



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Divergências existentes a respeito do legitimado passivo no Mandado de Segurança

Paulo Roberto Ciuffo

Rio de Janeiro

2016

PAULO ROBERTO CIUFFO

Divergências existentes a respeito do legitimado passivo no Mandado de Segurança

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Processual Civil da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professor Orientador: Ubirajara da Fonseca Neto

Rio de Janeiro

2016

DIVERGÊNCIAS EXISTENTES A RESPEITO DO LEGITIMADO PASSIVO NO MANDADO DE SEGURANÇA

Paulo Roberto Ciuffo

Graduado pela Faculdade de Direito
Cândido Mendes – Ipanema. Advogado.
Pós-Graduando pela Escola da
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: O presente trabalho científico analisa de forma subjetiva a controvérsia existente a respeito de quem deve ser considerado como legitimado passivo na ação do mandado de segurança. No início deste trabalho apresenta-se a evolução histórica do mandado de segurança e o seu tratamento perante a Constituição Federal. Nos capítulos seguintes serão apresentadas as considerações gerais a respeito da sua natureza jurídica do instituto e a controvérsia a respeito do legitimado passivo e as correntes doutrinárias, bem como o posicionamento jurisprudencial adotado a respeito da controvérsia.

Palavra-chave: Mandado de Segurança. Controvérsia. Legitimado passivo *ad causam*.

Sumário: Introdução. 1. Origem e evolução histórica do instituto e o tratamento perante a Constituição Federal. 2. Natureza jurídica do instituto e considerações gerais a respeito do direito líquido e certo. 3. Exame da controvérsia a respeito do legitimado passivo na ação de Mandado de Segurança. 4. As correntes doutrinárias e a jurisprudência a respeito da controvérsia. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

No presente trabalho científico, pretende-se discutir a controvérsia existente a respeito do legitimado passivo *ad causam* na ação do Mandado de Segurança, ainda reinante, apesar da edição de uma nova legislação.

Pretende-se demonstrar, também, que por conter uma discussão bastante antiga, esta celeuma poderia ter sido solucionada por essa nova legislação, embora se reconheça que a mesma traga consigo a consolidação de várias e importantes conquistas da doutrina e da jurisprudência ao longo dos anos de aplicação das legislações anteriores.

Atualmente, o mandado de segurança está regulado pela Lei n. 12.016/09, que revogou expressamente a Lei n. 1.533/51, bem como, as Leis n. 4.348/64 e 5.021/66.

Será abordada a legitimação da autoridade coatora e a da pessoa jurídica a quem esta autoridade coatora está vinculada, para discutir a ocupação do pólo passivo, ante a intimação de uma e a notificação da outra e os obstáculos para sua identificação.

O tema é controvertido, principalmente quando se sabe que o organograma administrativo das pessoas jurídicas geralmente confunde a exata identificação da autoridade coatora responsável pelo ato, levando-se em consideração, principalmente, o caráter urgente do remédio constitucional e o seu prazo decadencial, a sua inadequada indicação é crucial para o legitimado ativo, pois, pode acarretar-lhe a extinção do processo sem julgamento do mérito.

Essencialmente existem três correntes, que exemplificam bem a controvérsia ainda hoje reinante: a) O legitimado passivo para a demanda de mandado de segurança é a autoridade coatora; b) O legitimado passivo para a demanda de mandado de segurança é a pessoa jurídica, de direito público ou privado, a cujos quadros pertença à autoridade coatora e; c) deve-se formar entre a autoridade coatora e a pessoa jurídica que a integra, um litisconsórcio passivo necessário.

No intuito de imprimir instrumentalidade e celeridade ao mandado de segurança, tem sido abrandado os efeitos de uma equivocada indicação da autoridade coatora, sendo certo existirem decisões judiciais que, considerando o caso concreto, determinam ao impetrante a emenda da inicial.

Apesar da controvérsia existente, a doutrinária e a construção jurisprudencial ao longo do tempo, de forma majoritária, posiciona-se no sentido de quem deve ser considerado o legitimado para ocupar o pólo passivo da demanda do mandado de segurança.

Assim, inicia-se o primeiro capítulo deste trabalho científico apresentando uma evolução histórica do mandado de segurança até os dias atuais e o seu tratamento perante a Constituição Federal.

Prossegue-se no segundo capítulo com as considerações gerais a respeito da natureza jurídica do mandado de segurança, seu conceito e a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.

O terceiro capítulo se destinará ao exame da controvérsia a respeito do legitimado passivo.

O quarto capítulo tratará das correntes doutrinárias e o posicionamento jurisprudencial sobre o tema.

A pesquisa utilizará a metodologia do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa.

1. ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO MANDADO DE SEGURANÇA E O SEU TRATAMENTO PERANTE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O instituto do mandado de segurança, previsto nos incisos LXIX¹ (individual) e LXX² (coletivo), do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988 e, na legislação infraconstitucional, por força da lei federal n. 12.016, de 07 de agosto de 2009, de gênese singular no ordenamento jurídico brasileiro, muito provavelmente inspirado em diversos institutos estrangeiros,³ é hoje, sem dúvida alguma, um dos mais importantes.

