

A LEGITIMIDADE PASSIVA NO MANDADO DE SEGURANÇA

Rafael Baruta BATISTA¹

RESUMO: O presente trabalho teve por objetivo analisar quem possui legitimidade passiva no mandando de segurança. Para tanto foi procedida, mediante pesquisa doutrinária e jurisprudencial, quais eram os posicionamentos que há sobre o assunto, sendo analisado os seguintes: não haveria parte passiva no mandado de segurança; o pólo passivo seria preenchido pela autoridade coatora; haveria um litisconsórcio passivo necessário formado por autoridade coatora e pessoa jurídica, e por fim, a legitimada seria a pessoa jurídica. Buscou-se explicar cada um deles, em especial o que reconhece como sendo a pessoa jurídica à qual a autoridade coatora faça parte, como sendo a legitimada passava para a ação mandamental. Atribui-se relevância ao estudo de quem seja a parte passiva no mandando de segurança, pelo fato de que a ilegitimidade de partes torna carecedora a ação por ausência de uma de suas condições, impossibilitando a análise do mérito e a respectiva extinção da ação mandamental.

Palavras-chaves: mandado de segurança, legitimidade passiva, condição da ação.

1 CONCEITO DE MANDANDO DE SEGURANÇA

O mandado de segurança surgiu como meio legítimo e eficaz colocado à disposição do cidadão, para fazer valer os seus direitos em face das constantes violações praticadas pelo poder público, e mais recentemente, por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, mas que exerçam função pública.

¹ Formado em direito pela Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, no ano de 2005, pós-graduando pela mesma faculdade em Direito Civil e Processo Civil. Escritório profissional na rua Padre Anchieta, nº 142, Centro, Presidente Venceslau-SP. Estagiário Docente do Escritório de Aplicação de Assuntos Jurídicos, mantido pelas Faculdades Integrada Antônio Eufrásio de Toledo. Email: rarabaruta@yahoo.com.br

Desde o início do século passado o mandado de segurança faz parte do ordenamento jurídico nacional, sempre tendo status de norma constitucional, com exceção apenas da Constituição Federal de 1937, tendo sua primeira previsão na Constituição de 1934, em seu art. 113, inciso 33.

A origem do mandado de segurança remonta ao início do constitucionalismo e o conseqüente surgimento do Estado de Direito, onde o Estado, nas suas três esferas, ou seja, executivo, legislativo e judiciário, possui, além de direito, também deveres. Principalmente estes em face dos cidadãos que necessitam de meios adequados a obrigar o Estado a cumprir com seus deveres, impedindo assim que tenham seus direitos violados.

A primeira lei infraconstitucional a regular o procedimento do mandado de segurança foi a de nº 191, no ano de 1936. Com a edição do Código de Processo Civil de 1939, foi revogada a Lei nº 191, passando esta a disciplinar normas atinentes a ação mandamental. Por fim, no ano de 1951, foi editada a Lei Federal nº 1.533, que alterava o Código de Processo Civil vigente à época, a fim de regular, em lei especial, o mandado de segurança que assim o conceituou:

Art. 1º - Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus, sempre que, ilegalmente ou com abuso do poder, alguém 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.

Atualmente, além de haver previsão em lei federal, o mandado de segurança continua tendo status constitucional, estando previsto no art. 5º, inciso LXIX, que assim dispõe:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou hábeas 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.

O mandado de segurança possui natureza jurídica de ação constitucional cível, justamente por estar previsto em nossa Magna Carta, destinado à proteção de direito subjetivo, a fim de que se determine a prática ou a abstenção de ato por autoridade, visando a preservação de direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* e *habeas data*.

Seguindo a mesma esteira, a doutrina conceitua da seguinte maneira o mandando de segurança:

O meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerçam. (MEIRELLES, 2003, p. 203).

No que tange aos efeitos da sentença prolatada no mandado de segurança, por ter sido violado ou estar em risco a violação de direito líquido e certo, desnecessário será procedimento próprio para o seu cumprimento, ou seja, não necessita da instauração de cumprimento de sentença, sendo por isso denominada de ação mandamental, possuindo a sentença força executiva própria.

O mandado de segurança por ser ação constitucional de natureza civil, como afirma a melhor doutrina, como, por exemplo, Alexandre de Moraes (2002), necessário se faz quando da sua propositura, que estejam presentes todas as condições da ação descritas no Código de Processo Civil, qual seja, possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade de partes. Isso porque, a ausência de qualquer uma das condições acarretará a extinção do processo sem julgamento de mérito, conforme preceitua o art. 267, VI, do mesmo estatuto processual.

Em decorrência do objetivo a que foi posto o presente trabalho, será analisado apenas uma das condições da ação, a legitimidade de partes, em especial a passiva.

