

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

Antonio Adonias Aguiar Bastos¹

1. Introdução; 2. Legitimidade da autoridade coatora; 3. Legitimidade da pessoa jurídica; 4. Outras posições doutrinárias; 5. Aspectos histórico-funcionais do Ministério Público e a natureza de sua manifestação; 6. A nova redação do art. 3º, da Lei n.º 4.348/1964 e a definição da legitimidade passiva no Mandado de Segurança. 7. Conclusão. 8. Bibliografia.

1. Introdução.

Previsto como uma garantia constitucional, o mandado de segurança será concedido “para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas-corpus* ou *habeas-data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”, conforme determina o art. 5º, LXIX, da Carta Política de 1988.

Situado no nível mais alto do nosso ordenamento jurídico, não pairam dúvidas sobre a relevância do *writ* para o Estado de Direito Democrático. Sob o prisma político, cuida-se de um meio de defesa dos direitos dos cidadãos contra os ilícitos e abusos perpetrados pelo Estado, através de seus agentes, como define José Afonso da Silva (1997, p. 420):

A Constituição inclui entre as *garantias individuais* o direito de petição, o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o mandado de injunção, o *habeas data*, a ação popular, aos quais se vem dando, na doutrina e na jurisprudência, o nome de *remédios de Direito Constitucional*, ou *remédios constitucionais*, no sentido de *meios* postos à disposição dos indivíduos e cidadãos para provocar a intervenção das autoridades competentes, visando *sanar, corrigir*, ilegalidade e abuso de poder em prejuízo de direitos e interesses individuais. Alguns desses remédios revelam-se meios de provocar a atividade jurisdicional, e, então, têm natureza de ação: são *ações constitucionais*.

Cassio Scarpinella Bueno (2002, p. 05) também leciona:

Dada a previsão constitucional do mandado de segurança, não pode haver dúvidas quanto à circunstância de ele ser mecanismo apto a coibir qualquer atividade ilícita em suas mais diversas formas de

¹ Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista em Direito Processual pela Universidade do Salvador (UNIFACS). Professor nas Faculdades de Direito da UFBA, da Universidade Católica do Salvador (UCSal.), da UNIFACS, e dos cursos de pós-graduação *lato sensu* em Direito Processual Civil da Fundação Faculdade de Direito da UFBA e do Curso JusPodivm. Advogado.

manifestação por qualquer um que exerça *função pública* (...). Qualquer interpretação relativa ao mandado de segurança não pode se desviar dessa idéia central, e que decorre direta e inequivocamente da Constituição: é ele mecanismo de defesa do cidadão contra a prepotência do Estado ou de quem produza atos ou fatos jurídicos em nome do Estado. Mais do que isso: a exemplo de todos os direitos e garantias definidos na Constituição, prescinde para o seu funcionamento e aplicação concretos, nos exatos termos do § 1º do art. 5º da Constituição Federal. Evidentemente que lei alguma (anterior ou posterior à Constituição de 1988) pode querer burlar a grandeza constitucional do instituto.

Verdadeira essa observação. Tanto que a evolução histórica do mandado de segurança relaciona-se intimamente à *necessidade* de tutela *eficaz* dos cidadãos contra o Estado.

Facci (2002) revela a sua importância para o modelo jurídico-político atualmente adotado no Brasil:

Podemos afirmar que à institucionalização do Estado Moderno, no plano político, com o conseqüente fortalecimento dos direitos individuais, sociais e, mais hodiernamente, dos direitos difusos, corresponde, no plano jurídico-dogmático, o surgimento do Direito Público, em atenção à efetiva proteção destes direitos. Este fato decorreu da lógica preocupação jurídica em se limitarem os poderes estatais visando a maior proteção dos direitos do homem. É exatamente neste sentido que se entende o surgimento do mandado de segurança. Esta garantia constitucional está ligada filosoficamente à idéia de liberdade contra o Estado, contra o Poder Público.

Para cumprir o desiderato constitucional de resguardar direito líquido e certo contra a ofensa ou a ameaça perpetrada pela autoridade pública ou de quem lhe faça as vezes, o *mandamus* tem uma dinâmica própria, a exemplo da necessidade da prova pré-constituída, não comportando dilação probatória através da oitiva das partes ou de testemunhas em audiência, nem a perícia.

Sob outro ponto de vista, o do direito processual, cuida-se de ação, veiculada em processo, devendo ser analisado segundo esta premissa. Exige-se, portanto, um seu estudo através da teoria geral do processo.

Segundo Castro Nunes (1967, p. 54):

(...) garantia constitucional que se define por meio de pedir em juízo é garantia judiciária e, portanto, ação no mais amplo sentido, ainda que de rito especial e sumaríssimo.

Para José Afonso da Silva (1997, pp. 425-426):

O mandado de segurança é, assim, um remédio constitucional, com natureza de ação civil, posto à disposição de titulares de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado à lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Por estarem profundamente imbricadas, e não poderem ser analisadas de maneira estanque, como se fossem líquidos em recipientes comunicáveis, as especificidades decorrentes da sua finalidade

maior provocam dificuldades no exame processual, como se pode verificar a partir das inúmeras divergências existentes na doutrina acerca do Instituto.

Apesar de ter embasamento constitucional, o mandado de segurança é uma verdadeira ação e deve ser estudado dentro da teoria geral do processo. Trata-se de um pedido de atuação da jurisdição e, por conseguinte, classifica-se como ação e como processo. É certo que tem aspectos especiais que alteram as regras gerais, por exemplo, sobre legitimidade, mas tais disposições específicas não o retiram da categoria jurídica de ação. Como tal, tem pressupostos subjetivos e objetivos... (GRECO FILHO, 2003a, p. 306).

Não obstante as premissas lançadas nos Títulos anteriores buscarem evidenciar a *necessidade* de extração do máximo potencial do mandado de segurança da Constituição Federal para atingimento dos valores consagrados pela Carta em prol dos cidadãos, individual ou coletivamente considerados, contra o Estado ou quem lhe faça as vezes, não se pode perder de vista que o mandado de segurança é ação *civil*, isto é, não penal e não trabalhista, e, como toda e qualquer ação civil, é regulada, naquilo que não confrontar seu modelo e sua finalidade próprios, pelo Código de Processo Civil

Dúvida não pode haver, portanto, de que o Código de Processo Civil é norma *subsidiária* para o mandado de segurança e que deve ser aplicada toda vez que, na lacuna das leis que tratem, especificamente, do instituto não haja conflito com sua natureza e predestinação constitucional (BUENO, 2002, p. 10).

Entre as questões tormentosas sobre que debatem os juristas brasileiros, situa-se o problema da legitimidade passiva no *mandamus*. Quem ocupa o pólo da relação processual: a autoridade coatora ou a pessoa jurídica à qual ela está vinculada?

Doutrina de escol defende a primeira hipótese, ao passo que outros tantos e não menos balizados juristas advogam o último entendimento, como relataremos nos itens 2 e 3, infra. E tudo isso sem prejuízo de mais duas correntes que derivam das primeiras, conforme se exporá no quarto tópico do presente trabalho.

Adiantamos ao leitor, para que leia o presente texto atento ao nosso posicionamento: alinhamo-nos àqueles que atribuem a legitimidade passiva à pessoa jurídica em nome de quem a autoridade pratica o ato considerado ilegal ou abusivo ou omite-se, ofendendo ou ameaçando direito líquido e certo.

E assim antecipamos porque o presente artigo não se propõe à simples descrição da divergência doutrinária. Tampouco seria esta uma tentativa de pôr fim ao referido debate, lançando-lhe uma *pá de cal*. Afinal, se a teoria do conhecimento já chegou à conclusão de que nem mesmo as ciências ditas *naturais*, nem as chamadas *exatas* exalam *a verdade*, muito menos poderiam as *ciências culturais* pretender alcançar tal ingênuo objetivo.

Sendo o Direito uma construção lingüístico-cultural, e estando a ciência jurídica voltada para uma tal espécie de manifestação, torna-se impossível afirmar categórica e definitivamente que a legitimidade passiva no Mandado de Segurança seja da autoridade ou da pessoa jurídica.

Há fundamentos e linhas de raciocínio que conduzem a uma ou outra posição, sem que ambas estejam absolutamente equivocadas ou corretas.

Anima-nos aqui um fundamento histórico que contribui para o estudo do problema, e que, embora citado por alguns doutrinadores, parece ter sua relevância despercebida em boa parte das abordagens que se tem feito sobre o tema.

Trata-se da manifestação do Ministério Público no procedimento mandamental, sua natureza e a evolução histórico-funcional do *Parquet*, como se verá no item 5, infra.

Aliada à mencionada análise e como uma sua conseqüência, culminaremos com o estudo referente à nova redação dada pela Lei n.º 10.910/2004 ao art. 3º, da Lei n.º 4.348/64, que, a nosso ver, determina a obrigatória inserção, no mandado de segurança, da pessoa jurídica a que a autoridade está vinculada, re-estabelecendo a tradição histórica brasileira de participação, na relação processual, do representante judicial daquele que sofrerá os efeitos diretos da sentença, como exporemos no sétimo tópico, abaixo.

Além de controvertido, o tema é assaz relevante, tanto do ponto de vista teórico, como do aspecto prático. A definição teórica de quem ocupa o pólo passivo na ação mandamental (o agente ou a pessoa jurídica) é ponto de partida para avaliar se a indicação errônea da autoridade coatora é, ou não, situação que configura ilegitimidade passiva, levando à extinção da causa sem exame do mérito. Está ligada também ao estudo da natureza jurídica das *informações* prestadas pelo agente, nos termos do art. 7º, I, da Lei n.º 1.533/51 – cuidar-se-iam de típica defesa, sob uma denominação imprópria, de mera exposição de motivos acerca do ato guerreado, ou de colheita de provas, como querem outros?

2. Legitimidade passiva da autoridade coatora.

Uma primeira corrente doutrinária e jurisprudencial defende a idéia de que o sujeito passivo no *mandamus* é a autoridade coatora, isto é, o agente do Poder Público ou quem atue por delegação dele.

Fundamentos não faltam aos que trilham este caminho.

Primeiramente, porque o mandado de segurança tramita em procedimento especialíssimo, inadmitindo comparações ou analogias com qualquer outra ação civil prevista pelo ordenamento pátrio.

Ao legislar sobre o tema, pretendeu-se coibir os atos administrativos ilegais e abusivos, resguardando os direitos individuais não amparados pelos remédios constitucionais do *habeas corpus* e do *habeas data*.

Diz-se: tais direitos considerados *em si mesmos* e não uma sua substituição pecuniária ou por outra prestação qualquer.