Sendo primeiramente inserto no direito brasileiro pela Constituição Federal de 1934, como sucedâneo do *habeas corpus*, até então utilizado pelos operadores do direito da época, à falta de um instrumento jurídico específico e mais adequado, visto que antes se

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituição/constitui%C3%A7ao.htm> . Acesso em 14 agos. 2015.

² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituição/constitui%C3%A7ao.htm> . Acesso em 14 agos. 2015.

³ DIREITO *apud* GARCETE, Carlos Alberto. *A nova lei do mandado de segurança*. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p.9.

discutia a utilização das proteções possessórias para direitos pessoais por meio do esforço interpretativo dado pelos juristas brasileiros de então. Até porque, visto que os procedimentos utilizados pelo direito processual civil brasileiro, desde o período Imperial até os primeiros tempos da República não eram suficientemente céleres e eficientes para a proteção dos direitos dos indivíduos contra o poder estatal e, uma vez que o defeito primordial de que se ressentiam os juristas da época era essa incapacidade que pudesse atender aos casos em que o direito violado não pudesse ser substituído por uma reparação em pecúnia, deu-se a tentativa da utilização dos procedimentos possessórios, de curso mais efêmero e tendente a uma execução específica em vez da forma reparatória.

Por essa razão, defendia Rui Barbosa, tendo como premissa necessária para essa utilização a existência da posse de direitos pessoais, ocasionando uma grande resistência a essa elasticidade do conceito da posse, não tendo, contudo, obtido grande êxito em sua doutrinação⁴.

O mandado de segurança, embora não tenha sido tratado na Constituição de 1937, perdendo por isso o status de garantia constitucional, ainda assim e apesar de diversas restrições impostas pelo regime ditatorial do Estado Novo (1937-1945), permaneceu preservado por força do Decreto-lei n. 6, de 06 nov. 1937, cujo fundamento de validade lastreava-se na Lei n. 191/36, exceto contra os atos do Presidente da República, dos Ministros de Estado, dos Governadores ou dos Interventores.

Tendo sido revogada posteriormente com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-lei n. 1.608, de 18 set. 1939), que disciplinou o novo procedimento do mandado de segurança nos artigos 319 a 331, ainda assim manteve a excepcionalidade às autoridades dantes mencionadas, modificação essa somente alterada com

⁴ BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado de Segurança*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 31.

a edição da Lei n. 1.533, que passou a disciplinar inteiramente a matéria concernente ao mandado de segurança, revogando assim, expressamente, os artigos 319 a 331 do Código de Processo Civil de 1939.

Após o término do governo ditatorial de Getúlio Vargas, foi promulgada a Constituição Federal de 1946, a qual contemplava o mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, fosse qual fosse a autoridade responsável pela ilegalidade do ato ou do abuso de poder.⁵ Contudo, essa insípida experiência de democracia chegou ao fim com um novo golpe de estado em 1964, embora a Carta Política de 1967 tenha mantido a garantia do mandado de segurança para a proteção de direito individual líquido e certo.

Com a Emenda Constitucional n. 1/69, a expressão “individual” foi suprimida, restabelecendo-se assim a redação feita pela Constituição de 1946.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, manteve-se o *status* constitucional do mandado de segurança, que inovava pela exclusão dos casos de *habeas corpus*⁶ ou *habeas data*⁷, bem como, a previsão no inciso LXX, do artigo 5º, do mandado de segurança coletivo⁸ a ser impetrado pelos entes ali elencados.

No atual momento, é a Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009, que revogando expressamente a Lei n. 1.533/51 bem como, as Leis n. 4.348/64 e 5.021/66, quem disciplina o atual procedimento do mandado de segurança, individual e coletivo, sendo que o Código de Processo Civil tem aplicação subsidiária.

⁵ DONIZETTI, Elpídio. *Ações constitucionais: mandado de injunção. ações de controle de constitucionalidade (ADI, ADO, ADC, ADPF). habeas data. ação civil pública. Ação popular. reclamação constitucional. ação de improbidade administrativa*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.4.

⁶BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituição/constitui%C3%A7ao.htm> . Acesso em 14 agos. 2015.

⁷BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituição/constitui%C3%A7ao.htm> . Acesso em 14 agos. 2015.

⁸BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituição/constitui%C3%A7ao.htm> . Acesso em 14 agos. 2015.

Em razão das diversas regulamentações que alteraram o texto da Lei n. 1.533/51, a intenção do legislador foi introduzir num único diploma normativo o entendimento doutrinário e jurisprudencial sedimentado nas súmulas dos tribunais ao longo dos tempos.

2. CONSIDERAÇÕES GERAIS A RESPEITO DA NATUREZA JURÍDICA DO MANDADO DE SEGURANÇA E A APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Tema que também provoca debates é a natureza jurídica do mandado de segurança. Existe inclusive quem lhe negue o caráter de ação posto que um dos elementos da ação são as partes e, que, na lei regente do mandado de segurança não se faz alusão à pessoa do réu, pois, segundo alguns, como tal, não deve ser entendida a autoridade coatora pelo impetrante. Aqueles que utilizam tais variáveis para justificar essa assertiva, concluem que não existindo partes, não há como identificar lide a ser composta por meio do exercício do poder jurisdicional do Estado.