2 LEGITIMIDADE DE PARTES

Quando discute a legitimidade de partes em uma ação, em regra, procura-se determinar quem são as pessoas que estão em disputa em uma relação de direito material, ou seja, quem teve ou está tendo direito ameaçado ou violado, e, quem violou ou está para violar direito de outrem, determinando-se assim quem seja autor e réu, que em sede de mandado de segurança são tecnicamente denominados, respectivamente, impetrante e impetrado.

Para constatação da legitimidade ativa na ação de mandado de segurança quem teve ou está tendo direito líquido e certo violado ou ameaçado, não amparado por *habeas corpus* e *habeas data*, podendo ser, de acordo com Pedro Lenza (2005, p. 518): “pessoas físicas (brasileiras ou não, residentes ou não, domiciliadas ou não), jurídicas, órgãos públicas despersonalizados, porém com capacidade processual (Chefias do Executivo, Mesas do Legislativo), universalidade de bens e direitos (espólio, massa falida, condomínio), agentes políticos (Governadores, parlamentares), Ministério Público, etc.”

A grande problemática surge quando da determinação de quem tenha legitimidade passiva, surgindo grande divergência entre doutrinadores, e entre esses e a jurisprudência, havendo decisões judiciais, inclusive do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que torne difícil, e até mesmo confusa, a percepção de quem seja o legitimado para figurar no pólo passivo no mandado de segurança, como será abaixo analisado.

3 LEGITIMIDADE PASSIVA

A discussão quanto à legitimidade passiva no mandado de segurança surge inicialmente em decorrência da imprecisão legislativa, que por sua vez irá refletir na doutrina e jurisprudência.

Celso Agrícola Barbil (1993), relata a origem de como se procederam as primeiras normas que trataram do procedimento no mandando de segurança.

Segundo referido autor, na Lei nº 191/36 o juiz determinava o encaminhamento de cópia da inicial e dos documentos apresentados pelo impetrante, tanto para o representante da pessoa jurídica como para a autoridade coatora. Logo após, cabia a pessoa jurídica apresentar defesa e a autoridade coatora apresentar informações.

Utilizando-se de uma melhor técnica processual, o Código de Processo Civil de 1939, determinava que a autoridade coatora deveria ser notificada para prestar informações. Já a pessoa jurídica à qual a autoridade coatora estava vinculada, deveria ser citada na pessoa de seu representante legal, para, também no prazo de dez dias, apresentar contestação.

Por outro lado, a Lei nº 1.533/51, que continua em vigor regulando o procedimento da ação mandamental, não foi tão precisa quanto às anteriores, pois se limitou apenas a determinar a notificação da autoridade coatora a prestar informações no prazo de dez dias, devendo-lhe ser entregue cópia da inicial e dos documentos apresentados pelo impetrante. Posteriormente o membro do Ministério Público será ouvido, no prazo de cinco dias, a contar do término do prazo para a apresentação das informações pela autoridade coatora.

Em decorrência da omissão na Lei nº 1.533 em relação à citação da pessoa jurídica à qual a autoridade coatora faça parte, surgiram as divergências de quem seria a pessoa legitimada para figurar no pólo passivo, surgindo assim algumas hipóteses: seria apenas a autoridade coatora ou a pessoa jurídica; haveria um litisconsórcio necessário formado pela autoridade coatora e pela pessoa jurídica; seria a autoridade coatora apenas representante da pessoa jurídica; por ser o mandado de segurança uma ação *sui generis* não haveria lide, e por sua vez não haveria parte passiva. Passemos à análise mais pormenorizada de cada uma dessas hipóteses.

3.1 Não há Parte Passiva em Ação de Mandado de Segurança

O entendimento segundo o qual no mandado de segurança não haveria lide, e, por conseqüência não teria parte passiva, resultado da errônea interpretação de que o mandado de segurança seria ação de natureza jurídica *sui generis*, cujo rito está previsto em lei especial.

Teria a lei transformado o mandado de segurança em um processo inquisitivo, em que não haveria partes, cabendo apenas a autoridade coatora a obrigação de prestar informações.

Porém, o fato da Lei 1.533/50 não ter previsto a citação da pessoa jurídica e ter se limitado apenas a prescrever a notificação da autoridade coatora para prestar informações, não pode levar à conclusão de que não haveria lide em mandado de segurança.

Tratou-se apenas de mudança na técnica legislativa em respeito ao princípio da celeridade processual, o legislador optou em apenas descrever a notificação da autoridade coatora, valendo este ato como citação.

O art. 3º, da Lei nº 4.348/64, alterado pela Lei nº 10.910/04, preceitua que o juiz deverá, no prazo de 48 horas, intimar pessoalmente os representantes judiciais da União, Estados, Distrito Federal, Municípios e suas autarquias e fundações, das decisões em que figurem como coatora uma das autoridades administrativas, fornecendo-lhe cópia dos documentos nelas mencionadas, para a interposição de eventual recurso.