O mandado de segurança dá ao titular do direito a prestação *in natura*. É um procedimento *ad ipsam rem*, que não comporta a substituição da prestação devida. O direito é assegurado, no seu exercício, e não pela forma *indireta* da equivalência econômica, princípio pela qual se define o ressarcimento da inexecução da obrigação, *scilicet* violação da lei. O ato violador é removido como obstáculo para que se restabeleça a situação jurídica preexistente, e não apenas anulado com os efeitos reparatórios conhecidos (NUNES, 1980, p. 38).

Tanto é assim que, ao deparar-se com a resistência à segurança concedida, o magistrado poderá determinar a prisão da autoridade:

O mandado de segurança não é um simples processo de conhecimento para declaração de direitos individuais. Nem se limita a condenação para preparar futura execução forçada contra o Poder Público. É procedimento especial com imediata e implícita força executiva contra os atos administrativos. Acolhida a segurança impetrada, o juiz vai além da simples declaração e condenação. Expede ordem de autoridade para cumprimento imediato. Falar-se, por isso, em *ação mandamental*.

Não cabe à autoridade coatora resistir ao cumprimento do mandado judicial. Ter-se-á na hipótese desobediência à ordem legal de autoridade competente, sujeitando o descumpridor às penas administrativas e criminais correspondentes à desobediência.

O juiz poderá valer-se de todos os instrumentos do poder público tendentes a submeter a autoridade coatora à ordem de segurança, inclusive a prisão do infrator, em casos extremos (THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 471).

Embora concordemos com o Professor Humberto Theodoro Jr. no sentido de que o mandado de segurança não se destina à simples declaração de direitos individuais, fazemo-lo com a seguinte observação: ele não poderá ser ajuizado com intuito meramente declaratório, mas este seu efeito poderá ocorrer quando, eventualmente, houver a incidente perda do efeito mandamental do processo, restando-lhe, contudo, utilidade declaratória.

Imagine-se, a título de exemplo, que uma determinada empresa tenha obtido a primeira colocação num certame licitatório para realização de pequena obra de engenharia civil. Tendo sido preterida pela Administração Pública na respectiva contratação, poderá, de logo, impetrar o *mandamus*, postulando o reconhecimento do seu direito líquido e certo à execução do serviço, e pedindo, inclusive, a concessão de liminar para determinar que a obra não seja iniciada ou que seja suspensa até o julgamento final da lide. Ocorre que, negado o pleito formulado *in limine* ou suspensa a eventual liminar concedida, *v.g.*, sob o fundamento de interesse público, a obra poderá findar antes mesmo de terminado o processo judicial. Neste caso, a concessão da segurança *em si* teria “perdido o objeto” supervenientemente à impetração. Embora a utilidade processual tenha aparentemente desaparecido, ainda mostra-se valiosa para a declaração da ilegalidade do ato praticado pela autoridade apontada como coatora.

É certo que não se poderá pleitear qualquer indenização ou lucros cessantes contra a pessoa jurídica no próprio *mandamus*. Mas este pleito poderá ser formulado em futura ação, com lastro no art. 15, da Lei n.º 1.533/51, que assim dispõe:

Art. 15 - A decisão do mandado de segurança não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais.

Para tanto, a declaração, exarada no *writ*, de que foi ilegal o ato que preteriu a impetrante na contratação é deveras útil e necessária.

Assim afirma Cassio Scarpinella Bueno (2002, pp. 131-132):

A sentença típica do mandado de segurança é aquela que manda a autoridade coatora providenciar o que for necessário para que a ilegalidade ou a abusividade cessem. Em geral só se dá destaque ao efeito predominante da ação, que é essa ordem, o mandamento, o núcleo do mandado de segurança. Mas e o reconhecimento da ilegalidade em si mesma? Eis aí outro efeito importantíssimo na decisão concessiva da ordem: o efeito declaratório, que, todos sabemos, sempre está presente nas demais ações.

Esse efeito declaratório, quero crer, é dado que deve ser mais bem estudado pela doutrina para extrair do mandado de segurança o máximo de seu procedimento, o máximo de sua(s) eficácia(s), mesmo naqueles

casos em que, por uma razão ou por outra, a concessão é tardia porque irremediavelmente consumado o dano que a impetração quis obstar. Justamente para que não se afirme, pura e simplesmente, que o mandado “perdeu o objeto”, isto é, que não há mais interesse jurídico na impetração diante da consumação do dano que se pretendeu evitar. Pelo menos em casos como tais deve o mandado de segurança ser julgado para que se declare a validade ou não do ato impugnado. Pois essa declaração (este efeito) pode ter valia jurídica, nem que seja para documentar futura ação de perdas e danos a ser movida contra pessoa jurídica a cujos quadros pertence a autoridade indicada como coatora.

Sem dúvida, é melhor (e mais econômico) levá-lo até o final julgamento do mérito, do que extingui-lo sem apreciação da lide. Aí, sim, o processo não traria qualquer proveito social nem jurídico, deixando pendente e inconcluso o debate.

Portanto, entendemos que o *writ* presta-se também à simples declaração da ofensa ao direito líquido e certo, desde que tenha a força mandamental perdida supervenientemente à impetração e que exista interesse na simples declaração judicial.

Voltando à inaptidão do mandado de segurança para a cobrança de valores, o assunto já foi objeto de Súmula do STF:

Súmula 269. O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança.

Neste passo, o seu objetivo será resguardar o direito líquido e certo do ofendido contra o ato ou omissão administrativa ilegal ou abusiva, não havendo uma preocupação com um resultado patrimonial direto ou reflexo que dele possa decorrer.

O centro nervoso do processo é a perquirição da legalidade do ato, razão pela qual a autoridade dita coatora figuraria no pólo passivo do *mandamus*, já que foi ela quem o praticou ou omitiu-se, atuando, presume-se, lastreada no princípio da legalidade:

A legalidade, como princípio da administração (CF, art. 37, *caput*), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei.

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”. (MEIRELLES, 1997, 82)

Este é o princípio capital para a configuração do regime jurídico-administrativo. (...)

Assim, o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. (...)

Michel Sassinopoulos, em fórmula sintética e feliz, esclarece que, além de não poder atuar *contra legem* ou *praeter legem*, a Administração só pode agir *secundum legem*. Aliás, no mesmo sentido, é a observação de Alessi, ao averbar que a função administrativa se subordina à legislativa não apenas porque a lei pode estabelecer proibições e vedações à Administração, mas também porque esta só pode fazer aquilo que a lei antecipadamente autoriza. (MELLO, 1998, pp. 58-60).

Em outras palavras: cumprir-lhe-ia tão-somente defender o ato ou a omissão, e não a relação jurídico-material havida entre o impetrante e a pessoa jurídica a quem está vinculada.

É o que entende Moraes (2000, p. 158):

Sujeito passivo é a autoridade coatora que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado, responde pelas suas conseqüências administrativas e detenha competência para corrigir a ilegalidade, podendo a pessoa jurídica de direito público, da qual faça parte, ingressar como litisconsorte. (...)

Reafirme-se que a pessoa jurídica de direito público sempre será parte legítima para integrar a lide em qualquer fase, pois suportará o ônus da decisão proferida em sede de mandado de segurança.

(...)

Poderão ser sujeitos passivos no mandado de segurança os praticantes de atos ou omissões revestidos de força jurídica especial e componentes de qualquer dos Poderes da União, Estados e Municípios, de autarquia, de empresas públicas e sociedades de economia mista exercentes de serviços públicos e, ainda, de pessoas naturais ou jurídicas de direito privado com funções delegadas do Poder Público, como ocorre em relação às concessionárias de serviços de utilidade pública.

Vicente Greco Filho (2003a, 306) leciona:

O sujeito passivo do *writ* é a autoridade, porquanto seu objetivo é a reparação da ilegalidade ou abuso de poder praticados pelo agente do Poder Público que violou direito líquido e certo.

Nesse aspecto já temos uma diferença importante entre o mandado de segurança e as ações em geral. Estas, quando são propostas contra o Estado por ato de seus agentes, o são contra a pessoa jurídica de direito público (União, Estado e Município) que eles representam ou em nome de quem atuam. O mandado de segurança, porém, será proposto contra a autoridade.

A União e o Estado, em ações ordinárias, serão citados na pessoa de seus procuradores, e o Município na pessoa do prefeito ou procurador; no mandado de segurança será notificada a própria autoridade. Ainda que o objeto seja o mesmo e ainda que tenha sido impetrada a segurança, se, faltando qualquer de seus pressupostos, não puder ser conhecido o mérito da causa, a ação ordinária sucedânea seguirá essas regras de legitimidade, sob pena de carência da ação.

Os órgãos da administração direta não constituem, por si mesmos, pessoas jurídicas, portanto não têm legitimidade passiva para a ação, salvo no caso do mandado de segurança.

O STJ também apresenta julgados neste sentido:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO DO DEPARTAMENTO DA POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL. NOMEAÇÃO EM CARGO COMISSIONADO. AUTORIDADE IMPETRADA. SECRETÁRIO DE TRÂNSITO DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. ILEGITIMIDADE DO MINISTRO DA JUSTIÇA.

- Em sede de mandado de segurança, deve figurar no pólo passivo a autoridade que, por ação ou omissão, deu causa a lesão jurídica denunciada e é detentora de atribuições funcionais próprias para fazer cessar a ilegalidade.

- O indeferimento de processo administrativo pugnando pela nomeação em cargo em comissão no departamento da polícia rodoviária federal, por ser ato de competência do Secretário de Trânsito do Ministério da Justiça, não pode ser impetrado ao Exmo. Sr. Ministro de Estado da Justiça, que, assim, não tem legitimidade passiva *ad causam* para o writ.

- Mandado de segurança não conhecido, com a extinção do processo sem julgamento de mérito. (MS 3.865/df, Rel. Ministro Vicente Leal, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28.05.1997, DJ 22.09.1997 p. 46321).

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. INSCRIÇÃO DE DÍVIDA ATIVA DA UNIÃO. MINISTRO DE ESTADO. ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*.

1. Em mandado de segurança, a legitimidade passiva da autoridade coatora é aferida de acordo com a possibilidade que detém de rever o ato acoimado de ilegal, omissivo ou praticado com abuso de poder.

2. O Ministro de Estado do Trabalho e Emprego não detém legitimidade para figurar no pólo passivo de mandado de segurança impetrado com a finalidade de impugnar omissão quanto à inscrição em Dívida Ativa da União.

3. Processo extinto sem exame de mérito por carência de ação. Agravo regimental prejudicado. (MS 9.244/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22.09.2004, DJ 08.11.2004 p. 154).