Celso Agrícola Barbi observa que⁹:

No início de sua aplicação pelos tribunais, houve quem dissesse que ela é “causa” e não “ação”. Afirmou-se que o mandado de segurança é “remédio” de natureza especial e não “ação”. Sustentou o Ministro Carvalho Mourão, em voto proferido no Supremo Tribunal Federal, que o mandado de segurança não é “causa” nem “ação” e sim medida “acautelatória, remédio com finalidade preventiva”, principalmente, embora sirva também para reposição das coisas ao estado anterior, até serem decididas pela ação competente.

A despeito da existência de entendimento contrário, tem sido muito comum se encontrar o mandado de segurança sendo conceituado por doutrinadores de três diferentes áreas do Direito, a saber: o Direito Constitucional, o Direito Administrativo e o Direito Processual.

Há constitucionalista que afirme que o mandado de segurança seria uma “ação constitucional”, outros, que o mandado de segurança seria um “instrumento de defesa de

⁹ Ibid., p. 43/44.

direitos fundamentais”, ou, ainda, “que o mandado de segurança deve ser examinado em dúplice perspectiva, constitucional e processual. Posto que, sob o aspecto constitucional o mandado de segurança teria natureza de um “remédio constitucional”, enquanto sob o aspecto processual seria ele uma “ação cível”.¹⁰

Contudo, é majoritária a corrente no sentido de que o mandado de segurança constitui-se em verdadeira ação, ainda que se trate de garantia fundamental, uma vez que a sua interposição reclama sempre a invocação da prestação jurisdicional.¹¹

Na clássica lição de Hely Lopes Meirelles¹² encontra-se:

O mandado de segurança, como a lei regulamentar o considera, é ação civil de rito sumário especial, destinada a afastar ofensa a direito subjetivo individual ou coletivo, privado ou público, através de ordem corretiva ou impeditiva da ilegalidade, ordem esta, a ser cumprida especificamente pela autoridade coatora, em atendimento da notificação judicial. Sendo ação civil, como é, o mandado de segurança enquadra-se no conceito de causa, enunciado pela Constituição da República, para fins de fixação de foro e juízo competentes para o seu julgamento quando for interessada a União (art. 109, I e VIII), e produz todos os efeitos próprios dos feitos contenciosos. Distingue-se das demais ações apenas pela especificidade de seu objeto e pela sumariedade de seu procedimento, que é próprio e só subsidiariamente aceita as regras do Código de Processo Civil. Visa, precipuamente, à invalidação de atos de autoridade ou à supressão de efeitos de omissões administrativas capazes de lesar direito individual ou coletivo, líquido e certo.

Qualquer que seja a origem ou natureza do ato impugnado (administrativo, judicial, civil, penal, policial, militar, eleitoral, trabalhista etc.), o mandado de segurança será sempre processado e julgado como ação civil, no juízo competente.

É maciça a afirmação na doutrina de que o mandado de segurança tem natureza de ação. No entanto o que ainda provoca debates é quanto a sua classificação em cognitiva, executiva ou cautelar. No entanto predomina o conceito que atribui ao mandado de segurança a natureza de ação de conhecimento, pois se inicia com uma petição e termina com uma sentença que aprecia ou não o mérito do pedido.

De conformidade com o seu conceito a sua finalidade precípua é proteger o direito líquido e certo, individual ou coletivo, da pessoa física ou jurídica, não amparado por

¹⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Manual do mandado de segurança*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 18.

¹¹ *Ibid.*, p. 18.

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 20.

habeas corpus ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for uma autoridade pública ou privada no exercício de atribuições do Poder Público, conforme o caso.

2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS A RESPEITO DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO

Muito já se discutiu a respeito do sentido da expressão direito líquido e certo. No ordenamento jurídico pretérito, a Constituição Federal de 1934 prevendo o mandado de segurança, utilizou-se da expressão “direito certo e incontestável”.

A partir da Constituição Federal de 1946 adotou-se, então, a expressão “direito líquido e certo”.

Assim, a fim de se determinar qual é o bem da vida que se pretende tutelar por meio do mandado de segurança, deve-se examinar o conceito desta expressão.

Ao buscar esclarecer esse conceito, Alfredo Buzaid¹³ afirmava que:

Esclarece o conceito de direito líquido e certo é a ideia de sua incontestabilidade, isto é, uma afirmação jurídica que não pode ser séria e validamente impugnada pela autoridade pública, que pratica um ato ilegal ou de abuso de direito. Ele tem, na realidade, dois polos: um positivo, porque se funda na Constituição ou na lei; outro negativo, porque nasce da violação da Constituição ou da lei. Ora, a norma constitucional ou legal há de ser certa em atribuir à pessoa o direito subjetivo, tornando-o insuscetível de dúvida. Se surgir a seu respeito qualquer controvérsia, quer de interpretação, quer de aplicação, já não pode constituir fundamento para a impetração de mandado de segurança.

Por seu turno, afirmava Celso Agrícola Barbi¹⁴:

Como se vê, o conceito de direito líquido e certo é tipicamente processual, pois atende ao modo de ser de um direito subjetivo no processo: a circunstância de um determinado direito subjetivo realmente existir não lhe dá a caracterização de liquidez e certeza; esta só lhe é atribuída se os fatos em que se fundar puderem ser provados de forma incontestável, certa, no processo. E isto normalmente se dá quando a prova for documental, pois esta é adequada a uma demonstração imediata e segura dos fatos.