Assim, não há como fundamentar o entendimento de que não há lide em mandado de segurança por ausência de previsão legislativa de citação. Isso porque, a pessoa jurídica terá a oportunidade de fazer a defesa técnica do ato apontado como ilegal, bem como de interpor recursos contra eventual decisões que lhes sejam desfavoráveis.

3.2 Parte Passiva Seria a Autoridade Coatora

Para compreender melhor qual o fundamento utilizado para justificar o entendimento segundo o qual, a autoridade coatora seria a parte passiva legitimada no mandado de segurança, necessário se faz observar a origem histórica da ação mandamental.

O mandado de segurança apesar de ser tido por alguns juristas como criação do direito brasileiro, inspirou-se no *habeas corpus*, no *juízo de amparo mexicano* e no *writs* do direito norte americano, que por sua vez possuem origem comum no direito inglês, no qual, em regra, não é o Estado que responde por atos praticados por seus funcionários no exercício de atividade pública, mas sim os próprios agentes possuem responsabilidade pessoal.

Essa situação não corresponde com a formação do sistema jurídico que vigora em nosso país, inclusive com norma constitucional prescrevendo que o Estado possui responsabilidade objetiva por atos decorrentes de seus agentes, conforme determina o art. 37, § 6º.

Neste sentido é o que leciona a melhor doutrina:

Enquanto isso, na Inglaterra, a idéia abstrata da administração não existe, ou, pelo menos, é eclipsada pela personalidade dos funcionários. Estes aparecem aos olhos dos ingleses como as únicas realidades que atuam, e é para eles que se voltam os lesados, quando querem atingir a administração. (BARBI, 1993, p. 153)

Como explanado acima, essa não é a realidade em nosso atual sistema jurídico, muito pelo contrário, pois a tradição sempre foi em responsabilizar a pessoa jurídica de direito público por atos causados por seus agentes quando do exercício de suas funções, cabendo ao Estado ação de regresso para reparar o dano que tenha sido obrigado a indenizar.

Partindo-se do entendimento de ser a autoridade coatora a legitimada para figurar no pólo passivo na ação de mandado de segurança, é oportuno trazer requisitos utilizados para saber quem realmente seria a autoridade coatora diante da

análise do caso concreto, principalmente por ter, na maioria das vezes, o órgão público uma complexa estrutura administrativa.

Inicialmente, a Lei nº 1.533/51 em seu art. 1º, § 1º, prescreve que “Consideram-se autoridades para os efeitos desta lei os administradores ou representantes das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas de poder público, somente no que entende com essas funções”.

Porém, no próprio conceito legal de mandado de segurança descrito na norma supra, as expressões “seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”, permitiu que o conceito de autoridade coatora seja o mais amplo possível.

Assim, oportuno observar critérios utilizados pela jurisprudência atinente ao tema:

Em sede de mandando de segurança, deve figurar no pólo passivo a autoridade que, por ação ou omissão, deu causa à lesão jurídica denunciada e é detentora de atribuições funcionais próprias para fazer cessar a ilegalidade. (STJ – 6ª T. – ROMS nº 3.646/SP – v.u. – rel. Min. Vicente Leal, *DJU*, 11.12.2000, p. 244)

Deve-se, portanto, considerar como autoridade coatora a pessoa que dispõe de poderes aptos e eficazes para fazer cumprir a prestação jurisdicional pleiteada pelo impetrante.

Grande parte da doutrina, apenas se limita a informar que a autoridade coatora é quem possui legitimidade para figurar no pólo passivo em ação de mandado de segurança, como se pode observar:

O sujeito passivo do mandado de segurança é a autoridade coatora que pratica ou ordena a execução ou a inexecução do ato impugnado e detenha competência para corrigir a ilegalidade. (NISHIYAMA, 2004, p. 161/162)

O impetrado também deve ofertar titularidade para responder pelo writ. Ou seja, deve ser a autoridade ou o agente responsável pelo ato impugnado. Se o ato é de iniciativa de “A”, mas cumprido por “B”, mero servidor subalterno, a impetração deve ser dirigida ao primeiro por ser o autor da ilegalidade ou abuso de poder, ou seja, a autoridade coatora. (ACKEL FILHO, 1991, p. 79)

Como requisito essencial, a legitimidade passiva situa-se processualmente na autoridade, dita coatora, que comete ofensa individual ou coletiva. (REIS, 2000, p. 60/61)

Celso Agrícola Barbi (1993, p. 151), cita alguns doutrinadores que também entendem ser a autoridade coatora quem possui legitimidade passiva no mandado de segurança como Sebastião de Souza, Lopes da Costa, Ari Florêncio Guimarães, Hamilton Morais e Barros e também Hely Lopes Meirelles.