Como já se depreendeu da leitura dos trechos doutrinários e jurisprudenciais supra transcritos, a identificação da autoridade se dá através da identificação de quem tenha competência para desfazer o ato impugnado ou fazer cessar os seus efeitos, enquadrando-se, aí, também os particulares que desenvolvem a função pública, por delegação de poder.

Critério que tem sido recomendado, inclusive por Hely Lopes Meirelles, para a identificação da autoridade coatora é verificar se a autoridade que praticou o ato tem competência para desfazê-lo, índice que denotaria a participação de sua vontade no ato e, portanto, sua condição de autoridade coatora.

(...)

Autoridade é todo agente do Poder Público e também aquele que atua por delegação do Poder Público, usando do poder administrativo. Pode, pois, ser sujeito passivo do mandado o agente público diretamente ou o particular que exerça função delegada, por exemplo, o concessionário de serviço público. Todavia, nesta última hipótese, o mandado será meio hábil para a correção da ilegalidade, na medida em que o particular atue como Poder Público e no que concerne a essa delegação. Quando age *ut singuli*, como particular, os atos do concessionário não são passíveis de exame por meio do *writ* constitucional (GRECO FILHO, 2003a, 307-308).

“Autoridade coatora é quem efetivamente ordenou, executou ou se omitiu na prática do ato impugnado, desde que pudesse dispor de autoridade e competência para deixar de praticar ou então pudesse corrigir a ilegalidade alegada. É quem ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado e responde por suas conseqüências administrativas (RT 507/62)” (Antônio Raphael Silva Salvador e Osni de Sousa, *Mandado de segurança: doutrina e jurisprudência*, p. 29-30, *apud* BUENO, 2002, p. 19).

Em consequência deste entendimento, aliado a outros princípios processuais, tem-se que a equivocada indicação da autoridade coatora implicaria a extinção do processo sem apreciação do mérito, por configurar carência de ação, na modalidade de ilegitimidade passiva – art. 267, VI, do CPC:

É firme e dominante a jurisprudência no sentido de que a indicação errônea da autoridade coatora afetará uma das condições da ação (*legitimatío ad causam*), acarretando, portanto, a extinção do processo, sem julgamento do mérito (MORAES, 2000, p. 158).

Voltemos ao entendimento pretoriano do STJ:

MANDADO DE SEGURANÇA - AUTORIDADE COATORA - ILEGITIMIDADE PASSIVA - CARENCIA DE AÇÃO - EXTINÇÃO DO PROCESSO - ARTIGOS 2. E 267, VI, CPC.

1. É firme a jurisprudência no sentido de que, no mandado de segurança, a errônea indicação da autoridade coatora, afetando uma das condições da ação (*legitimatío ad causam*), acarreta a extinção do processo, sem julgamento de mérito, especialmente quando influi na fixação da competência material de ordem pública, que não fica submetida a vontade ou conveniências do Impetrante.
2. O juiz, verificada a equívoca indicação, não pode substituir a vontade do sujeito ativo da ação pela sua, substituindo na relação processual o sujeito passivo, afrontando o princípio dispositivo, pelo qual cabe ao autor escolher o réu que deseja demandar.
3. Precedentes do STF e do STJ.
4. Recurso provido. (REsp 55947/DF, Rel. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 30.08.1995, DJ 02.10.1995 p. 32331)

Ponto forte que milita em favor desta corrente doutrinária é a possibilidade de impetração do *writ* por órgãos públicos sem personalidade jurídica, mas dotados de capacidade processual, contra atos praticados por agentes que integram a mesma pessoa jurídica, em defesa de suas atribuições institucionais, a exemplo do ajuizamento da ação pela Mesa da Câmara de Vereadores contra um ato praticado pelo Prefeito de um mesmo Município, ou pelo Procurador-Geral da República contra ato do Presidente da República, como foi o caso julgado pelo Pleno do STF:

I. Mandado de segurança: legitimação ativa do Procurador-Geral da República para impugnar atos do Presidente da República que entende praticados com usurpação de sua própria competência constitucional e ofensivos da autonomia do Ministério Público: análise doutrinária e reafirmação da jurisprudência.

1. A legitimação *ad causam* no mandado de segurança pressupõe que o impetrante se afirme titular de um direito subjetivo próprio, violado ou ameaçado por ato de autoridade; no entanto, segundo assentado pela doutrina mais autorizada (cf. Jellinek, Malberg, Duguit, Dabin, Santi Romano), entre os direitos públicos subjetivos, incluem-se os chamados direitos-função, que têm por objeto a posse e o exercício da função pública pelo titular que a detenha, em toda a extensão das competências e prerrogativas que a substantivem: incensurável, pois, a jurisprudência brasileira, quando reconhece a legitimação do titular de uma função pública para requerer segurança contra ato do detentor de outra, tendente a obstar ou usurpar o exercício da integralidade de seus poderes ou competências: a solução negativa importaria em "subtrair da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça de direito".

2. A jurisprudência - com amplo respaldo doutrinário (v.g., Victor Nunes, Meirelles, Buzaid) - tem reconhecido a capacidade ou "personalidade judiciária" de órgãos coletivos não personalizados e a propriedade do mandado de segurança para a defesa do exercício de suas competências e do gozo de suas prerrogativas.

3. Não obstante despido de personalidade jurídica, porque é órgão ou complexo de órgãos estatais, a capacidade ou personalidade judiciária do ministério lhe é inerente - porque instrumento essencial de sua atuação - e não se pode dissolver na personalidade jurídica do Estado, tanto que a ele freqüentemente se contrapõe em juízo; se, para a defesa de suas atribuições finalísticas, os tribunais têm assentado o cabimento do mandado de segurança, este igualmente deve ser posto a serviço da salvaguarda dos predicados da autonomia e da independência do Ministério Público, que constituem, na Constituição, meios necessários ao bom desempenho de suas funções institucionais.

4. Legitimação do Procurador-Geral da República e admissibilidade do mandado de segurança reconhecidas, no caso, por unanimidade de votos. (MS 21.239/DF, Rel. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, TRIBUNAL PLENO, julgado em 05/06/1991, DJ 23.04.1993 p. 6920)

Afirma a doutrina:

Igualmente, admite-se a impetração por entidades de direito público, mesmo sem personalidade jurídica, a fim de garantir prerrogativas funcionais violadas por outra entidade também de direito público. Assim, por exemplo, tem-se admitido o *writ* de Municípios contra órgãos do Estado e do prefeito contra a Câmara Municipal ou desta contra aquele. (GRECO FILHO, 2003a, 309).

(...) embora concebido como meio de defesa do indivíduo contra a Administração Pública, o mandado de segurança evoluiu no sentido de se tornar um instrumento eficaz de manutenção do sistema de freios e contrapeso, servindo para corrigir inconstitucionalidades e ilegalidades surgidas nos conflitos entre os diversos poderes de uma mesma unidade política ou entre a União, o Estado e o Município. Na falta de outro elemento rápido e eficaz para solucionar tais contendas, a própria administração tem recorrido ao mandado de segurança, que passou a ser impetrado por pessoas jurídicas de direito público (WALD, 1968, p. 174).

Esta utilização do *mandamus* é pacífica na doutrina e na jurisprudência, e apresenta uma dificuldade para os que advogam a tese da legitimidade passiva da pessoa jurídica: a mesma pessoa jurídica atuaria em ambos os pólos processuais?

Imagine-se um mandado de segurança, impetrado, v.g., pela União contra ato de Juiz Federal. Dentro da tese esposada de que o sujeito passivo é a pessoa jurídica, teríamos a esdrúxula situação processual onde a União será impetrante e, ao mesmo tempo, sujeito passivo. Ou seja, na pessoa da União estariam fundidos o impetrante e o sujeito passivo. Isto é, a União seria, simultaneamente, no mesmo processo, autora e ré! O absurdo se estampa de forma teratológica (TOURINHO, 1999, p. 58).

Defendendo que o sujeito passivo não é a autoridade, Fredie Didier Jr. (2005) responde à pergunta da seguinte maneira, revendo premissas tradicionais do nosso direito:

Têm capacidade de ser parte, então, todos os entes que tenham personalidade jurídica de direito material, bem como todos os agrupamentos humanos minimamente organizados, de modo que se possa identificar o seu representante, para que a sua capacidade processual fique integrada, e os seus interesses juridicamente tutelados, que dizem respeito à sua finalidade — na expressão utilizada pelo STJ e STF, seus “direitos-função”. É por isso que se atribui capacidade de ser parte às sociedades não-personificadas, ao MST, ao Ministério Público, às comunidades indígenas etc. É por isso que a comunidade de pessoas lesadas (titular de direitos difusos e/ou coletivos) não tem capacidade de ser parte, por não ter o mínimo de organização: os seus direitos serão defendidos em juízo por legitimados extraordinários.

A pessoa jurídica é sujeito de direito em que se reconhecem, com facilidade e previamente, os seus representantes e os seus interesses. Há entes não-personificados que já têm a sua capacidade de ser parte prevista expressamente em lei, o que facilita a identificação dos representantes e dos interesses: massa

falida, espólio, herança jacente, condomínio, comunidades indígenas e Ministério Público. Mas o rol não é nem poderia ser exaustivo.

O grande problema em torno do assunto, ao que parece, é a distinção que se deve fazer entre capacidade de ser parte e legitimidade *ad causam*. A capacidade de ser parte é atributo genérico; a legitimidade para agir é atributo específico, pois sempre diz respeito a determinada situação concreta. Todo sujeito de direito pode ser parte, mas ninguém é parte legítima para todas as causas. Todos podem demandar em juízo, mas ninguém está autorizado a levar, legitimamente, todas as situações concretas à apreciação do Poder Judiciário.

Feita essa distinção, não é correto dizer que um órgão, como a Câmara de Vereadores, só tem capacidade de ser parte para algumas situações, que dizem respeito à proteção dos seus interesses. Não se tem “capacidade de ser parte para alguma coisa”, tem-se ou não capacidade de ser parte, que é atribuída exatamente porque há situações em que é preciso que o órgão vá a juízo defender os seus interesses. O que a Câmara de Vereadores pode não possuir é legitimidade, seja por estar defendendo direitos/interesses que não lhe dizem respeito, seja por não ter o dever jurídico que lhe está sendo imputado. Legitimidade é a posição jurídica do sujeito em face de determinado ato jurídico; o exame da capacidade é sempre feito *a priori*, independentemente das circunstâncias concretas. Quando se formula uma demanda em face de um órgão da Administração, que tem capacidade de ser parte, é freqüente a alegação, em defesa, da incapacidade de ser parte. Mas esse mesmo órgão, quando é o demandante, não nega a si mesmo a capacidade de ser demandante. Se o órgão não pode responder pelo ato, que é da responsabilidade da pessoa jurídica, não é caso de incapacidade de ser parte (que é absoluta), mas de legitimidade: não é o órgão o sujeito da relação jurídica deduzida em juízo.