Hodiernamente, entretanto, não existe mais lugar para dúvidas quanto a isto.

Depois do paradigmático voto do Ministro Costa Manso, do STF, no mandado de segurança

¹³ BUZAID *apud* CÂMARA, Alexandre Freitas. *Manual do mandado de segurança*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 89.

¹⁴ *Ibid.*, p.61.

n. 333 de 1936, a doutrina passou a definir a expressão “direito líquido e certo” como sendo aquele que se mostra claro e passível de demonstração por meio de documentos pré-constituídos. Inclusive, não se pode olvidar que líquido e certo, em verdade, são os fatos aduzidos pelo impetrante e não o direito, uma vez que este é sempre evidente¹⁵.

Deve-se, portanto ficar atento para o fato de que a existência ou a inexistência do direito líquido e certo é matéria diretamente ligada ao mérito da impetração.

Desta forma, o que se leva em consideração como condição específica da ação é a possibilidade de os fatos alegados pelo impetrante serem demonstrados pronta e documentalmente, sem que haja necessidade de postergação da instrução probatória, visto que a ação do mandado de segurança é célere não comportando maiores delongas.¹⁶

3. EXAME DA CONTROVÉRSIA A RESPEITO DO LEGITIMADO PASSIVO NA AÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA

Há muito se controverte a respeito do legitimado passivo ad causam. Ou seja, quem deve ocupar a posição passiva da demanda no mandado de segurança, se a autoridade apontada como coatora ou se a pessoa jurídica a que aquela autoridade se vincula. A esse respeito, doutrina e jurisprudência jamais chegaram a um acordo.

A celeuma a respeito é tamanha que houve quem cogitasse até em sustentar que o processo do mandado de segurança seria um “processo sem réu”, em que ninguém ocuparia o polo passivo, nem a autoridade coatora, tampouco a pessoa jurídica de direito público.¹⁷

¹⁵ DONIZETTI, op.cit., p.24.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ CÂMARA, op.cit., p. 49.

A justificativa para a discussão doutrinária arrimava-se no fato de que a Lei n. 1.533/51, em sua origem, só previu a participação da autoridade coatora e do Ministério Público.

Por essa razão, uma vez que o Ministério Público, via de regra, atua como fiscal da lei, não restaria outro papel à autoridade coatora senão a de legitimado passivo no processo.¹⁸

4. AS CORRENTES DOUTRINÁRIAS E A JURISPRUDÊNCIA A RESPEITO DA CONTROVÉRSIA

A respeito dessa discussão, a doutrina apresentou duas grandes correntes, que, inclusive, refletiu-se também na jurisprudência.¹⁹

A primeira corrente afirma que a posição passiva na ação do mandado de segurança deve ser ostentada pela autoridade apontada pelo impetrante como a autoridade coatora do ato impugnado, por ser ele o responsável pelo ato que gerou a lesão ou ameaça ao direito líquido e certo. Ao contrário desta, a segunda corrente entende que a legitimidade passiva para a demanda do mandado de segurança, não pode ser da autoridade coatora, mas sim da pessoa jurídica (de direito público ou privado) a qual aquela autoridade está vinculada.

De outro lado, também há quem afirme a existência de um litisconsórcio necessário entre a autoridade coatora e a pessoa jurídica a qual esta está vinculada. Inicialmente, trazemos a posição daqueles que entendem que a demanda do mandado de segurança deve ser proposta em face da autoridade tida como a responsável pelo ato impugnado, denominada de autoridade coatora.²⁰

Portanto, há quem considere a autoridade coatora como sendo o legitimado passivo na ação do mandado de segurança.

¹⁸ DONIZETTI, op. cit., p.46.

¹⁹ CÂMARA, op.cit., p. 49.

²⁰ Ibid., p. 49

Meirelles²¹: Tanto assim, que isso pode ser conferido na clássica lição de Hely Lopes

O impetrado é a autoridade coatora, e não a pessoa jurídica ou o órgão a que pertence e ao qual seu ato é imputado em razão do ofício. Nada impede, entretanto, que a entidade interessada ingresse no mandado a qualquer tempo, como simples assistente do coator, recebendo a causa no estado em que se encontra, ou, dentro de prazo para as informações, entre como litisconsorte do impetrado, nos termos do art. 19 da Lei 1.533/51.

O ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Alberto Menezes Direito, grande estudioso do mandado de segurança, também tinha a mesma orientação²²:

O impetrado é a autoridade coatora, devendo ficar claro que esta se não confunde com o órgão a que pertença. Isto é de fundamental importância, porque somente a autoridade coatora tem legitimação passiva, devendo prestar e assinar as informações no prazo de 10 dias e cumprir o que for determinado na liminar ou na sentença.

Sustentando essa mesma opinião, já sob a égide da vigência da Lei n. 12.016/09, Mantovanni Colares Cavalcanti, assim analisa²³:

O mandado de segurança é manejável quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuição do Poder Público. Surge aí a chamada legitimidade passiva na ação, que guarda contornos próprios, diferenciados das outras demandas.

É que, nas demais ações, a parte passiva é sempre a pessoa física ou jurídica que sofre os efeitos da decisão judicial contra si proferida. Assim, em mandado de segurança, a seguir referida regra, a legitimação passiva seria da pessoa jurídica de direito público que suportaria a decisão proferida na ação de segurança.