Neste sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal, porém essa matéria não é pacífica como será demonstrado:

EMENTA: RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE PASSIVA. SECRETÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO FEDERAL. IMÓVEL FUNCIONAL. LEI N. 8.025/90. ART. 515, § 3º, DO CPC. INAPLICABILIDADE AO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. **1. O Secretário de Administração Federal é parte legítima para figurar como autoridade coatora em mandado de segurança** quando administrador do imóvel funcional na data de publicação da Medida Provisória n. 149, convertida na Lei n. 8.025/90. DJ 12-08-2005 PP-00011 EMENT VOL-02200-1 PP-00001 RTJ VOL-00194-03 PP-00893 (grifo nosso)

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. MAGISTRADO. PROMOÇÃO POR MERECEMENTO. NOMEAÇÃO PARA TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. ATO ADMINISTRATIVO COMPLEXO. LISTA TRÍPLICE. ART. 93, II, "B", DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL (REDAÇÃO ANTERIOR À EC N. 45/04). QUINTA PARTE DA LISTA DE ANTIGÜIDADE. RECOMPOSIÇÃO PARA INCLUSÃO DE JUÍZ QUE PREENCHE APENAS O PRIMEIRO REQUISITO DA ALÍNEA. ADMISSIBILIDADE SOMENTE APÓS ESGOTADAS AS POSSIBILIDADES DE ESCOLHA ENTRE OS INTEGRANTES DA QUINTA PARTE ORIGINAL OU RECUSA DOS NOMES POR QUORUM QUALIFICADO. **1. O Presidente da República é parte legítima para figurar como autoridade coatora em mandado de segurança** preventivo contra ato de nomeação de juiz para o Tribunal Regional do Trabalho, na qualidade de litisconsorte necessário com o Presidente do Tribunal. DJ 04-03-2005 PP-00012 EMENT VOL-02182-02 PP-00312 LEXSTF v. 27, n. 316, 2005, p. 189-203 RTJ VOL-00193-01 PP-00330 (disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 09/Ago/2007)(grifo nosso)

O Superior Tribunal de Justiça², em inúmeros julgados já decidiu que a legitimidade para figurar no pólo passivo da ação mandamental é a autoridade coatora. Porém, será analisada alguma de suas decisões a respeito do tema mais à frente.

² “Em sede de mandado de segurança, deve figurar no pólo passivo a autoridade que, por ação ou omissão, deu causa à lesão jurídica denunciada e é detentora de atribuições funcionais próprias para fazer cessar a ilegalidade” (STJ – 3ª Seção – MS nº 3.865-6/DF – Rel. Min. Vicente Leal, Diário de Justiça, Seção I, 22 set. 1997, p. 46.321).

“No mandado de segurança, deve figurar, no pólo passivo da relação processual, a autoridade a quem se imputa a ação, ou omissão. Exigência da legitimidade passiva *ad causa*” (STJ – 6ª T. – RMS nº 5.227-3/MA – Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, *Diário da Justiça*, Seção I, 2 dez. 1996, p. 47.721).

Argumento utilizado por quem milita a tese de ser a autoridade coatora a legitimada passiva no mandado de segurança é o fato de poder haver casos em que, aparentemente, a pessoa jurídica figuraria nos dois pólos da relação processual.

É possível que um órgão despido de personalidade jurídica, porém, com capacidade processual, impetre mandado de segurança contra um ente pertencente a mesma pessoa jurídica da qual faça parte. Como bem exemplificado por BASTOS (2007), o caso em que a mesa da Câmara Municipal impetra mandado de segurança contra ato praticado pelo prefeito do mesmo município.

Em caso semelhante decidiu o Supremo Tribunal Federal:

DECISÃO: Agravo de instrumento de decisão que inadmitiu RE, a, contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça assim ementado: "Mandado de Segurança. Processual Civil. Lei Estadual Dividindo Área Territorial para Criar Novo Município. Inércia do Executivo. Câmara Municipal. Legitimação Ativa para Impetrar Segurança. C.F., artigo 31 - lei 1.533 (arts. 1º, § 2º e 3º). CPC, artigos 12, II, e 267, VI. 1. O Município tem personalidade jurídica e a Câmara de Vereadores "personalidade judiciária" (capacidade processual) para a defesa dos seus interesses e prerrogativas institucionais. Porém, afetados os direitos do Município e inerte o Executivo (Prefeito), no caso concreto, influenciando fortemente os chamados direitos-função (impondo deveres), existente causa concreta e atual, afetados os direitos do Município, manifesta-se o direito subjetivo público, seja ordinariamente ou supletiva extraordinária, legitimando-se ativamente ad causam a Câmara Municipal para impetrar segurança. 2. Recurso provido." Alega-se violação dos artigos 30 e 31 da Constituição Federal. O acórdão recorrido limitou-se a aplicar a legislação processual ordinária pertinente ao caso. A pretensa ofensa aos dispositivos constitucionais tidos como violados, se houvesse, seria indireta ou reflexa: incide, mutatis mutandis, a Súmula 636. Nego provimento ao agravo. Brasília, 02 de junho de 2004. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE - Relator AI 375209 / PR – PARANÁ. MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE. DJ 30/06/2004 P - 00023

