

Gustavo Leite: Correção da autoridade coatora em MS

30/03/2023

Quem atua na área tributária está acostumado a ver, nas informações prestadas pela autoridade coatora, em mandado de segurança, um argumento muitas vezes presente, qual seja, a ilegitimidade passiva.

O mandado de segurança é um remédio constitucional utilizado para "*proteger direito líquido e certo, não amparado por Habeas Corpus ou 'habeas-data', quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público*", conforme a previsão do artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição.



Ou seja, é uma ação judicial, com o rito próprio,

regulado pela Lei nº 12.016/09, que é utilizado contra ato coator de uma autoridade ou agente público.

Especificamente no direito tributário, ele é utilizado comumente para obstar o lançamento de determinado tributo ilegal ou inconstitucional, ou evitar a imposição de óbices ou sanções, caso o contribuinte aproprie-se de determinado crédito tributário que entende de direito.

Como já adiantado, a autoridade que o impetrante define como coatora invoca, em suas informações prestadas, o argumento de que não é a autoridade legítima (responsável) pelo ato impugnado.

Tal situação se dá pela burocracia na administração pública, que possui diversos setores, departamentos e outras subdivisões. Esta condição nem sempre permite ao impetrante precisar a autoridade responsável pelo ato coator.

Desta situação, por não ser razoável o não julgamento de mérito do mandado de segurança, que é uma ação idealizada para garantia de direitos, prevista no capítulo de direitos e garantias fundamentais da Constituição, principalmente por ser uma dificuldade imposta pela própria

administração pública, não podendo seu acesso ser inviabilizado por dificuldades burocráticas, surge a teoria da encampação, que, para simplificar, é a relativização do "erro" ao indicar a autoridade coatora. Todavia, devem ser cumpridos alguns requisitos.

Esta teoria é uma criação doutrinária acolhida pela jurisprudência, portanto, não é regulamentada por lei.

O STJ, ao julgar o RMS 12.779/DF, em 2008, construiu três requisitos para que ela seja aplicada, quais sejam:

- "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."*

Tais requisitos estão expressamente descritos no enunciado da Súmula nº 628 do STJ.

O primeiro requisito é objetivo, já que basta a existência de um vínculo hierárquico entre a autoridade apontada como coatora e a autoridade que de fato praticou o ato coator.

O segundo requisito é também objetivo, já que basta a manifestação sobre o objeto do mandado de segurança, por parte da autoridade apontada como coatora, para que ele esteja caracterizado.

Quanto ao terceiro requisito, Márcio André Lopes Cavalcante ensina que *"a autoridade indicada no MS foi 'A'. No entanto, a autoridade que praticou o ato realmente foi 'B'. Se o mandado de segurança tivesse sido impetrado contra a autoridade correta (ou seja, contra 'B'), esta ação estaria tramitando perante o mesmo juiz ou Tribunal que está agora? O mandado de segurança proposto contra 'A' é julgado pelo mesmo juízo que julgaria o mandado de segurança impetrado contra 'B'? Se a resposta for sim para essas perguntas, o terceiro requisito está preenchido"*.

Quando os três requisitos estão preenchidos, há a aplicação da teoria da encampação; o problema é quando eles não estão preenchidos.

Neste caso, o CPC, em seus artigos 338 e 339, dispõe sobre a possibilidade de emenda da petição inicial para a correção deste vício.

O CPC tem caráter supletivo e subsidiário, portanto, ainda que a lei do mandado de segurança não tenha previsto essa emenda para a correção da autoridade coatora, deve ser aplicada a previsão do CPC.

No entanto, o STJ recentemente reafirmou a sua jurisprudência na qual limita esta possibilidade de emenda da petição inicial, ao julgar o REsp nº 1.954.451/RJ. A Corte entendeu que, no caso de a "correção da autoridade coatora" implicar modificação de competência jurisdicional, não poderá ser oportunizado ao impetrante a correção da autoridade coatora.

Ou seja, no caso de impetração de um mandado de segurança de competência originária do tribunal, não poderá haver a remessa dos autos para o primeiro grau de jurisdição, caso a

autoridade que deveria ter sido apontada como coatora tenha que ser julgada pelo primeiro grau de jurisdição.

Em que pese à jurisprudência do STJ, tal entendimento viola os princípios da celeridade processual, da eficiência e do acesso ao Poder Judiciário, já que tal "erro" é plenamente sanável, podendo a remessa ser feita para o juízo competente, quando se tratar da mesma estrutura judiciária, à toda evidência.

O CPC de 2015 tenta atender a diversos princípios e consagra o julgamento de mérito das ações. Tal entendimento parece que não vai de encontro às premissas positivadas pelo Código de Processo Civil.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2023-mar-30/gustavo-leite-correcao-autoridade-coatora-ms/>