Ocorre que, no mandado de segurança, o juiz, ao despachar a inicial, ordena 'que se notifique o coator do conteúdo da petição inicial, enviando-lhe a segunda via apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, preste as informações', de modo que nessa ação o responsável pela prática do ato é a parte passiva.

Embora não seja aceita pacificamente, tal posição doutrinária sempre teve a aceitação jurisprudencial, merecendo destacar um acórdão do Supremo Tribunal Federal, cuja redação foi designado o Ministro Sepúlveda Pertence e que ficou assim ementado²⁴:

²¹ MEIRELLES, op. cit., p.41.

²² CÂMARA, op. cit., p.50.

²³ CÂMARA, op. cit., p.50.

²⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Manual do mandado de Segurança*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 51-54.

Mandado de segurança. Legitimação passiva da pessoa de direito público ou assemelhada, à qual seja imputável o ato coator, cabendo à autoridade coatora o papel de seu representante processual, posto que de identificação necessária. Consequente possibilidade de sanar-se o erro do impetrante na identificação da autoridade coatora, mediante emenda da inicial, para o que se determina a intimação da parte. Voto médio do relator para o acórdão.

Necessário se faz destacar alguns trechos do voto, pois são fundamentais para a compreensão da tese segundo a qual a legitimidade passiva para a demanda de mandado de segurança deve ser atribuída à pessoa jurídica (de direito público ou privado, conforme o caso), e não à autoridade coatora.

As partes são elementos de identificação da ação. Ao juiz, competente para julgar a ação por elas identificadas, cumpre decidir o processo, com ou sem resolução de mérito; jamais à vista do princípio dispositivo, alterar de ofício a indicação pelo autor do sujeito passivo da demanda a fim de julgar ou remeter o juízo competente a ação contra outrem, que ninguém propôs.

Essa solução, entretanto, traz consigo as iniquidades ou, quando menos as inconveniências anotadas no voto do Min. Ilmar Galvão. Estou convencido porém obviá-las, não é preciso violentá-la nem transgredir com os princípios. Basta dar à lei a inteligência já acolhida por julgados e estudiosos de nomeada, a qual, mais que simplesmente razoável, se me afigura a de melhor adequação ao sistema brasileiro de controle jurisdicional dos atos administrativos: refiro-me ao entendimento segundo o qual o sujeito passivo na relação processual do mandado de segurança é sempre a pessoa jurídica de direito público – ou, sendo o caso, a de direito privado (CF, art. 5º, LXIX in fine; L. 1533, art. 1º, § 1º - parte final) -, à qual seja imputável o ato ou omissão impugnados, reduzindo-se no processo o papel da autoridade coatora ao de representante processual da parte ré, para fins limitados: - a prestação das informações e o cumprimento da decisão concessiva da ordem.

[...]

O que se dá, portanto, é que – seja por força da reminiscência histórica dos writs (cf. Barbi, supra), seja por razões de conveniência, como quer Dinamarco (ob.cit.Rev. Proc. 19/208), fundada ‘na premissa de que ninguém conhece tão bem o ato praticado e suas razões quanto quem o praticou’ – o papel da autoridade coatora, no mandado de segurança, não lhe confere legitimação passiva ad causam, mas se desenvolve todo ele, no campo da legitimação ad processum ou da representação da parte – que é a pessoa de direito público, da qual seja órgão; e, ainda aí, para fins limitados.

[...]

Certo, parto da premissa de que a indicação como autoridade coatora de agente que não seja o autor da coação questionada não se resolve pela ilegitimidade passiva, que esta há de ser verificada em relação à entidade pública a que imputável o ato ou a omissão.

É, sim, tema atinente à representação da parte pública legitimada para responder à ação de segurança.

De regra, no procedimento ordinatório, não é ônus do autor a indicação na petição inicial, do representante *ad processum* da parte adversa (C.Proc. Civ., art. 282), a cuja identificação procederá de ofício o agente do juízo, quando da citação, na conformidade do art. 12 do C. Pr. Civil.

No mandado de segurança é diferente. A indicação da autoridade coatora é essencial à formação e ao desenvolvimento do processo e ao cumprimento do julgado: à formação e ao desenvolvimento do processo, uma vez que dela decorrerá a fixação da competência do juízo e a identificação do destinatário do ato de chamamento ao feito da parte passiva, que, então, não se determina em razão dos critérios genéricos do art. 12. do C. Pr. Civil; ao cumprimento do julgado, porque, concedida a segurança, é à autoridade coatora, embora como órgão da entidade estatal, que se dirige o mandado consequente (L. 1533/51, art. 11).

Daí, o ônus que excepcionalmente toca ao impetrante, no processo do mandado de segurança, de indicar, na petição inicial, a autoridade coatora.

[...]

Ora, sendo ônus do impetrante a indicação da autoridade coatora, dado essencial da impetração, se o juiz – à vista petição ou já á luz das informações – lhe verifica o erro, estou em que não lhe cabe o poder de corrigi-lo.

[...]

Onde, porém, data vênua, não acompanho a orientação de tais julgados é no ponto em que, da errada indicação da autoridade coatora, extraem, desde logo, deva o juiz indeferir a segurança. E – aqui, talvez, dissentindo do entendimento que parece subjacente ao voto do Min. Moreira Alves na Recl. 333, antes referida -, também não me parece que, na mesma hipótese, seja a extinção do processo sem julgamento de mérito.