A lei atribui capacidade judiciária aos entes despersonalizados para que, em determinados casos, possam estar em juízo figurando como parte em uma relação jurídica, para defender interesses próprios ou da coletividade, como ocorre com alguns órgãos públicos, como no exemplo citado.

Em casos semelhantes, o órgão público ou até mesmo privado possui apenas legitimidade *ad causam*. A legitimidade para ser parte trata-se de atributo genérico, cujo exame é feito *a priori*, inerente a todo sujeito de direito. Já a legitimidade para a causa, dependerá de cada situação concreta, pois só poderá agir

o ente despersonalizado se tiver interesse na demanda, conforme entendimento esposado por DIDIER JÚNIOR (2005).

Não concordamos com essa corrente doutrinária e jurisprudencial, por entendermos que a legitimidade passiva no mandado de segurança seria da pessoa jurídica à qual a autoridade coatora faça parte.

3.3 Haveria Litisconsórcio Passivo Necessário Formado pela Autoridade Coatora e pela Pessoa Jurídica

Como a Lei 1.533 não se referiu a participação da pessoa jurídica à qual a autoridade coatora faça parte, parte da doutrina passou a se filiar ao entendimento de que no mandado de segurança haveria de ser formado litisconsórcio passivo necessário entre a autoridade coatora e a pessoa jurídica. Porém, referido entendimento não se coaduna com a sistemática das leis anteriores e a uma compreensão melhor do instituto da representação.

Tal entendimento encontra-se consubstanciado no fato de que a Lei 1.533 apenas se referiu a participação na demanda da autoridade coatora, que deverá ser notificada para prestar informações. Mas como esta apenas representa os interesses da pessoa jurídica a qual esteja vinculada, haveria também interesse processual desta última em participar da demanda.

Nesses sentido há os seguintes entendimentos:

Sujeito passivo é a autoridade coatora que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução do ato impugnado, respondendo por suas conseqüências administrativas e detenha competência para corrigir a ilegalidade, podendo a pessoa jurídica de direito público, da qual faça parte, ingressar como litisconsórcio. (MORAIS, 2002, p. 2569)

A pessoa jurídica, de direito público ou privado, que suportar os ônus da decisão judicial no MS será parte integrante do processo. Daí que não apenas a autoridade coatora comporá a lide, mas a própria corporação a que está vinculada também se fará presente na situação processual. (MARTINS, 2006)

Recentemente o Supremo Tribunal Federal editou a súmula nº 631, com a seguinte redação: “Extingue-se o processo de mandado de segurança se o impetrante não promove, no prazo assinado, a citação do litisconsorte passivo necessário”.

Referida súmula, se não for bem interpretada e não forem analisadas as decisões que a sucedeu, justificaria a corrente, segunda qual, no mandado de segurança haveria litisconsórcio necessário passivo formado pela autoridade coatora e pessoa jurídica.

Na análise das decisões que precederam a edição da súmula transcrita³, verifica-se que não se discutia se os legitimados para figurarem no pólo passivo da ação mandamental eram a pessoa jurídica e a autoridade coatora que fizesse parte de seus quatro, mas sim a autoridade coatora e um terceiro diretamente interessado na decisão do *writ*, como, por exemplo, ocorre nos casos em que uma pessoa impetra mandado de segurança para tomar posse em determinado cargo público em que havia sido ilegalmente desclassificada. O terceiro que assumiria o cargo diante da desclassificação ilegal, seria o terceiro diretamente interessado, devendo ser assim, chamado a integrar o pólo passivo na ação mandamental.

Celso Agrícola Barbi também doutrina que deverá haver litisconsórcio necessário em casos em que a decisão no mandado de segurança atingir terceiro interessado:

Questão de suma importância teórica e prática é a da existência ou não de “litisconsórcio necessário” no mandado de segurança, quando a sentença tiver eficácia direta quanto à situação jurídica de outras pessoas. É o que se dá, por exemplo, no mandado requerido por funcionário que perdeu o cargo, ou deixa de ser nomeado ou promovido, se o cargo pretendido já estiver ocupado por outrem. Igualmente, no mandado requerido contra a concessão de serviço público a outrem, hipótese em que o deferimento implica em cancelar a concessão. (BARBI, 1993, p. 155)

Por fim, os que entendem ser necessária a formação de litisconsórcio passivo no mandado de segurança formado pela autoridade coatora e a pessoa jurídica, resulta também do que prescreve o art. 19, da Lei nº 1.533/51, que determina a aplicação no mandando de segurança as normas atinentes ao

³ <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>

litisconsórcio, reguladas no Código de Processo Civil. Porém, reiteramos que apenas deverá haver o litisconsórcio em casos semelhantes aos acima descrito, ou seja, quando a decisão atingir um terceiro diretamente interessado.