Essa concepção auxilia a compreensão do mandado de segurança contra ato judicial/reclamação impetrado/ajuizado pela pessoa jurídica de direito público a que está vinculado o órgão jurisdicional cujo ato se questiona. A União impetra mandado de segurança contra ato de juiz federal, quem são as partes processuais? De um lado, a União, pessoa jurídica de direito público, de outro o Poder Judiciário de primeira instância, apresentado pelo juízo inquinado de autoridade coatora. Quem será o julgador? O Poder Judiciário de segunda instância — é por isso que a competência para apreciar mandado de segurança contra ato de juiz é atribuída ao tribunal ao qual estiver vinculado.

Para ele, portanto, a legitimidade não é da autoridade e não se restringiria somente à pessoa jurídica, nos moldes clássicos, mas poderia ser atribuída a um órgão, ao qual está vinculada a autoridade, por força de seu “direito-função”.

3. Legitimidade passiva da pessoa jurídica.

Sem embargo do entendimento e dos julgados acima expostos, há forte corrente doutrinária que atribui a legitimidade passiva à pessoa jurídica a que está vinculada a autoridade.

Neste sentido, trazemos a exposição de motivos da Lei n.º 10.358/2001, que alterou o *caput* do art. 14, acrescentando-lhe também o inciso V e o parágrafo único, cuja atual redação é a seguinte:

Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

(...)

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.

Na mencionada exposição de motivos, o Ministro José Gregori atribui expressamente à *autoridade coatora* a qualificação de terceiro, e não de parte, demonstrando o seu alinhamento àqueles que consideram que legítima é a pessoa jurídica, e não o agente coator:

O Projeto busca reforçar a ética no processo, os deveres de lealdade e de probidade que devem presidir ao desenvolvimento do contraditório, e isso não apenas em relação às partes e seus procuradores, mas também **a quaisquer outros participantes do processo, tais como a autoridade apontada coatora nos mandados de segurança**, ou as pessoas em geral que devam cumprir ou fazer cumprir os mandamentos judiciais e abster-se de colocar empecilhos à sua efetivação. É que o processo, como observou Agrícola Barbi, com remissão a José Olympio de Castro Filho “é campo muito vasto para o mau uso dos poderes concedidos para defesa dos direitos” (“Comentários ao CPC”, Ed. Forense, 5ª ed., n.º 154) (CALMON FILHO, 2001, pp. 23-24) (grifou-se).

Transcrevendo as lições de Celso Agrícola Barbi, Arx da Costa Tourinho (1999, p. 55) sintetiza as razões pelas quais uma parte da doutrina entende que seria da pessoa jurídica a legitimidade passiva, embora a ela não se afilie:

A segunda corrente identifica o sujeito passivo na pessoa jurídica. Argumentam seus doutrinadores que: (a) “o ato do funcionário é ato da entidade pública a que ele se subordina”; (b) os efeitos do ato “se operam em relação à pessoa jurídica de direito público”; (c) é a pessoa jurídica de direito público, por lei, que “tem capacidade de ser parte no nosso direito processual civil”; (d) “o coator é citado em juízo como “representante” daquela pessoa”; (e) “a condenação nas despesas judiciais é contra a entidade de direito público e não contra o coator. Vencida na causa é aquela e não este”; (f) “quando se tratar de pessoas de direito privado, com funções delegadas de poder público, pois, então, parte passiva serão aquelas e não o Poder Público” (Celso Agrícola Barbi in Mandado de Segurança, Rio de Janeiro, Forense, 1984, 4ª ed., pág. 180/181).

Este entendimento funda-se, antes de mais nada, na circunstância de a relação jurídico-material se dar entre o impetrante e a pessoa jurídica. Disso ninguém discorda. O coator não atua em nome próprio. O ato abusivo, que consiste o objeto do *mandamus*, é por ele praticado no desempenho das funções institucionais.

Daí decorre que os efeitos da sentença do *writ* não afetarão a autoridade. É a pessoa jurídica quem os suportará.

Com efeito, salta aos olhos (...) que as conseqüências diretas da segurança serão sentidas e suportadas exclusivamente pelo ente público ao qual se encontra vinculada a autoridade apontada coatora, haja vista

que a relação jurídica de direito material do impetrante, em regra, é com a administração, nunca com o sujeito coator, posto que este, invariavelmente, atua na mera condição de preposto do ente público. Mais do que isto, além de suportar os efeitos jurídicos e materiais da impetração, a administração também arca com o pagamento de eventuais custas e despesas processuais, bem como se encontra legitimada para recorrer contra as decisões exaradas nos autos da mandamental (SODRÉ, 1999, p. 393).

Não sendo parte no processo, não caberia ao agente apresentar defesa, ato que tocaria à pessoa jurídica. À autoridade cumpriria apenas informar ao Judiciário as razões que o levaram à prática do ato, ou a omitir-se de determinada maneira²:

É salutar, ainda, lembrar que as informações prestadas pela autoridade coatora, que se limitam, ou, ao menos, deveriam limitar-se à narração e justificação dos atos por ela praticados, **devem corresponder fielmente à verdade**, gozando outrossim, de **presunção de veracidade**. Pois bem, podendo a defesa a ser oferecida pelo réu abarcar tanto matérias relacionadas com o mérito da causa quanto questões processuais (arts. 300 e 301 do CPC), e sendo característica marcante da parte a atuação pautada na **parcialidade**, é incompatível não só a conduta da autoridade impetrada com a daquele que vem a juízo defender o enquadramento das informações prestadas pelo impetrado no amplo conceito de contestação.

A todas as luzes, as informações a que alude o inciso I do art. 7º da Lei n.º 1.533 correspondem a ato administrativo típico, não caracterizando, jamais, o exercício de defesa processual. A limitação à análise de apenas matéria fática, a obrigação de narrar a verdade e, principalmente, a presunção de veracidade que acoberta tal relato confirmam, indubitavelmente, a natureza flagrantemente administrativa da obrigação de prestar informações. Se assim é, a autoridade apontada coatora, no processo mandamental, exerce apenas dever de natureza funcional, cujo descumprimento pode acarretar sanções disciplinares ou penais – nunca processuais. De tal sorte, resta evidente ser descabida a tese de figurar a autoridade coatora no pólo passivo da ação mandamental. (SODRÉ, 1999, p. 391) (grifos já existentes no original).

Explicava Fredie Didier Jr (2003), quando ainda vigia a antiga redação do art. 3º, da Lei n.º 4.348/64, hoje já alterada:

A lei fala em notificação da autoridade coatora, mas com a edição do CPC/73 os atos de comunicação processual restringem-se à intimação e à citação. A autoridade coatora não é intimada para defender-se; a defesa compete à pessoa jurídica de direito público a que está vinculada, conforme a LF 4.348/64, art. 3º abaixo transcrito: "Art. 3º. As autoridades administrativas, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas da notificação da medida liminar, remeterão ao Ministério ou ao órgão a que se acham subordinadas e ao Procurador-Geral da República ou a quem tiver a representação judicial da União, do Estado, do Município ou entidade apontada como coatora, cópia autenticada do mandado notificatório, assim como indicações e elementos outros necessários às providências a serem tomadas para a eventual suspensão da medida e defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo de poder."

Desta circunstância já se retira a seguinte conclusão: o Estado-membro intervirá no feito como parte ré, para promover a defesa do ato, pois o magistrado, por força do art. 3º retromencionado haverá de citá-lo.

Mas havia quem objetasse tal argumento, atacando-lhe em duas frentes.

² Aqui reside mais uma dificuldade, já que a doutrina diverge quanto à natureza jurídica das informações prestadas pela autoridade coatora. Para alguns, seria defesa propriamente dita. Para outros tantos, seria ato de colheita de provas. Já uma terceira corrente entende serem apenas informações sobre o ato vergastado. Não nos delongaremos acerca do tema, por não ser este o objeto do presente texto, embora esteja a ele ligado. Deixamos, contudo, evidente que nos afiliamos ao último entendimento.

Uma, porque, de acordo com a literalidade do dispositivo, o ato de comunicação deveria ocorrer pela via administrativa, isto é, caberia à autoridade, na qualidade de integrante da administração pública, informar sobre a medida liminar ao representante judicial da pessoa a quem ele estivesse ligado. Não seria, portanto, ato judicial a integrar o procedimento mandamental. Enquanto dever da autoridade para com a Administração, e não do juiz, o seu descumprimento submeteria o infrator à sanção disciplinar, mas não provocaria qualquer prejuízo ao processo, que permaneceria íntegro, sem nulidades.

A segunda razão está na circunstância de que a comunicação só seria obrigatória quando houvesse a concessão da liminar, e não da existência do *mandamus*, tivesse sido concedida, ou não, a liminar.

Reservar-nos-emos a cuidar do tema com mais vagar no item 5, infra, quando voltaremos nossa atenção à redação dada ao comando pela Lei n.º 10.910/2004, advertindo, de pronto, que não concordamos com a idéia de que caberia ao coator completar a citação, como queria Didier Jr. (2003), ao sintetizar o seu entendimento:

A autoridade coatora não é a parte ré no processo do mandado de segurança. Em síntese, eis a sua participação no procedimento: a) é notificada (intimada) para prestar informações acerca da acusação de abusividade do ato que praticara, não praticara ou pode praticar; b) presta informações; c) completa a atividade citatória, por força do art. 3º da Lei Federal 4.348/64; d) sai do feito.

(...)

Em razão de tudo isso, a participação da autoridade coatora restringe-se a prestar informações e completar a citação, comunicando ao réu a existência da demanda contra ele proposta. Empós, sai do processo. No momento da prolação da sentença, por exemplo, já é pessoa totalmente estranha ao feito, fato que a qualifica como terceiro. O Estado da Bahia, por exemplo, após ser informado do processo, deverá providenciar a defesa do ato.

Soma-se a isso que a autoridade não tem capacidade de ser parte, nem capacidade postulatória. Como, então, admitir a sua participação no processo? E como admitir que ela mesma peticione, sem estar acompanhada de representante judicial que detenha o *jus postulandi*?

