE RECOLHIMENTO DE ICMS-ST. AUTO DE INFRAÇÃO. ILEGITIMIDADE DO SECRETÁRIO DE ESTADO. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. SOLICITAÇÃO DE EMENDA À PETIÇÃO INICIAL. MODIFICAÇÃO DA COMPETÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Hipótese em que a sociedade empresária recorrente foi autuada pelo fato de não ter retido e recolhido o ICMS-ST por ocasião do fornecimento de combustível de aviação para sua filial que exerce atividade de distribuição/atacadista.

2. A autoridade apontada como coatora - Secretário de Fazenda do Estado de Goiás - não possui legitimidade para figurar no polo passivo do presente mandado de segurança, na medida em que referida autoridade apenas edita comandos gerais para a fiel execução da lei, não agindo diretamente na execução da lavratura de auto de infração tributária. Precedentes: RMS 43.239/GO, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 11/5/2016; AgRg nos EDcl no RMS 39.788/RJ, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora convocada TRF 3ª Região), Segunda Turma, DJe 2/5/2016; AgRg no REsp 1.027.909/GO, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 27/5/2010.

3. Em sede de recurso ordinário em mandado de segurança, é possível a esta Corte Superior de Justiça, de ofício, examinar matérias de ordem pública, tais como as relativas às condições da ação.

4. A jurisprudência do STJ consolidou-se no sentido de que a oportunidade de emenda à petição inicial de mandado de segurança para correção da autoridade coatora somente pode ser admitida quando o órgão jurisdicional em que a demanda tenha sido proposta for competente para o conhecimento do mandamus, não sendo a hipótese dos autos. Precedentes: AgRg no RMS 46.032/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 6/4/2015; AgRg no RMS 46.748/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 17/3/2015.

5. Mandado de segurança extinto, sem resolução do mérito, por ilegitimidade passiva da autoridade impetrada. Recurso em mandado de segurança prejudicado. (RMS 38.129/GO, Rel. Min Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 1º.8.2017).

E ainda:

SECRETÁRIO DE ESTADO DE FAZENDA APONTADO COMO AUTORIDADE COATORA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO AUTÔNOMO. VIA MANDAMENTAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 266/STF. ENTENDIMENTO DA PRIMEIRA SEÇÃO FIRMADO PELO RITO DO ART. 543-C DO CPC/73 (REsp 1.119.872/RJ). EMENDA À INICIAL. IMPOSSIBILIDADE. ALTERAÇÃO DE COMPETÊNCIA. PRECEDENTES.

1. O Secretário de Estado de Fazenda não ostenta legitimidade para figurar no polo passivo do mandado de segurança questionando a exigibilidade de tributos, no caso, ICMS. Precedentes: RMS 45.902/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 21/09/2016; AgInt no RMS 49.232/MS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 18/05/2016.

2. "É incabível mandado de segurança que tem como pedido autônomo a declaração de inconstitucionalidade de norma, por se caracterizar mandado de segurança contra lei em tese" (Tema 430 dos Recursos Repetitivos).

3. A jurisprudência deste STJ compreende não ser possível autorizar a emenda da inicial para correção da autoridade indicada como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

coatora nas hipóteses em que tal modificação implica em alteração de competência jurisdicional. Isso porque compete originariamente ao Tribunal de Justiça Estadual o julgamento de mandado de segurança contra Secretário de Estado, prerrogativa de foro não extensível ao servidor responsável pelo lançamento tributário. Precedentes: RMS 38.129/GO, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 01/08/2017; e AgRg no RMS 46.748/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 17/03/2015.

4. Agravo interno não provido. (AgInt no RMS 54.535/RJ, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 26.9.2018).

Dessume-se que o acórdão recorrido está em desacordo com o atual entendimento deste Tribunal Superior, razão pela qual merece prosperar a irresignação.

Por tudo isso, **dou provimento ao Recurso Especial para restabelecer a sentença.**

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2019/0055793-7

PROCESSO ELETRÔNICO

REsp 1.800.552 /
MG

Números Origem: 01390847520128130707 10707120139084004 10707120139084005 10707120139084006
1390847520128130707

PAUTA: 15/08/2019

JULGADO: 15/08/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FRANCISCO FALCÃO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR GUIMARÃES MORAIS FILHO

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : EDER SOUSA E OUTRO(S) - MG062628
RECORRIDO : UNISSUL SUPERMERCADOS S/A
ADVOGADOS : ANTONIO CARLOS DE PAULA E OUTRO(S) - MG082024
PEDRO IVO NEVES SANTIAGO CARDOSO - MG153945
DIEGO DE ARAUJO LIMA - MG144831

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ICMS - Imposto sobre Circulação de Mercadorias

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, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.