3.4 A Legitimidade Passiva é da Pessoa Jurídica

Com todo respeito aos posicionamentos anteriores, nos parece que a legitimidade passiva no mandado de segurança é da pessoa jurídica à qual a autoridade coatora faça parte, seja ela de direito público ou privado.

Retornando ao que prescrevia as normas jurídicas anteriores à Lei nº 1.533/51, em especial o Código de Processo Civil de 1939 que se utilizou da melhor técnica processual, determinava que a autoridade coatora fosse notificada para prestar informações e a pessoa jurídica deveria ser citada para apresentar contestação, justamente por ser esta a legitimada para integrar o pólo passivo no mandado de segurança.

A autoridade, coatora quando pratica seus atos no exercício de suas funções, apenas está representando a pessoa jurídica à qual esteja vinculada, e só esses atos que realiza dentro da esfera das suas atribuições são passíveis de serem atacados por ação mandamental quando ferirem ou ameaçarem direito líquido e certo.

Tanto é verdade que é irrelevante qual pessoa física esteja ocupando o cargo, isso porque ela não age em nome próprio, apenas representa os interesses da pessoa jurídica a que está subordinada. Entendimento diverso levaria a situação de que, morrendo ou perdendo a capacidade processual, a autoridade coatora na ação mandamental deveria ficar suspensa para a regularização processual, devendo ser chamados os herdeiros da autoridade no caso de morte, o que é totalmente inconcebível.

Perguntas a serem feitas: Como procederá à inclusão da pessoa jurídica no pólo passivo? Como tomará ciência que contra ela foi impetrada mandado de segurança?

Tentando suprir a deficiência técnica apresentada pelo legislador quando da edição da Lei 1.533/51, a doutrina, bem como nossos tribunais, formaram entendimento de que a autoridade coatora é a representante legal da pessoa jurídica a qual faça parte, não havendo necessidade de ser citada, bastando para tanto a notificação da autoridade coatora para prestar informações.

Essa seria uma opção de técnica legislativa para dar maior celeridade ao procedimento no mandado de segurança, justamente em virtude de buscar no *writ* uma tutela de urgência, em que esteja sendo ameaçado ou violado direito líquido e certo.

Em assim sendo, inexistente ordem expressa para a citação da pessoa jurídica de direito público à qual está ligada funcionalmente o coator, coloca-se este, que será sempre “notificado” em função do ditame legal acima reproduzindo, como representante daquela para todos os atos e termos estatuídos na legislação. Ademais, a notificação equivale, no caso, à citação da pessoa jurídica, embora por meio dessa representação *sui generis*. (MATIELO, 1996, p. 36)

A circunstância de a lei, em vez de falar na citação daquela pessoa, haver se referido a “pedido de informação à autoridade coatora” significa apenas mudança de técnica, em favor da brevidade do processo: o coator é citado em juízo como “representante” daquela pessoa, como notou Seabra Fagundes, e não como parte. (BARBI, 1993, p. 154/155)

Neste sentido também já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

Legitimação passiva da pessoa de direito público ou assemelhada, à qual seja imputável o ato coator, cabendo à autoridade coatora o seu papel de representante processual, posto que de identificação necessária: conseqüente possibilidade de sanar o erro do impetrante na identificação da autoridade coatora, mediante emenda da inicial, para que se determine a intimação da parte: voto médio do relator para acórdão” (STF – Pleno – Reclamação nº 367-1/DF – Tel. P/acórdão Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 6 mar. 1998, p. 4)

Esse posicionamento se justifica porque quem suportará o ônus da decisão no mandado de segurança será a pessoa jurídica, seja ela de direito público ou privado, a qual a autoridade coatora seja subordinada, e não a pessoa física investida de cargo público que pratique o ato.

Esta, por sua vez, apenas estará obrigada a prestar informações dentro do prazo de 10 dias, de acordo com a verdade dos fatos, não tendo o direito de se omitir, bem como de alterar a realidade, devendo sempre atuar de acordo com os princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade.

Também não se pode dizer que a autoridade coatora seja testemunha no mandado de segurança, uma vez que as informações por ela prestadas dizem respeito a ato próprio; e testemunha apenas se limita a relatar fatos praticados por terceiros.