Em que pese a existência dos julgados transcritos no tópico anterior, que demonstram a atribuição da legitimidade passiva à autoridade, o próprio STJ apresenta decisões em sentido diverso, admitindo ser a pessoa jurídica quem ocupa o pólo passivo da relação processual:

RESP - ADMINISTRATIVO - PROCESSUAL CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - AUTORIDADE COATORA - PESSOA JURIDICA - A AÇÃO DE SEGURANÇA COLOCA, DE UM

LADO, O IMPETRANTE. DE OUTRO, O ESTADO, EMBORA A NOTIFICAÇÃO SEJA DIRIGIDA A SEU AGENTE, A QUEM FOI ATRIBUÍDA A CONDUTA ILÍCITA. O ESTADO INTEGRA O POLO PASSIVO DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL. DESSA FORMA, TEM LEGITIMIDADE PARA POSTULAR NA DITA RELAÇÃO. (REsp 143.526/PA, Rel. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, SEXTA TURMA, julgado em 12.06.1998, DJ 29.06.1998 p. 344)

Consequência direta deste entendimento é o de que a indicação equivocada do agente coator não implica extinção do processo sem exame do mérito.

A indicação errônea da autoridade coatora não deve levar à extinção do mandado de segurança por ilegitimidade passiva (CPC, art. 267, § 3º). Embora bastante controvertido o tema, parece mais correto o entendimento de que a autoridade coatora não é parte no mandado de segurança, isto é, não é o réu do mandado de segurança. A autoridade é convocada a prestar as informações de que trata o art. 7º, I, da Lei n.º 1.533/51, na qualidade de “representante” judicial da pessoa jurídica a que pertence. Não tutela, assim, direito seu ou exclusivamente seu, porque seu agir corresponde ao agir da pessoa a cujos quadros está vinculada (BUENO, 2002, p. 19).

Sendo a pessoa jurídica a ocupar o pólo passivo, não haveria carência de ação por ilegitimidade de parte, caso o impetrante indique incorretamente a autoridade, desde que ela (a que foi apontada pelo autor) integre os quadros da mesma pessoa jurídica a que está vinculado o agente que realmente praticou o ato acoimado de ilegal.

É o que diz o STJ:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE PASSIVA. PESSOA JURÍDICA.

1. A doutrina e a jurisprudência não são pacíficas quanto à possibilidade de a pessoa jurídica ser parte legítima para figurar no pólo passivo da ação mandamental.
2. Parte da doutrina considera que o mandado de segurança deve ser impetrado não contra o ente público, mas sim contra a autoridade administrativa que tenha poderes e meios para a correção da ilegalidade apontada. Outra parte, enveredando por caminho totalmente oposto, afirma que a legitimidade passiva é da pessoa jurídica e não da autoridade administrativa.
3. Não é possível reclamar da parte o conhecimento da complexa estrutura da Administração Pública, de forma a precisar quem será a pessoa investida de competência para corrigir o ato coator.
4. A pessoa jurídica de direito público a suportar os ônus da sentença proferida em mandado de segurança é parte legítima para figurar no pólo passivo do feito, por ter interesse direto na causa.
5. Recurso especial conhecido e desprovido. (REsp 547.235/RJ, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18.12.2003, DJ 22.03.2004 p. 237)

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. SUPOSTA ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. DEFICIÊNCIA SANÁVEL. PRINCÍPIOS DA EFETIVIDADE E ECONOMIA PROCESSUAL. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DE SERVIDORES ESTADUAIS INATIVOS. AUTORIDADE COATORA. SECRETÁRIO DE FAZENDA DO ESTADO. 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.
7. Precedentes da Corte: AGA 538820/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 12/04/2004; RESP 574981/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 25/02/2004; ROMS 15262/TO, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 02/02/2004; AIMS 4993/DF, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJ de 19/02/2001.
8. Não obstante, in casu, revela-se incorrente a causa de extinção do processo porquanto o Secretário de Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul goza de legitimatio ad causam. Deveras, o Departamento de Despesa Pública Estadual a quem incumbe, tão-somente, a execução do sistema de pagamento do pessoal, não possui capacidade processual ou legitimatio ad processum, porquanto pertence à estrutura da Secretaria de Fazenda que determina o desconto da contribuição previdenciária.
9. In casu, o ato inquinado não foi praticado pelo Diretor do Departamento de Despesa Pública Estadual, posto que, a teor dos ensinamentos do mestre Hely Lopes Meirelles, "considera-se autoridade coatora a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado e não o superior que o recomenda ou baixa normas para a sua execução... Coator é a autoridade superior que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado, e responde pelas suas conseqüências administrativas..." ("Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data", 13ªed., Ed. Revista dos Tribunais, 1989, p, 34) por isso que só pode ocupar o pólo passivo do Mandado de Segurança a autoridade que praticou o ato, diretamente, e que possui atribuições para desfazê-lo.
10. O responsável pelo ato impugnado consecutivamente é o Secretário Estadual da Fazenda que é quem detém o poder ordenar ou não que seja feito o desconto da referida contribuição dos proventos dos impetrantes, ora recorrente, sendo certo que ao Departamento de Despesa Pública incumbe, tão-somente, a execução dos sistemas de pagamento do pessoal, sob a responsabilidade da Secretaria de Fazenda.
11. Em assim sendo, quer por esse fundamento, quer pela Teoria da Encampação, o Secretário de Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul possui tem legitimidade passiva para responder ao presente writ 12. Precedentes: ROMS 17458 / RS ; Rel.^a MIN.^a ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJ de 23.08.2004; ROMS 12693 / SC ; Rel. MIN. PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, DJ de 17.05.2004; AGA 405298 / SC ; Rel. MIN. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, - SEGUNDA TURMA, DJ de 29.03.2004; ROMS 12281 / SC ; Rel. MIN. FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, DJ de 04.08.2003; AGA 428190 / SC ; deste relator, PRIMEIRA TURMA, DJ de 04.11.2002; ROMS 12128 / SC ; Rel. MIN. JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, DJ de 02.09.2002.
13. Recurso ordinário provido. (RMS 17.889/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07.12.2004, DJ 28.02.2005 p. 187)

4. Outras posições doutrinárias.

Sobre o tema, convém, ainda, trazer outros dois entendimentos, que derivam das correntes doutrinárias já expostas.

Há quem entenda que a autoridade coatora atue na representação processual da pessoa jurídica de direito público. Isto é, integraria a relação processual em nome de terceiro e na defesa do direito deste terceiro.

O dispositivo [art. 3º, da Lei n.º 4.348/64] tem o grande mérito de evidenciar que a pessoa jurídica a que pertence a autoridade coatora é o verdadeiro réu do mandado de segurança. Mais: que sua citação se dá na pessoa da autoridade coatora, excepcionando, assim, as regras de representação judicial dessas pessoas jurídicas em juízo, tais quais estatuídas no art. 12, I, II e VI, do Código de Processo Civil (BUENO, 2002, p. 174).

É o que diz o Professor Humberto Theodoro Jr. (2005, p. 472), para quem a autoridade coatora teria apenas a legitimidade formal e as informações fariam as vezes da defesa:

O mandado de segurança é proposto contra a autoridade que praticou o ato abusivo, a quem se determinará, em lugar da tradicional contestação, a prestação de informações no prazo da lei. Com isso, há quem entenda que o sujeito passivo, na espécie, seria a própria autoridade e não a pessoa jurídica de direito público em cujo nome se praticou o ato impugnado, isto é, a União, o Estado, o Município etc.

Na verdade, a melhor exegese é a que atribui à autoridade coatora apenas a legitimidade formal para defender a pessoa jurídica de direito público em cujo nome atuou na prática do ato discutido no *mandamus*. Com efeito, a repercussão do processo operará toda sobre os poderes e interesses daquela pessoa pública e não apenas sobre a autoridade notificada. Não há como, portanto, ignorar a participação substancial da entidade no processo.

Há, de outro lado, quem admita que a autoridade coatora e a pessoa jurídica de direito público figurariam em litisconsórcio necessário no pólo passivo do *mandamus*.

A doutrina, porém, não é unânime em relação ao posicionamento jurisprudencial, ora também entendendo que sujeito passivo seria a pessoa jurídica de direito público que suportará os efeitos da possível concessão do *writ*, ora que os sujeitos passivos, em litisconsórcio necessário, seriam a autoridade coatora e a pessoa jurídica de direito público (MORAES, 2000, p. 158).

Este é o entendimento de Buzaid (1989, p. 184):

Das considerações acima feitas, a ilação que se extrai é que os sujeitos passivos no mandado de segurança são a autoridade e a pessoa jurídica de direito público, unidos por litisconsórcio necessário. Assim formulado o conceito, não vemos necessidade de recorrer à classificação de Carnelutti, ou ao conceito de substituto processual, para explicar a posição da autoridade coatora e da pessoa jurídica de direito público. Basta havê-los como sujeitos passivos vinculados por litisconsórcio necessário.

5. Aspectos histórico-funcionais do Ministério Público e a natureza de sua manifestação.

Chegamos ao mote do presente texto.

O art. 10, da Lei n.º 1.533/51, impõe que, findo o prazo para que a autoridade coatora preste suas informações, será ouvido o representante do Ministério Público no prazo de cinco dias, sendo proferida a sentença em seguida.

Portanto, o procedimento legal prevê a manifestação do *Parquet*.

Sobre o tema surgem mais e mais polêmicas. Há julgados do STJ que exigem a manifestação concreta do Órgão mesmo que decorrido o quinquídio, sob pena de nulidade processual. Contudo, o mesmo Tribunal exhibe posicionamentos completamente opostos, entendendo que suficiente é a intimação do Ministério Público. Ei-los, em ambos os sentidos:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. INDICAÇÃO ERRÔNEA DO IMPETRADO. INFORMAÇÕES PRESTADAS PELA AUTORIDADE COATORA. SUPRIMENTO DA ILEGITIMIDADE. MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. OBRIGATORIEDADE. PARECER DO PARQUET DISPENSANDO A NECESSIDADE DE PRONUNCIAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE COAGIR O ÓRGÃO A MANIFESTAR-SE. AUSÊNCIA DE NULIDADE.

1. Em sede de mandado de segurança, deve haver o efetivo pronunciamento do Ministério Público não sendo suficiente a sua intimação, sob pena de nulidade. (ERESP 26715 / AM; Rel. Min. PAULO COSTA LEITE, CORTE ESPECIAL, DJ 12/02/2001; ERESP 24234 / AM; Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, CORTE ESPECIAL, DJ de 11/03/1996; ERESP 9271 / AM, Rel. Min. ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, CORTE ESPECIAL, DJ de 05/02/1996).

2. Considera-se efetivo o pronunciamento se o Ministério Público, abordando a questão de fundo, entende que, por força da substância do mesmo não deve atuar como custos legis.

3. In casu, o douto representante do Parquet devidamente intimado da sentença afirmou ser desnecessária a sua manifestação. Consectariamente, ausente a nulidade processual haja vista que o Ministério Público teve a oportunidade de se manifestar e não o fez, à luz da exegese do art. 10, da Lei n.º 1.533/51.