[...]

Quando, porém, se entende, como entendo eu, que a autoridade coatora não é parte, mas órgão necessário de representação da parte passiva no processo do mandado de segurança -, ainda que, excepcionalmente, incumba ao impetrante a sua indicação -, estou que, do erro da indicação não impõe os princípios a consequência necessária da extinção do processo, com ou sem julgamento do mérito.

Cuidando-se de defeito de representação da parte, a regra geral não é a extinção do processo, mas, sempre que possível, seu saneamento (C. Pr. Civ., art. 13).

Certo, de regra, a providência saneadora incumbirá à parte defeituosamente representada.

Se, no entanto, no mandado de segurança, ao impetrante, pelas peculiaridades já anotadas, é que se incumbe indicar a autoridade coatora, que no processo deva atuar pela parte passiva, a ele, autor, é que se deve facultar, para salvar o processo, que corrija o erro da indicação, seja com a petição inicial, seja após as informações.

Quando dela não resultar alteração da competência do juízo, da nova indicação não advirão maiores problemas: se anteceder á notificação inicial, essa tenderá à correção da inicial; se posterior, novas informações se requisitarão.

Só ante o silêncio do impetrante ou a sua recusa no corrigir o equívoco, é que deve o juiz declarar a nulidade do processo e extingui-lo sem julgamento do mérito.

Acrescento, por fim, que não me impressiona a objeção de que, admitido, nos termos assinalados, o saneamento do processo, estaria eu, via de consequência, a desconhecer a consumação do prazo de decadência para requerer mandado de segurança.

Data vênua, não: a segurança terá sido impetrada tempestivamente contra o ato coator identificado na impetração, cuja providência decorre a legitimação passiva da União. O erro na indicação do representante processual da parte passiva – a que, sob minha ótica, se reduz o problema da equivocada identificação da autoridade coatora -, é irregularidade sanável, que, por si só, não importa caducidade do direito oportunamente exercido.

De acordo com a lição de Celso Agricola Barbi²⁵:

Nosso ordenamento processual atribui a capacidade de ser parte apenas às pessoas naturais e jurídicas, à herança, à massa falida, à massa do devedor civil insolvente, à sociedade de fato e ao condomínio de imóvel dividido em salas e apartamentos.

O ato que a autoridade coatora pratica, no exercício de suas funções, vincula a pessoa jurídica de direito público a cujos quadros ela pertence; é ato do ente público e não do funcionário. Assim, o ato do secretário de Estado que demite um funcionário produz efeitos nas relações jurídicas entre o funcionário e o Estado, e não entre aquele e o secretário. Da mesma forma, o ato de um diretor de sociedade privada vincula a sociedade e não o diretor, um vez que foi praticado naquela qualidade, e não na de particular.

No direito público interno brasileiro, têm personalidade jurídica a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as entidades autárquicas; não os seus agentes, que são apenas órgãos da Administração. Também têm personalidade jurídica de direito público os partidos políticos.

Outra circunstância que milita contra a tese daqueles mestres é que o julgador irá regular a situação do impetrante em relação à pessoa jurídica de direito público e não em referência à autoridade coatora. A isto deve-se acrescentar que as despesas judiciais, em regra, cabem ao vencido, e seria estranha a condenação do funcionário coator ao pagamento das custas do processo.

Em outra oportunidade, já escrevemos que esse equívoco dos nossos intérpretes tem origem, entre outros motivos, na falta de exame das origens e dos motivos da forma processual adotada para o processo do mandado de segurança. Inspirou-se ele no *habeas-corpus*, no juízo de amparo mexicano e em *writs* do direito norte-americano. Todos esses derivam do direito inglês, no qual, tradicionalmente, nas lesões de direito por ato de funcionário público, a ação é dirigida contra ele e não contra o Estado.

E, continua:

Quem é parte passiva no mandado de segurança – A nosso ver, a razão está com Seabra Fagundes, Castro Nunes e Temístocles Cavalcanti, a parte passiva no mandado de segurança é a pessoa jurídica de direito público a cujos quadros pertence a autoridade apontada como coatora, Como já vimos anteriormente, o ato do funcionário é ato da entidade pública a que ele se subordina. Seus efeitos se operam em relação à pessoa jurídica de direito público. E, por lei, só esta tem “capacidade de ser parte” do nosso direito processual civil.

Nos dias atuais e, já sob a égide da Lei n. 12.016/09, mantém-se ainda e de forma vigorosa o entendimento pela corrente doutrinária majoritária no sentido de que a pessoa jurídica a qual a autoridade coatora esteja vinculada é quem deverá figurar no pólo passivo da demanda do mandado de segurança.

Para tanto é justamente isso que comprovam os julgados a esse respeito e que ora se traz à colação:

²⁵ Ibid., p. 152-154.