As informações prestadas pela autoridade coatora apenas terão a finalidade de trazer mais elementos ao juiz da causa para fundamentar a decisão. Portanto, as informações não possuem natureza jurídica de defesa, ou seja, contestação, que fica a cargo da pessoa jurídica, devendo ser apresentada por quem possua capacidade processual.

Como exemplo, pode ser citado mandado de segurança impetrado para o fornecimento de medicamentos. A autoridade coatora será a responsável pelo fornecimento da medicação, por outro lado, a pessoa jurídica legitimada a figurar no pólo passivo é o Estado (ente federado), que apresentará sua defesa por meio dos Procuradores do Estado, que possuem a capacidade postulatória.

Oportuna a análise de algumas decisões de nossos tribunais:

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. NULIDADE ACÓRDÃO.

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.

8. Outrossim, é cediço em sede clássica doutrinária que: "a parte passiva no mandado de segurança é a pessoa jurídica de direito público a cujos quadros pertence a autoridade apontada como coatora. (...) 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". E continua o referido autor: "A circunstância de a lei, em vez de falar na citação daquela pessoa, haver se referido a 'pedido de informações à autoridade coatora' significa apenas mudança de técnica, em favor da brevidade do processo: o coator é citado em juízo como 'representante' daquela pessoa, como notou Seabra Fagundes, e não como parte" Celso Agrícola Barbi (Do Mandado de Segurança, 10ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 125). E "a abertura de vista ao apelado é formalidade essencial" (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao CPC, Vol. V, Rio de Janeiro: Forense, 7ª Edição, p. 456).

9. Desta sorte, forçoso concluir que: A opção do legislador, com a finalidade de manter a celeridade da ação mandamental, foi a de determinar a citação da autoridade impetrada para que apresente as informações; entretanto, passada esta fase inicial, a pessoa jurídica de direito público deve ser intimada de eventual interposição de recurso de apelação, vez que é ela a parte no processo, simplesmente representada (ou apresentada) pela autoridade apontada como coatora, e, não menos importante, é ela quem irá suportar os efeitos da condenação. Portanto, a comunicação dos atos processuais, até a prolação da sentença, se dá por meio da autoridade coatora, que detém a obrigação legal de informar o representante judicial da pessoa jurídica das decisões proferidas. Ocorre que, no caso em que a segurança é denegada, e havendo interposição de recurso de apelação, seu representante legal deve ser diretamente intimado, porque a ele cabe a defesa de seus interesses. (RESP 619.461/RS, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ 06.09.2004)

13. 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 619.461/RS) grifo nosso

Como se denota da decisão supra, o STJ vem firmando entendimento de que realmente não é possível a formação do litisconsórcio formado pela autoridade coatora e a pessoa jurídica, como já relatado.

Por outro lado, procede a afirmação de que a Lei nº 1.533/51 apenas procurou inovar em relação a como deve proceder a “citação” da pessoa jurídica impetrada, que será, por sua vez, “notificada” para prestar informações. Já os atos processuais no curso da ação mandamental serão praticados por seus respectivos procuradores que possuam capacidade postulatória.

Pelo fato desse posicionamento não ser unânime, bem como haver forte tendência, tanto na doutrina como na jurisprudência, de figurar no pólo passivo do mandando de segurança a autoridade coatora, é que surgiu a teoria da encampação.

Na ocasião de a autoridade indicada como coatora não ser realmente a que detinha a capacidade para fazer cessar a ameaça ou violação de direito, e que, em sua defesa, não se limita apenas em alegar ser parte ilegítima, mas defende a legalidade do ato apontado como ilegal, desde que faça parte da mesma pessoa jurídica a qual pertença à autoridade coatora, encampa, ou seja, passa a integrar o pólo passivo da ação mandamental.

A teoria da encampação tem como fundamento a preservação da ação mandamental já impetrada, sem que seja julgada carecedora em virtude de estar

ausente uma de suas condições, qual seja, a legitimidade de parte. Justamente porque a parte passiva no mandado de segurança é realmente a pessoa jurídica e não a autoridade coatora.

Outra justificativa para fundamentar a teoria da encampação é decorrente da complexa estrutura da administração pública, que não raras vezes torna difícil a percepção de quem seja a autoridade coatora.

Em virtude do mandando de segurança estar previsto na Constituição Federal de 1988, no Título II, que trata dos direitos e garantias fundamentais, é que autores como ÁVILA (2007) ressaltam a relevância de referido instituto, e que não se pode obstar o julgamento da ação mandamental por irregularidades processuais que podem ser sanadas sem que acarrete prejuízo as partes que serão atingidas pela decisão. Além disso, não fere princípios constitucionais como ampla defesa, contraditório, e por conseqüência, o devido processo legal, devendo-se assim respeitar o princípio da efetividade mínima no texto constitucional.

O Superior Tribunal de Justiça já pacificou a aplicação da teoria da encampação.