4. A imposição de atuação do membro do Parquet, quanto a matéria versada nos autos, infringiria os Princípios da Independência e Autonomia do órgão ministerial.

5. Deveras, a suposta nulidade somente pode ser decretada se comprovado o prejuízo para os fins de justiça do processo, em razão do Princípio de que "não há nulidade sem prejuízo" ("pas des nullité sans grief").

6. A indicação errônea da autoridade coatora resta suprida em tendo esta, espontaneamente, prestado as informações confirmando a sua legitimidade passiva.

7. Recurso especial desprovido. (REsp 541.199/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08.06.2004, DJ 28.06.2004 p. 195)

PROCESSUAL ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. (...)

- Embora o mandado de segurança esteja inserido entre as ações em que é obrigatória a manifestação do Ministério Público, a doutrina e a jurisprudência não admitem a decretação de nulidade sem a demonstração do prejuízo, prestigiando o princípio da instrumentalidade das formas. Precedentes.

(...)

- Recurso ordinário a que se nega provimento. (RMS 12.050/TO, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 27.04.2004, DJ 17.05.2004 p. 288).

CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. LEI 1533/51, APLICAÇÃO DO ART. 10 - PROCESSUAL CIVIL - MINISTERIO PUBLICO. PARTICIPAÇÃO NECESSARIA E OBRIGATORIA.

I - EM MANDADO DE SEGURANÇA E NECESSARIO E OBRIGATORIO O EFETIVO PRONUNCIAMENTO DO MINISTERIO PUBLICO, COMO INSTITUIÇÃO ESSENCIAL A FUNÇÃO JURISDICCIONAL DO ESTADO, EM DEFESA DA ORDEM JURIDICA, DO REGIME

DEMOCRÁTICO E DOS INTERESSES SOCIAIS E INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS (ART. 127, C.F.).

II - ANULAÇÃO DO PROCESSO, PARA FICAR ASSEGURADA A PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

III - PRECEDENTES DA JURISPRUDÊNCIA.

IV - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (REsp 73887/AM, Rel. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07.03.1996, DJ 20.05.1996 p. 16675).

MANDADO DE SEGURANÇA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEI Nº 1.533, DE 31.12.51, ART. 10. APLICAÇÃO. "Em Mandado de Segurança, não basta a intimação do Ministério Público; é necessário seu efetivo pronunciamento." (EREsp 9.271/Pádua - Corte Especial) (RMS 10444/PB, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20.04.1999, DJ 24.05.1999 p. 97)

Mas, de uma maneira ou de outra, não há dúvidas de que, sob a vigência da ordem constitucional de 1988, o Órgão Ministerial se manifestará na qualidade de *custos legis*, “na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127, da Constituição).

Além disso, o art. 129, IX, da Carta Política, impede que ele atue na representação judicial e na consultoria jurídica de entidades públicas, e, portanto, na defesa dos interesses jurídicos da autoridade coatora ou da pessoa jurídica de direito público, que deve ser atualmente exercida pela Advocacia Geral da União e pelas Procuradorias Municipal e Estadual, em seus respectivos níveis de atuação, a teor do que dispõem os arts. 131 e 132, da mesma Constituição Federal.

A manifestação do *Parquet* deverá ser imparcial, fiscalizando o cumprimento da lei. É o que diz a doutrina, neste ponto aparentemente pacífica:

... a vista dos autos ao Ministério Público – inequivocamente determinada pelo art. 10 em análise – seja para outro fim senão o de colher a manifestação imparcial daquele órgão que deverá se manifestar sobre o cabimento e a procedência do mandado de segurança como *fiscal da lei*. A atuação do Ministério Público no mandado de segurança, portanto, faz-se para os fins do art. 82, III, parte final, do Código de Processo Civil, e, superiormente, para dar aplicação plena a suas funções institucionais, consagradas no art. 127 da Constituição Federal (BUENO, 2002, p. 93).

Hoje, porém, sua intervenção [do *Parquet*] justifica-se pela tutela do interesse público, da proteção dos direitos individuais e da reta aplicação da lei, bem como pela possibilidade de eventual abuso de poder por parte da autoridade. O Ministério Público, portanto, opina com liberdade, não se vinculando previamente nem ao impetrante nem à autoridade. Sua função, portanto, é puramente de fiscal da lei (GRECO FILHO, 2003a, p. 311).

Embora seja este o atual contexto da intervenção ministerial, não podemos olvidar que a Lei n.º 1.533 é de 31 de dezembro de 1951, e, portanto, anterior à Constituição vigente.

E, mais do que isso, na ordem jurídica anterior, ao Ministério Público cabia não só a função de fiscal da lei, mas também a de procurador judicial da União.

Neste sentido, a então vigente *Constituição dos Estados Unidos do Brasil* (1946) dispunha, em seus arts. 125 e 126:

Art 125. A lei organizará o Ministério Público da União, junto a Justiça Comum, a Militar, a Eleitoral e a do Trabalho.

Art 126. (...).

Parágrafo Único. **A União será representada em Juízo pelos Procuradores da República, podendo a lei cometer esse encargo, nas Comarcas do interior, ao Ministério Público local.** (grifou-se)

Idêntico preceito legal se repetiu na *Constituição da República Federativa do Brasil* de 1967, a saber:

Art 137. A lei organizará o Ministério Público da União junto aos Juizes e Tribunais Federais.

Art 138. (...).

§ 2º. **A União será representada em Juízo pelos Procuradores da República, podendo a lei cometer esse encargo, nas Comarcas do interior, ao Ministério Público local.** (grifo adunado).

Desta forma, quando a Lei n.º 1.533/51 foi elaborada e começou a vigor, a previsão de manifestação do Ministério Público contida no art. 10 tinha em mira a intervenção de um Órgão cuja atribuição institucional era a de defesa dos interesses jurídicos da pessoa de direito público, e não somente de fiscalizar o cumprimento da lei, como ora acontece.

Não podemos esquecer também que, anteriormente à Lei n.º 1.533/51, o Mandado de Segurança encontrava-se regulado pelos arts. 319 a 331, do Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-Lei n.º 1.608, de 18/09/1939)³. E é bom que se esclareça: havia a expressa previsão de notificação da

³ A primeira vez que o mandado de segurança figurou no ordenamento jurídico, como instituto autônomo em relação ao *habeas corpus*, foi na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934, cujo art. 113 dispunha no seu n.º 33:

Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

33) Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*,

autoridade coatora, para que ela prestasse informações, e de citação do representante judicial da pessoa jurídica, para que fosse apresentada contestação. Era o que diziam os arts. 322 e 324, do Código de Processo anterior:

Art. 322. Despachando a petição inicial, o juiz mandará:

I - **notificar o coator**, mediante ofício entregue por oficial de justiça e acompanhado da 3ª via da petição inicial, instruída com as cópias dos documentos, **afim de prestar informações no prazo de dez (10) dias**;

II - **citar o representante judicial, ou, à falta, o representante legal da pessoa jurídica de direito público interessada na ação.**

§ 1º Quando a pessoa do coator se confundir com a do representante judicial, ou legal da pessoa jurídica de direito público interessada na causa, a notificação, feita na forma do n. I deste artigo, produzirá também os efeitos da citação.

§ 2º **O prazo para a contestação será de dez (10) dias.**

(...)

Art. 324. **Findo o prazo para as informações e para a contestação**, os autos serão conclusos ao juiz, que decidirá em cinco (5) dias. (grifos acrescentados).

Se voltarmos ainda mais na história, verificaremos que a primeira lei que regulamentou o mandado de segurança quanto ao procedimento foi a de n.º 191, de 16 de janeiro de 1936, cujo art. 8º dispunha:

Art. 8º A inicial será desde logo indeferida quando não for caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos desta lei.

§ 1º Conhecendo do pedido, o juiz imediatamente:

a) **mandará citar o coactor**, por oficial do juízo, ou por precatória, afim de lhe ser entregue a segunda via da petição inicial, com a respectiva cópia dos documentos;

devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petições competentes.

Antes disso, utilizava-se o *habeas corpus*, cuja abrangência, até a emenda realizada em 1926 à Constituição de 1891, era bem mais ampla do que a atual, não se limitando somente à liberdade de locomoção, como ora ocorre:

Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 22 - Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder.

Daí falar-se que, no nosso sistema, o *mandamus* decorreu da teoria brasileira do *habeas corpus*, à qual fazem remissão muitos dos autores que entendem que a legitimidade passiva é da autoridade coatora.

b) **encaminhará**, por officio, em mão do official do juízo pelo correio, sob registro, **ao representante judicial, ou, na falta, ao representante legal de pessoa jurídica de direito publico interno, interessada no caso, a terceira via da petição inicial com a respectiva cópia dos documentos.**

(...)

§ 3º Na contrafé de citação, a que se refere a letra “a” do § 1º, assim como no officio de que trata a letra “b” do mesmo paragrapho, será fixado o prazo de dez dias úteis, que correrá em cartório, depois de juntar-se aos autos a contra e o recibo do officio, **para apresentação da defesa e das informações reclamadas.**

Evidente, portanto, que o legislador sempre previu duas espécies distintas de manifestação do Poder Público no *mandamus*.

Os dispositivos do revogado Código de Processo Civil e da Lei n.º 191/36 cuidavam expressamente das informações, prestadas pela autoridade, e da contestação, apresentada pelo representante judicial da pessoa jurídica de direito público.

Embora os comandos da Lei n.º 1.533/51 não versem expressamente sobre a apresentação de contestação, podemos concluir que a atuação Ministerial ocorria exatamente neste sentido quando o diploma começou a vigor, assim perdurando até 1988, quando sobreveio a atual ordem constitucional.

Assim explica Greco Filho (2003a, 311):

Historicamente, sua intervenção [do Ministério Público] no mandado de segurança deveu-se ao fato de acumular ele as funções de representante judicial da pessoa jurídica de direito público e de tutor do interesse público, daí falar depois da autoridade para assumir e complementar a defesa do Estado, que, afinal, iria sofrer as conseqüências do ato, no caso de concessão da medida.

Celso Agrícola Barbi (*apud* BUENO, 2002, p. 93) também leciona:

Com isso, ficou expressa a similitude de funções do Procurador-Geral da República e dos outros representantes judiciais da União, dos Estados e Municípios, isto é, a eles ficaram cometidas as providências para defesa da pessoa de direito público. Cabia então concluir que a vista ao Ministério Público, referida no art. 10 da Lei n.º 1.533, deveria ser entendida como se tratando do representante judicial da pessoa de direito público interessada, e não a um órgão encarregado apenas de opinar imparcialmente, como eram os Ministérios Públicos dos Estados.