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. INTIMAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO A QUE SE VINCULA A AUTORIDADE IMPETRADA PARA APRESENTAR CONTRA-RAZÕES A RECURSO DE APELAÇÃO. OBRIGATORIEDADE. NULIDADE DO ACÓRDÃO. 1. Em sede de mandamus a parte é a entidade pública a que pertence a autoridade coatora, de regra, carente de legitimatio ad processum, tese que reforça a necessidade de intimação da pessoa de direito público para recorrer e apresentar contra-razões, máxime à luz da novel Carta Federal que privilegia sob a fórmula pétrea a ampla defesa, o contraditório e o due process of law. 2. "1. A parte passiva no mandado de segurança é a pessoa jurídica de direito público a que se vincula a autoridade apontada como coatora. Os efeitos da sentença se operam em relação à pessoa jurídica de direito público, e não à autoridade. 2. A opção legislativa, com a finalidade de manter a celeridade da ação mandamental, limita-se a determinar a notificação para informações e à comunicação de sentença (Lei 1.533/51, arts. 7º e 11). Todavia, apresentado recurso pela impetrante, a intimação, para contra-razões, deve ser feita ao representante judicial da própria pessoa jurídica." (RESP 619461/RS, Relator Ministro Teori Zavascki) 3. Precedentes jurisprudenciais desta Corte: RESP 619461/RS, Relator Ministro Teori Zavascki, DJ de 06.09.2004 e ROMS 14.176, Ministro Félix Fischer, DJ 12.08.2002. 4. Recurso especial provido para anular o acórdão recorrido, determinando a intimação do Estado do Maranhão para oferecer contra-razões ao recurso de apelação interposto pela empresa impetrante. – REsp. nº 647.409/MA – Unan. STJ – 1ª T. Rel. Min. Luiz Fux – julg. 07/12/2004.²⁶

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. REGIME TRIBUTÁRIO. AUTORIDADE COATORA. SECRETÁRIO DE ESTADO DA FAZENDA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. EMENDA À PETIÇÃO INICIAL. MODIFICAÇÃO DA COMPETÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. CARÁTER DE IMPUGNAÇÃO CONTRA LEI EM TESE. PRECEDENTE. 1. O Secretário de Estado da Fazenda do Estado do Rio de Janeiro não possui legitimidade passiva para figurar como autoridade coatora em Mandado de Segurança que discute regime de substituição tributária aplicável ao ICMS. 2. O simples fato de a ação fiscal estar eventualmente pautada em norma infralegal editada pelo Secretário da Fazenda não o torna legitimado passivo para os Mandados de Segurança que discutem a ilegalidade da autuação (RMS 13.976/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 17.11.2003, p. 240; RMS 37.270/MS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 22.4.2013). 3. Afastada a legitimidade passiva do Secretário para figurar como autoridade coatora, o Tribunal de Justiça local deixa de ser competente para o julgamento do feito, consoante o art. 161, IV, "e", da Constituição Estadual, o que impossibilita a aplicação da Teoria da Encampação (AgRg no REsp 1.343.436/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 17.4.2013; RMS 30.848/MT, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 11.6.2010 REsp 818.473/MT, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 17.12.2010). 4. A jurisprudência do STJ se consolidou 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 (AgRg no AREsp 368.159/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 9.10.2013; RMS 22.518/PE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 16.8.2007, p. 286). 5. Em hipótese idêntica à dos autos – de impugnação à Resolução SEFAZ/RJ 201/2009 –, esta Turma reconheceu que se tratava de Mandado de Segurança impetrado contra lei em tese, o que não é admitido, nos termos da Súmula 266/STF (RMS 44.239/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 14.10.2014). – AgRg no RMS n. 46.032/RJ

²⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 647.409/MA – Unan. STJ – 1ª T. Rel. Min. Luiz Fux. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?>>. Acesso em: 04 mar. 2016.

(2014/0171758-3). Unan. STJ. 2ª T. Rel. Min. Herman Benjamin – julg. 10/03/2015.²⁷

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. DECRETO ESTADUAL 13.162/2011 E PROTOCOLO CONFAZ 21/2011. ILEGITIMIDADE DO SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO DO MANDADO DE SEGURANÇA, POR SE TRATAR DE IMPETRAÇÃO QUE VISA EVITAR A PRÁTICA DE LANÇAMENTO FISCAL. PRECEDENTES. I. A Primeira Seção do STJ, ao julgar o MS 4.839/DF (Rel. Ministro ARI PARGENDLER, DJU de 16/02/1998), deixou anotado que "a autoridade coatora, no mandado de segurança, é aquela que pratica o ato, não a que genericamente orienta os órgãos subordinados a respeito da aplicação da lei no âmbito administrativo; mal endereçado o writ, o processo deve ser extinto sem julgamento de mérito". II. Especificamente em mandados de segurança análogos, oriundos do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, a Segunda Turma do STJ, ao julgar, sob a relatoria do Ministro ARI PARGENDLER, tanto o RMS 40.373/MS (DJe de 14/05/2013), quanto o RMS 38.960/MS (DJe de 22/05/2013), proclamou que o respectivo Secretário de Estado da Fazenda não está legitimado a figurar, como autoridade coatora, em mandados de segurança que visam evitar a prática de lançamento fiscal. A Primeira Turma do STJ, ao julgar igualmente o RMS 37.270/MS (Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, DJe de 22/04/2013), decidiu, ao apreciar espécie análoga, que não compete diretamente ao Secretário da Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul, mas, sim, aos Agentes Fiscais, a fiscalização e a cobrança do ICMS, na hipótese prevista no Decreto Estadual 13.162/2011 e no Protocolo CONFAZ 21/2011, conforme a inteligência dos arts. 219, § 1º, incisos I e II, da Lei Estadual 1.810/97 (Código Tributário Estadual), e 123, §§ 1º, 2º e 3º, do Decreto Estadual 9.203/1998 (Regulamento do ICMS). III. No caso, é inaplicável a teoria da encampação, na medida em que a indevida presença do Secretário de Estado da Fazenda no polo passivo do mandado de segurança modifica a regra de competência jurisdicional, disciplinada pela Constituição Estadual (art. 114, II, b). IV. Agravo Regimental improvido. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora. – AgRg no RMS n. 46.032/RJ (2014/0171758-3). Unan. STJ. 2ª T. Rel. Min. Assusete Magalhães – julg. 05/08/2014.²⁸