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. SUPOSTA ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. DEFICIÊNCIA SANÁVEL. PRINCÍPIOS DA EFETIVIDADE E ECONOMIA PROCESSUAL. ICMS. AUTORIDADE COATORA. SECRETÁRIO DE ESTADO DE RECEITA. AUTORIDADE QUE DEFENDEU O MÉRITO DO ATO IMPUGNADO. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO.

1. A essência constitucional do Mandado de Segurança, 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. "Não viola os artigos 1º e 6º da Lei n. 1.533/51 a decisão que, reconhecendo a incompetência do tribunal, em razão da errônea indicação da autoridade coatora, determina a remessa dos autos ao juízo competente, ao invés de proclamar o impetrante carecedor da ação mandamental." Resp nº 34317/PR.

3. 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. Conseqüentemente, 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.

4. 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;

5. Deveras, a estrutura complexa dos órgãos administrativos, como sói ocorrer com os fazendários, pode gerar dificuldade, por parte do administrado, na identificação da autoridade coatora, revelando, a priori, aparência de propositura correta.

6. 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. (RMS 19945 / RJ; RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA

2005/0067112-2, DJ 31.05.2007 p. 319) grifo nosso

A teoria da encampação só pode ser admitida a partir do momento em que se reconhece que a legitimidade passiva no mandando de segurança pertence à pessoa jurídica a qual a autoridade coatora faça parte, tendo sido esta apenas eleita pela Lei nº 1.533/51 como sendo a representante legal, devido a brevidade e celeridade que a ação mandamental exige.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme determina o art. 167, VI do Código de Processo Civil, a ação será extinta sem julgamento do mérito se estiver ausente qualquer uma de suas condições, que são: possibilidade jurídica, interesse processual e legitimidade de partes.

Assim, a relevância do presente trabalho encontra-se em determinar quem deva ser a legitimada para figurar no pólo passivo no mandado de segurança, pois, a indicação errada levaria a carência da ação e a sua extinção sem análise de mérito.

Com todo respeito à parte da doutrina e da jurisprudência, a razão parece estar com quem entende ser o legitimado passivo no mandado de segurança a pessoa jurídica a qual a autoridade coatora esteja subordinada. Isso porque a autoridade coatora é representante da pessoa jurídica, cabendo a esta todos os ônus da decisão, pois será atingida pelos efeitos da sentença e não a pessoa física investida de cargo público que teria cometido o ato ilegal.

A opção do legislador em apenas determinar que a autoridade coatora seja notificada para prestar informações, sem prever a citação da pessoa jurídica, objetivou dar maior celeridade ao procedimento na ação mandamental, permitindo-se que seja cessada a ameaça ou reparado o ato ilegal o quando antes, mesmo que não esteja de acordo com a melhor técnica processual.

A aplicação da teoria da encampação vem apenas para legitimar a pessoa jurídica como parte passiva no *writ*, e não a autoridade coatora, não havendo assim, vício processual quando houver o impetrante indicado erroneamente autoridade que não seja a coatora, mas que faça parte da mesma pessoa jurídica que cometeu o ato ou omissão ilegal, violando assim direito líquido e certo.

Conclui-se que, a pessoa jurídica, seja pública ou privada, da qual a autoridade coatora faça parte, é a legitimada para figurar no pólo passivo do mandado de segurança, sob pena da ação ser julgada extinta por ausência de uma de suas condições.

BIBLIOGRAFIA

ACKEL FILHO, Diomar. **Writs constitucional: 'habeas corpus', mandado de injunção**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

ÁVILA, Marcelo Roque Anderson Maciel.
<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5816>, acesso em 12/06/07.

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

BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. **DA LEGITIMIDADE PASSIVA NO MANDADO DE SEGURANÇA. Um estudo à luz das funções institucionais do Ministério Público e da nova redação do art. 3º, da Lei n.º 4.348/64**.
http://www.unifacs.br/revistajuridica/edicao_julho2006/docente/doc3.doc, acesso em 10/07/07.

CINQUENTA anos de mandado de segurança. Porto Alegre: Fabris, 1986.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários a Lei do mandado de segurança: de acordo com a Constituição de 5 de outubro de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. **Pressupostos processuais e condições da ação – o juízo de admissibilidade do processo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. São Paulo: Método, 2005.

MARTINS, Luiz Carlos. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9267&p=2>, acesso em 05/008/07.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Mandando de segurança**. Porto Alegre: Síntese, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental**. 25. ed., atual. e compl. São Paulo: Malheiros, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

NISHIYAMA, Adolfo Mamou. **Remédios constitucionais**. Barueri: Manole, 2004.

PACHECO, José da Silva. **O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Remédios constitucionais**. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

REIS, Nilson. **Mandado de segurança**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.