Isso porque as informações prestadas pela autoridade coatora não têm natureza de contestação, mas visam defender o ato apontado como ilegal ou abusivo. Tanto é assim que são firmadas pela própria autoridade, não precisando ser assinada por advogado.

As informações não têm as mesmas características da contestação do processo comum. Quem informa é a própria autoridade apontada como coatora, e sua falta não gera a confissão. (...) A falta de informação poderá facilitar a concessão da ordem e, também, acarretar responsabilidade funcional ao servidor omissor, mas sem revelia nem desobediência em face do Judiciário (GRECO FILHO, 2003a, 311).

As informações poderão ser assinadas por advogado, desde que subscritas, também, pela autoridade coatora, que, em verdade, está demonstrando o porquê da prática do ato ou da omissão contrastados judicialmente.

O que é importante destacar é que as informações, embora possam, evidentemente, assumir as vezes de verdadeira contestação nos modelos dos arts. 300 a 302 do Código de Processo Civil e conter, conseqüentemente, todas as matérias lá previstas (...), caracterizam-se, muito mais, como autêntica peça de sustentação do ato guerreado no mandado de segurança. Não é despropositado acentuar que as informações acabam assumindo natureza de ou fazendo as vezes de genuína *motivação* de prática do ato perante o magistrado. Daí a necessidade de ela ser subscrita pela autoridade coatora, sem prejuízo de, também, ser subscrita por advogado. (BUENO, 2002, pp. 62-63).

Razão assiste tanto a Bueno como a Greco Filho, vez que o ato praticado pela autoridade pública traz consigo a presunção da legalidade, como já expusemos anteriormente (item 2, supra). Enquanto a liberdade no direito privado permite a prática de quaisquer atos que não estejam expressamente vedados pela legislação, a Administração Pública, ou quem lhe faça as vezes, deverá proceder em estrita obediência à lei. Isto é: no direito público, só é permitido aquilo que for expressamente disciplinado pelo legislador, e da maneira regulada.

Ao prestar as informações, a autoridade nada mais estará fazendo do que demonstrando para o Judiciário o *porquê* daquele ato. A rigor, ela não tem interesse jurídico direto na sua manutenção ou modificação, já que será a pessoa jurídica de direito público que sofrerá as conseqüências da ordem judicial.

Portanto, vê-se que tanto o legislador de 1936, como os de 1939 e de 1951, estabeleceram um esquema lógico-procedimental em que a autoridade prestaria as informações sobre o ato, reservando ao representante judicial a oportunidade de apresentar a defesa da pessoa jurídica de direito público.

Com o advento da Constituição de 1988 surgiu a lacuna. O *Parquet* perdeu sua função institucional de defesa dos interesses da pessoa jurídica, passando a atuar estritamente como *custos legis*, e não houve, de outro lado, qualquer modificação no procedimento do *writ*. Desta maneira, a autoridade continuou a prestar as informações, sem que, no entanto, houvesse a previsão legal de apresentação de defesa judicial da pessoa jurídica a quem ela estivesse vinculada, que suportará os efeitos da decisão judicial.

Acentuou-se, então, o já acirrado debate acerca da legitimidade passiva no mandado de segurança e da natureza do ato processual praticado pela autoridade coatora. Seria ela a ré do *writ*, apresentando defesa sob a imprópria denominação de *informações*? Ou restringir-se-ia a apresentar a *motivação* do ato atacado, cabendo a defesa ao representante judicial da pessoa jurídica, que ocuparia o pólo passivo da relação processual?

6. A nova redação do art. 3º, da Lei n.º 4.348/1964 e a definição da legitimidade passiva no Mandado de Segurança.

Em 03 de julho de 1964, a Lei n.º 4.348 foi publicada no Diário Oficial da União, passando a regular o mandado de segurança de maneira complementar aos ditames da Lei n.º 1.533/51.

Segundo Cassio Scarpinella Bueno, o mencionado diploma legal foi criado com o intuito de “o Estado-poder” procurar “se organizar internamente diante de liminares proferidas em seu desfavor” (BUENO, 2002, p. 175):

Toda a Lei 4.348/64 é marcada de maneira exagerada pelo “fantasma” da liminar em mandado de segurança (...). Toda ela é pensada e sistematizada considerando a concessão de uma liminar. Daí negar eficácia liminar pelos motivos do art. 1º, *b*, e do art.2º, prever casos de sua suspensão (art.4º); negar a possibilidade de sua concessão (art. 5º) e negar até eficácia imediata à sentença que julga o mandado de segurança nos casos de seu art. 7º. Nesse contexto, o art. 3º também é marcado pelo receio da liminar em mandado de segurança. Tanto que o dispositivo parecer querer regular somente casos em que eventual liminar é concedida. Embora muito comum, nem sempre mandado de segurança e liminar convivem. Mesmo sem liminar, portanto, impõe-se a aplicação das regras contidas no dispositivo em foco (BUENO, 2002, pp. 174-175).

Tanto é assim que todos os dispositivos originários do mencionado Diploma, exceto o art. 7º, versavam sobre a concessão de liminar.

Não podemos olvidar, contudo, que, num contexto histórico-político, a Lei foi criada em atendimento aos interesses do regime totalitário que se implantara no País com o golpe de 1º de abril de 1964⁴. Sendo o *writ* uma garantia dos direitos individuais contra os abusos e ilegalidades perpetrados pelo próprio Estado, o diploma buscava limitar a eficácia da segurança, fosse ela provisória ou definitiva, além de responsabilizar os servidores, da Administração Pública ou do Judiciário, e magistrados que não a observassem, como estatui o seu art. 8º:

⁴ Há que se notar que a Constituição de 1937, também totalitária, não previa o mandado de segurança.

Art. 8º Aos magistrados, funcionários da administração pública e aos serventuários da Justiça que descumprirem os prazos mencionados nesta lei, aplicam-se e do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (Lei nº 1.711, de 28/10/1952)

Neste sentido, a redação originária do art 3º determinava que, *concedida medida liminar, a autoridade coatora* deveria remeter, em 48 horas, cópia autenticada do mandado notificatório, assim como indicações e elementos outros necessários às providências a serem tomadas *para a eventual suspensão da medida e defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo de poder*, ao Ministério ou ao órgão a que se achasse subordinada e ao Procurador-Geral da República ou a quem competisse a representação judicial da União, do Estado, do Município ou entidade à qual ela estivesse ligada:

Art. 3º As autoridades administrativas, no prazo de (48) quarenta e oito horas da notificação da medida liminar, remeterão ao Ministério ou ao órgão a que se acham subordinadas e ao Procurador-Geral da República ou a quem tiver a representação judicial da União, do Estado, do Município ou entidade apontada como coatora, cópia autenticada do mandado notificatório, assim como indicações e elementos outros assim como indicações e elementos outros necessários às providências a serem tomadas para a eventual suspensão da medida e defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo de poder.

O dispositivo se encaixava perfeitamente ao contexto dogmático vigente à época. Regularmente, as informações sobre o ato atacado seriam apresentadas pela autoridade coatora, ao passo que ao Ministério Público competia manifestar-se em defesa da pessoa jurídica, e não só como *custos legis*. Além disso, em caso de concessão de liminar, caberia à autoridade, uma vez notificada, encaminhar cópia da notificação para aquele a quem coubesse a representação judicial da mencionada pessoa jurídica.

Embora o texto impusesse à autoridade a remessa administrativa da cópia da notificação somente quando fosse concedida medida liminar, autorizados juristas já se reuniam na idéia de que, sendo a pessoa jurídica o sujeito passivo do *Writ*, o dever funcional da autoridade aplicava-se sempre que ela fosse notificada pelo Judiciário acerca do ajuizamento do Mandado de Segurança, fosse concedida, ou não, a liminar. E assim deveria ocorrer porque o próprio art. 3º dispunha que tal remessa visada a adoção das medidas judiciais cabíveis para a suspensão da medida *e para a defesa do ato* impugnado judicialmente.

Esta tese tornou-se ainda mais robusta com a vigência da ordem constitucional de 1988. Retirada a representação judicial da pessoa jurídica do rol de funções institucionais do Ministério Público, não haveria mais a previsão legal de defesa do ente público, senão através da interpretação do art. 3º, da Lei n.º 4.348/64.

Dizia a doutrina:

Não se deve deixar levar pela circunstância de o dispositivo em comento só se referir à atividade administrativa interna da autoridade a partir da “notificação da liminar”. A autoridade coatora só será notificada para dar cumprimento à liminar nos casos em que ela for concedida (Lei n. 1.533/51, art. 7º, II). Com ou sem liminar, entretanto, a autoridade coatora será notificada para prestar informações no prazo de dez dias (Lei n. 1.533/51, art. 7º, I). Em um ou em outro caso, portanto, deverão as “autoridades competentes” encaminhar cópia do ofício (quer da liminar, quer da segunda via da impetração) para quem de direito, de acordo com a organização administrativa. Seja para preparar eventual pedido de suspensão da liminar (Lei n. 4.348/64, art. 4º), seja para “defender” o ato, isto é, secundar ou elaborar as próprias informações.

(...) Tanto o art. 3º da Lei n. 4.348/64 não cuida só da liminar, embora se preocupe muito com os casos em que ela é concedida, buscando criar condições de agilidade de comunicação interna, que ele reconhece, expressamente, que o encaminhamento administrativo da notificação recebida pela autoridade se dá não só para fins de ser providenciada eventual suspensão da liminar, mas, também, para a “defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo do poder”. Essa defesa só pode ser entendida como as informações que, no sistema da Lei n. 1.533/51, podem fazer as vezes *também* de verdadeira contestação (BUENO, 2002, pp. 174-175).

Embora discordemos de que a “defesa só pode ser entendida como as informações” prestadas pela autoridade (e aí voltaríamos ao debate da natureza jurídica destas *informações* – que não é a nossa preocupação neste trabalho), resta demonstrado o entendimento de que, mesmo sem a concessão da liminar, deveria a autoridade notificar administrativamente o representante judicial da pessoa jurídica, para que fosse providenciada a defesa técnico-jurídica do ato.

Ocorre que, em 15 de julho de 2004, a Lei n.º 10.910 alterou o mencionado art. 3º, mudando completamente o horizonte inicial.

Eis a nova redação:

Art. 3º. Os representantes judiciais da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios ou de suas respectivas autarquias e fundações serão intimados pessoalmente **pelo juiz**, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, **das decisões judiciais** em que suas autoridades administrativas figurem como coatoras, com a entrega de cópias dos documentos nelas mencionados, para eventual suspensão da decisão **e defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo de poder**. (grifou-se).

