

Súmula 628-STJ

Márcio André Lopes Cavalcante

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

MANDADO DE SEGURANÇA

Súmula 628-STJ: 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.**

STJ. 1ª Seção. Aprovada em 12/12/2018, DJe 17/12/2018.

Autoridade coatora

O mandado de segurança é impetrado contra o ato de uma autoridade coatora.

Nesse sentido, veja o que diz o art. 5º, LXIX, da CF/88:

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança 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;

No mesmo sentido é a redação da Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/2009):

Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

§ 1º Equiparam-se às autoridades, para os efeitos desta Lei, os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições.

E quem é a autoridade coatora, no caso concreto?

Considera-se autoridade coatora:

- a pessoa que praticou o ato impugnado; ou
- a pessoa da qual emanou a ordem para a sua prática (pessoa que mandou o ato ser praticado).

Petição inicial

Na petição inicial do MS deverá ser expressamente indicada quem é a autoridade coatora:

Art. 6º A petição inicial, que deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual, será apresentada em 2 (duas) vias com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda e indicará, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições.

Indicação errada da autoridade coatora

A Administração Pública é cheia de meandros, setores, gerências, departamentos e outras subdivisões, de forma que nem sempre é uma tarefa fácil identificar, com exatidão, quem foi o responsável pela ordem. Diante disso, na prática, verificava-se que o indivíduo impetrava o mandado de segurança indicando, por exemplo, como autoridade coatora, o diretor de determinado departamento da Secretaria de Estado. Nas informações do mandado de segurança, este diretor vinha dizendo que a indicação da autoridade foi errada, considerando que o responsável pelo ato seria o subdiretor. Ao final, a autoridade pedia que o mandado de segurança fosse extinto sem resolução do mérito por ilegitimidade passiva.

Teoria da encampação

Situações como a acima expostas, não se revelam razoáveis, tendo em vista que o mandado de segurança é um remédio constitucional idealizado para a garantia de direitos, não podendo seu acesso ser inviabilizado por dificuldades burocráticas de se identificar o verdadeiro autor do ato impugnado na Administração Pública.

Diante desse cenário, há muitos anos, a doutrina e a jurisprudência idealizaram a chamada “teoria da encampação”, por meio da qual se busca relativizar esse “erro” na indicação da autoridade coatora, desde que cumpridos determinados requisitos.

Primeiros precedentes

Essa teoria da encampação não se encontra expressamente regulamentada em lei.

Dessa forma, o STJ construiu três requisitos para que ela seja aceita.

Um dos primeiros precedentes do STJ a discorrer, de forma sistematizada, sobre tais requisitos foi em 2008, no RMS 12.779/DF (o STJ já havia tratado sobre a teoria, mas sem organizá-la em requisitos no MS 10.484/DF, do ano 2005).

No RMS 12.779/DF, a situação concreta foi a seguinte:

Determinada Fundação Educacional e Cultural impetrou mandado de segurança indicando como autoridade coatora o Ministro de Estado da Previdência Social.

Como o MS era contra Ministro de Estado, ele foi ajuizado no STJ (art. 105, I, “b”, da CF/88).

A impetrante alegou que seu “Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social” (CEBAS) foi indevidamente cancelado e, com isso, a Fundação ficou sem poder gozar dos benefícios da imunidade tributária.

O Ministro da Previdência Social apresentou as informações no mandado de segurança dizendo que:

- o documento cancelando o CEBAS foi assinado pelo Chefe da Seção de Orientação da Arrecadação Previdenciária (e não por ele, Ministro). Logo, a impetrante teria indicado a autoridade errada.
- caso não se concorde com isso, a segurança não deve ser concedida porque esse cancelamento observou a lei e a impetrante não tem direito realmente ao CEBAS.

Requisitos

O STJ, ao apreciar este caso acima relatado (RMS 12.779/DF), afirmou que são três os requisitos para aplicação da teoria da encampação no mandado de segurança:

- 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.

a) vínculo hierárquico entre as autoridades

No caso concreto, o Ministro da Previdência alegou que quem praticou o ato foi o Chefe de Arrecadação Previdenciária. Está certo. No entanto, esse Chefe de Arrecadação está subordinado hierarquicamente ao Ministro, de forma que o primeiro requisito da teoria da encampação está preenchido.

b) defesa do mérito do ato

O segundo requisito para a aplicação da teoria é que a autoridade que foi indicada no MS e que apresentou as informações tenha se manifestado a respeito do mérito do ato impugnado. Esse requisito também foi preenchido, considerando que o Ministro afirmou, expressamente, que o ato praticado foi legal e que a impetrante não teria direito.

c) ausência de modificação de competência

Esse terceiro requisito significa o seguinte:

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.

Por outro lado, se a Constituição Federal prever que o mandado de segurança impetrado contra a autoridade “A” é julgado pelo Tribunal e que o mandado de segurança contra a autoridade “B” é de competência da 1ª instância, neste caso, não será possível aplicar a teoria da encampação. Isso porque, na prática, estaria havendo uma burla às regras de competência. A parte autora poderia, de forma maliciosa, indicar autoridade errada para escolher outro juízo que não fosse o natural.

No caso concreto acima explicado (RMS 12.779/DF), este terceiro requisito não foi preenchido e, por isso, a teoria da encampação não pode ser aplicada.

O mandado de segurança contra o Ministro da Previdência era de competência do STJ. Por outro lado, o mandado de segurança contra o Chefe de Arrecadação Previdenciária deveria ter sido impetrado perante um juiz federal de 1ª instância (art. 109, VIII, da CF/88).