Por seu turno, afirma Luiz Fux²⁹:

A legitimidade das partes é, pois, condição aferida pelo juiz in abstracto visando verificar se a ação está sendo travada entre as pessoas pertinentes. A legitimação é, portanto, questão de dupla face, exigindo-se a legitimação quanto aos polos ativo e passivo da relação processual, apurando-se os reais destinatários da sentença de mérito.

²⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RMS n. 46.032/RJ (2014/0171758-3). Unan. STJ. 2ª T. Rel. Min. Herman Benjamin. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?>>. Acesso em: 04 mar. 2016.

²⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RMS n. 46.032/RJ (2014/0171758-3). Unan. STJ. 2ª T. Rel. Min. Assusete Magalhães. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?>>. Acesso em: 04 mar. 2016.

²⁹ FUX, Luiz. *A legitimatio ad causam no mandado de segurança*. Disponível em: <http://www.editorajc.com.br/2014/05/legitimatio-ad-causam-mandado-seguranca/>> acessado em 07 mar. 2016.

E continua, contudo, excetuando a legitimação extraordinária:

Essa coincidência somente perde importância na legitimação extraordinária, porque nesse caso o que marca o fenômeno é exatamente a não coincidência entre os sujeitos da lide e os sujeitos do processo. A relação processual forma-se com pessoas outras que não os titulares da relação material como, v.g., ocorre com o acionista majoritário que em nome próprio pode demandar em favor da sociedade.

Todavia, ao manifestar-se a respeito do legitimado passivo, afirma:

[...] parece-nos que a novel lei veio dissipar vetusta controvérsia consoante a jurisprudência predominante, bem como em consonância com os institutos processuais básicos. Assim, é sabido que a autoridade coatora, de regra, não detém capacidade processual nem personalidade judiciária. É apenas a responsável pelo ato que faz reclamar a impetração do *writ*. A pessoa jurídica a que pertence, por seu turno ostenta *legitimatío ad causam e ad processum*, ou seja, tem legitimação e capacidade de ser parte e de estar em juízo.

CONCLUSÃO

A pesquisa do presente trabalho utilizou-se da metodologia bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa, em que se propôs focalizar a controvérsia existente no âmbito da ação do mandado de segurança a respeito do legitimado a ocupar o pólo passivo da demanda, uma vez que a própria legislação se mostra reticente, contraditória ou ambígua nesse aspecto, o que vem, assim, a estimular o debate.

Essa investigação teve por escopo, igualmente, demonstrar que embora o tema não seja novo, e apesar de muito já se ter escrito, antes e depois da edição de uma nova legislação a respeito do instituto, a jurisprudência cada vez mais demonstra, de forma inequívoca, as dificuldades ainda encontradas por muitos operadores do direito para a correta identificação do pólo passivo.

Nesse passo, a solução para essa controvérsia, possivelmente, seria a apresentação de uma proposta de projeto de lei indicando, de forma resoluto e incisiva, de que o pólo passivo da ação de mandado de segurança deverá ser ocupado pela “pessoa jurídica de direito público ou privado, conforme for o caso, a qual a autoridade coatora esteja vinculada”.

Conclui-se, pois, pela leitura bibliográfica e pela jurisprudência aqui colacionada, de que em razão do silêncio da lei a tese que vem encontrando maior sustentação

e coerência é justamente aquela que aponta a pessoa jurídica de direito público ou privado a qual a autoridade coatora esteja vinculada, como sendo aquela que deverá figurar no pólo passivo do mandado de segurança.

REFERÊNCIAS

BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado de segurança*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 14 agos. 2015.

BRASIL. Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/12016.htm>. Acesso em 14 agos. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl n. 367. STF. Relator p/ acórdão Ministro Sepúlveda Pertence. j. 4.2.1993, in: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Manual do mandado de segurança*. São Paulo: Atlas, 2013.

BUZUID *apud* CÂMARA, Alexandre Freitas. *Manual do mandado de segurança*. São Paulo: Atlas, 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Manual do Mandado de Segurança*. São Paulo: Atlas, 2013.

DONIZETTI, Elpídio. *Ações Constitucionais: mandado de segurança. mandado de injunção. ações de controle de constitucionalidade (ADI, ADO, ADC, ADPF). habeas data. ação civil pública. ação popular. reclamação constitucional. ação de Improbidade administrativa*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FUX, Luiz. *A legitimatio ad causam no mandado de segurança*. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/2014/05/legitimatio-ad-causam-mandado-seguranca/>> acessado em 07 mar. 2016.

GARCETE, Carlos Alberto. *A nova lei do mandado de segurança*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.