Primeiramente, porque o texto anterior determinava que a autoridade teria o dever de remeter a cópia do mandado notificatório à pessoa jurídica e ao seu representante judicial ordinário, ao passo que, após a reformulação, a imposição se dirige ao juiz.

Até 2004, a omissão da autoridade quanto à mencionada remessa não provocaria qualquer nulidade processual, mas somente a aplicação de sanção administrativa, civil e/ou criminal contra o ocupante do cargo, por não cumprir um seu dever funcional. Cuidava-se de ato administrativo, cujo descumprimento representava ofensa ao interesse da pessoa jurídica à que estava ligada a autoridade.

Com a superveniência da Lei n.º 10.910/2004, o dever passou a ser do magistrado. Tornou-se ato inerente ao processo. Tendo os atos do juiz natureza de poder-dever, a falta de intimação do representante judicial da pessoa jurídica eiva o processo de nulidade absoluta, por ofensa ao interesse público, e não só ao interesse da pessoa jurídica em nome de quem a autoridade pratica o ato guerreado.

O juiz não tem ônus. Tem o poder-dever de agir nos termos da lei, conduzindo o processo a seu final, respeitando a igualdade das partes e aplicando corretamente a lei material ao caso concreto (GRECO FILHO, 2003, p. 13).

Não resta outra interpretação, senão a de que voltou a ser obrigatória a intimação, no próprio processo, daquele que vai sofrer os efeitos da decisão judicial, seja ela liminar ou sentença.

Mas há que se indagar: a obrigatoriedade da intimação se refere à simples existência do *mandamus*, a qualquer decisão judicial ou somente à concessão liminar da segurança?

Como já expusemos acima, o debate já existia quando da vigência da antiga redação do comando legal.

Afastamos, de logo, a última interpretação. Dada a literalidade do dispositivo, que fala em “decisões judiciais”, não podemos entender que se refira somente à liminar.

Se o entendimento que passou a prevalecer após a promulgação da Constituição de 1988 era de que, mesmo sem a concessão da liminar, o representante judicial da pessoa jurídica deveria ser notificado (àquela época, pela autoridade apontada como coatora, através da remessa administrativa; agora, pelo próprio magistrado), para que fosse providenciada a defesa técnico-jurídica do ato, ele está reforçado com a nova dicção legal, vez que o dispositivo não fala somente em *concessão da medida liminar*, mas em *decisões judiciais*, locução cujo significado é bem mais amplo do que o anterior.

Além disso, o legislador manteve a finalidade da intimação, doravante realizada pelo magistrado: eventual suspensão da decisão e *defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo de poder*.

Caminha o legislador, portanto, no sentido de prover à pessoa jurídica a oportunidade de defender-se no *mandamus* ajuizado em face de ato, ou omissão, considerado ilegal e/ou abusivo praticado por autoridade que componha os seus quadros, a ponto de tornar processualmente obrigatória a sua intimação para que apresente defesa.

Todos estas circunstâncias, aliadas ao contexto histórico da legislação e aos fundamentos expostos no item 3, supra, demonstram que o sujeito passivo no mandado de segurança é a pessoa jurídica, que suportará os efeitos da sentença, e não a autoridade.

7. Conclusão.

Como se expôs, a legitimidade passiva no mandado de segurança é tema realmente controvertido. A dificuldade que lhe é inerente decorre da necessidade de conciliar a sua função constitucional com a teoria geral do processo, dadas as especificidades tanto num prisma como no outro.

Além disso, é tema que está diretamente vinculado à perquirição da natureza jurídica das informações prestadas pela autoridade, e que apresenta repercussões práticas, a exemplo das conseqüências advindas da indicação errônea do agente coator no *mandamus*.

De um lado, há corrente doutrinária e jurisprudencial para a qual o sujeito passivo é a autoridade pública que praticou o ato ou omitiu-se de maneira ilegal ou abusiva (ou do particular que lhe faça as vezes, por delegação), ofendendo direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou por *habeas data*, tendo em vista que a finalidade do *writ* não é outra senão a de coibir os abusos ou a ilicitude perpetrada pelo Estado contra o cidadão.

Neste passo, a indicação equivocada do agente coator implicaria ilegitimidade passiva, provocando a extinção do processo sem exame do mérito, a teor do art. 267, VI, do CPC.

De outro lado, existe forte entendimento doutrinário e jurisprudencial que atribui a legitimidade passiva à pessoa jurídica de direito público, com espeque nos fundamentos de que *(i)* o ato

acoimado de ilegal é da entidade pública, e não da autoridade; (ii) os efeitos do ato repercutem a relação jurídico-material existente entre o impetrante e a pessoa jurídica de direito público; (iii) a pessoa jurídica de direito público é quem tem capacidade de ser parte no nosso direito processual civil; e (iv) a condenação no processo judicial é contra a entidade de direito público.

Dos mencionados entendimentos decorrem outros dois: o de que a autoridade coatora teria apenas legitimidade formal, sendo representante da pessoa jurídica em caráter excepcional e o de que haveria um litisconsórcio necessário entre o agente coator e a pessoa aos quadros de quem ele está vinculado.

Para o estudo do tema, parece-nos fundamental uma análise histórica das funções institucionais do Ministério Público e a análise de sua intervenção no *writ*, aliada a um estudo retrospectivo do procedimento mandamental em si mesmo.

De um lado, ficou demonstrado que, tanto a Lei n.º 191/1936, como o Código de Processo Civil de 1939, sempre previram a citação da autoridade coatora, para que apresentasse informações, e a citação da pessoa jurídica de direito público, através de seu representante judicial ou legal, para que providenciasse a sua defesa.

Até que, em 1951, a Lei n.º 1.533/51 deixou de prever a citação da pessoa jurídica, referindo-se somente à notificação da autoridade coatora, com a posterior intervenção do Ministério Público.

Ocorre que àquela época e até a promulgação da Constituição de 1988, ao *Parquet* cabia não só a atuação como *custos legis*, mas também lhe tocava a função de representante judicial da Administração Pública.

Portanto, parece-nos que, historicamente, o legislador sempre previu um esquema lógico-procedimental em que a autoridade prestava informações e o representante judicial da pessoa jurídica apresentava a sua defesa.

O debate se acirrou com a entrada em vigor da atual ordem constitucional, que, vedando ao Ministério Público a representação judicial da Administração Pública, criou uma lacuna no procedimento.

Esta vaga vinha sendo corrigida através da interpretação dada pela doutrina ao art. 3º, da Lei n.º 4.348/64, que determinava que, uma vez concedida liminar no *mandamus*, a autoridade coatora deveria remeter, administrativamente, ao representante judicial da pessoa jurídica de direito público, a cópia da notificação recebida do Judiciário, para que fosse providenciada a suspensão da segurança, bem como a defesa do ato impugnado.

Existiam também entendimentos no sentido de que, independentemente da concessão da liminar, a autoridade deveria proceder a comunicação administrativa.

Ainda assim travavam-se debates acerca do tema.

Ocorre que a redação do mencionado dispositivo foi alterada pela Lei n.º 10.910/2004, que, agora, determina ao juiz que intime os representantes judiciais da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios ou de suas respectivas autarquias e fundações, acerca das decisões judiciais em que suas autoridades administrativas figurem como coatoras, para a eventual suspensão da decisão, bem como para a defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo de poder.

A referida comunicação, portanto, deixou de ser um ato administrativo, de atribuição da autoridade coatora e que nenhum prejuízo provocava ao procedimento mandamental, passando a integrá-lo e a ser de atribuição do magistrado.

Após a mudança, o desrespeito ao mencionado dispositivo provoca nulidade absoluta no mandado de segurança, tendo em vista que os atos do juiz têm natureza de poder-dever no sistema processual civil brasileiro.

Desta forma, a intimação da pessoa jurídica de direito público voltou a ser obrigatória, reforçando a tese de que é ela realmente quem ocupa o pólo passivo da relação processual, e não a autoridade apontada como coatora.

8. Bibliografia.

AURÉLIO, Júlio e LOPES, Vianna. *Democracia e Cidadania: o novo Ministério Público Brasileiro*. Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2000.

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

BUENO, Cassio Scarpinella. *Mandado de Segurança – comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66 e outros estudos sobre Mandado de Segurança*. São Paulo, Saraiva, 2002.

BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança*. São Paulo, Saraiva, 1989.

CALMON FILHO, Petrônio (org.). *Reformas legislativas – Constituição Federal; Código de Processo Civil; Código de Processo Penal*. In: Cadernos IBDP – Série Propostas Legislativas. Vol. 02. São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito Processual, Agosto de 2001.

CASTILHO, Ela Wiecko de. *O Ministério Público Federal e a Administração da Justiça no Brasil*. São Paulo, IDESP, 1998.

DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. *Mandado de segurança contra ato judicial nos Juizados Especiais Cíveis: competência*. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 64, abr. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4000>>. Acesso em: 17 jul. 2005.

_____. Pressupostos processuais e condições da ação – o juízo de admissibilidade do processo. Tese de doutoramento. São Paulo, Saraiva, 2005, no prelo.

FACCI, Lúcio Picanço. *Evolução Histórica do Mandado de Segurança*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/documentos/artigos/texto334.doc>>. Acesso em 17/07/2005.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 2. vol. 16. ed. São Paulo, Saraiva, 2003.

_____. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 3. vol. 16. ed. São Paulo, Saraiva, 2003a.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Funções institucionais do Ministério Público*. Série Cadernos Informativos APMP. São Paulo, APMP, 1991.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22. ed. São Paulo, Malheiros, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo, Malheiros, 1998.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo, Atlas, 2000.

NUNES, Castro. *Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público*. 7. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1967.

_____. *Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público*. 8. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1980.

Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA – Estudos em Homenagem ao Professor João Sento Sé. Ano IV. Vol. VI. Salvador, UFBA, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13 ed. São Paulo, Malheiros, 1997.

SODRÉ, Eduardo Lima. *Breves considerações acerca da legitimidade passiva na ação mandamental*. In: *Revista Jurídica dos Formando em Direito da UFBA – Estudos em Homenagem ao Professor João Sento Sé*. Ano IV. Vol. VI. Salvador, UFBA, 1999. pp. 385-396.

_____. *Mandado de Segurança – plano de aula*. Inédito.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 3. vol. 34. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2005.

TOURINHO, Arx da Costa. *O sujeito passivo no mandado de segurança e a quadratura processualística*. In: *Revista Jurídica dos Formando em Direito da UFBA – Estudos em Homenagem ao Professor João Sento Sé*. Ano IV. Vol. VI. Salvador, UFBA, 1999. pp. 47-60.

WALD, Arnoldo. *Do mandado de segurança na prática judiciária*. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1968.