Logo, se fosse admitida a teoria da encampação, teríamos uma modificação da competência que é prevista na Constituição Federal.

Veja trecho da ementa:

(...) 1. São três os requisitos para aplicação da teoria da encampação no mandado de segurança: existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal; e manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas. Precedente da Primeira Seção: MS 10.484/DF, Rel. Min. José Delgado.

2. O ato coator apontado foi exarado pelo Chefe da Seção de Orientação da Arrecadação Previdenciária, da Delegacia da Receita Previdenciária de Niterói/RJ, vinculada à Secretaria da Receita Previdenciária do Ministério da Previdência Social.

3. O conhecimento do writ esbarra na alteração de competência estabelecida pela Carta da República. (...) STJ. 1ª Seção. MS 12.779/DF, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 13/02/2008.

E se houver modificação de competência prevista na Constituição Estadual?

As Constituições Estaduais também trazem regras de competência para mandado de segurança.

Como exemplo, em geral, as Cartas estaduais preveem que os mandados de segurança impetrados contra Governador e Secretários de Estado são de competência do Tribunal de Justiça.

É possível adotar a teoria da encampação mesmo que haja uma modificação de competência estabelecida em Constituição Estadual?

Não. Apesar de a letra “c” da Súmula falar apenas em Constituição Federal, podemos encontrar inúmeros julgados do STJ afirmando que a teoria da encampação também não se aplica se isso implicar em mudança das regras de competência definidas na Constituição Estadual. Ex: o autor impetrou, no TJ, mandado de segurança contra o Secretário de Estado de Educação; ocorre que o ato foi praticado por um diretor de departamento pedagógico (que é julgado em 1ª instância); logo, mesmo que o Secretário defenda o ato nas informações do MS, ainda assim o processo deverá ser extinto sem resolução do mérito.

Nesse sentido:

(...) Revela-se incabível falar em aplicação da teoria da encampação, uma vez que a indevida presença do Secretário da Fazenda no polo passivo do Mandado de Segurança modificaria a regra de competência jurisdicional disciplinada pela Constituição do Estado. (...)

STJ. 1ª Turma. AgInt no RMS 56.103/MG, Rel. Min. Regina Helena Costa, julgado em 23/08/2018.

Emenda da inicial ou correção de ofício

Outra situação importante e que deve ser destacada aqui é que, algumas vezes, o órgão julgador já percebe, no momento da propositura, que a indicação da autoridade coatora foi incorreta.

Nestes casos, o órgão julgador (juiz ou Relator) deverá determinar a emenda da inicial ou, se o erro for escusável, fazer a correção de ofício, desde que isso não implique modificação de competência.

Ex: candidato aprovado dentro do número de vagas para o concurso de professor estadual impetra mandado de segurança contra o Secretário de Educação pedindo a nomeação. Ocorre que não é o Secretário quem nomeia, mas sim o Governador do Estado. O Relator deverá determinar que o autor emende a Inicial para corrigir a autoridade coatora. Vale ressaltar que isso é possível porque, em regra, o MS impetrado tanto contra o Governador como contra o Secretário é julgado pelo TJ.

Veja precedente do STJ nesse sentido:

(...) O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento de que "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" (REsp 865.391/BA, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 7/8/2008.

2. Recurso Ordinário provido.

STJ. 2ª Turma. RMS 55.062/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 03/04/2018.

Veja o que estabelecem os arts. 338 e 339 do CPC/2015:

Art. 338. Alegando o réu, na contestação, ser parte ilegítima ou não ser o responsável pelo prejuízo invocado, o juiz facultará ao autor, em 15 (quinze) dias, a alteração da petição inicial para substituição do réu.

Parágrafo único. Realizada a substituição, o autor reembolsará as despesas e pagará os honorários ao procurador do réu excluído, que serão fixados entre três e cinco por cento do valor da causa ou, sendo este irrisório, nos termos do art. 85, § 8º.

Art. 339. Quando alegar sua ilegitimidade, incumbe ao réu indicar o sujeito passivo da relação jurídica discutida sempre que tiver conhecimento, sob pena de arcar com as despesas processuais e de indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta de indicação.

§ 1º O autor, ao aceitar a indicação, procederá, no prazo de 15 (quinze) dias, à alteração da petição inicial para a substituição do réu, observando-se, ainda, o parágrafo único do art. 338.

§ 2º No prazo de 15 (quinze) dias, o autor pode optar por alterar a petição inicial para incluir, como litisconsorte passivo, o sujeito indicado pelo réu.

Leonardo da Cunha defende que esses dispositivos também devem ser aplicados para o processo de mandado de segurança, "permitindo que se corrija a autoridade coatora ou, até mesmo, a pessoa jurídica da qual ela faz parte. Assim, se a parte impetrou mandado de segurança, por exemplo, contra o Governador do Estado, mas a autoridade impetrada seria o Secretário de Estado, é possível corrigir. De igual modo, se impetrou contra o Governador do Estado, mas deveria ter indicado, como autoridade, o diretor de determinada autarquia, poderá haver a correção tanto da autoridade como da pessoa jurídica

de cujos quadros faça parte.” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Forense, 2016, p. 534).

Com a mesma conclusão:

Enunciado 511-FPPC: A técnica processual prevista nos arts. 338 e 339 pode ser usada, no que couber, para possibilitar a correção da autoridade coatora, bem como da pessoa jurídica, no processo de mandado de segurança.