

Universidade Federal de Juiz de Fora
Graduação em Direito

André Vinícius Carvalho Meira

**REFLEXÕES SOBRE AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICO-PROCESSUAIS DA
ERRÔNEA INDICAÇÃO DA AUTORIDADE COATORA NO MANDADO DE
SEGURANÇA À LUZ DO PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFETIVIDADE
CONSTITUCIONAL**

Juiz de Fora
2013

ANDRÉ VINÍCIUS CARVALHO MEIRA

**REFLEXÕES SOBRE AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICO-PROCESSUAIS DA
ERRÔNEA INDICAÇÃO DA AUTORIDADE COATORA NO MANDADO DE
SEGURANÇA À LUZ DO PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFETIVIDADE
CONSTITUCIONAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, área de concentração: mandado de segurança, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Dr.^ª Aline Araújo Passos

Juiz de Fora

2013

ANDRÉ VINÍCIUS CARVALHO MEIRA

**REFLEXÕES SOBRE AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICO-PROCESSUAIS DA
ERRÔNEA INDICAÇÃO DA AUTORIDADE COATORA NO MANDADO DE
SEGURANÇA À LUZ DO PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFETIVIDADE
CONSTITUCIONAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, área de concentração: mandado de segurança, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovado em

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Dr.^a Aline Araújo Passos – Orientadora

Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Márcio Carvalho Faria

Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof^ª. Flávia Lovisi Procópio de Souza

Universidade Federal de Juiz de Fora

RESUMO

Este trabalho de conclusão de curso objetiva analisar a correção jurídica de determinado entendimento ainda influente no Superior Tribunal de Justiça, o qual, em face da errônea indicação da autoridade coatora no mandado de segurança, postula a extinção do processo sem resolução de mérito por ilegitimidade passiva *ad causam*, ainda que não haja modificação da pessoa jurídica a que ela pertence. Para tanto, investiga-se quem ocuparia realmente o polo passivo da ação mandamental, partindo-se da hipótese de que ré seria a pessoa jurídica a que pertence a autoridade coatora e não esta própria. Argumenta-se que o agente coator não possuiria *ius postulandi* para praticar pessoalmente atos processuais de defesa na condição de parte processual, sendo ainda destituído de legitimidade ordinária para ocupar validamente essa posição no processo. Com base nessa hipótese, procura-se ainda analisar soluções alternativas à extinção da relação processual, capazes de assegurar a efetividade do mandado de segurança irregularmente impetrado. Nesse sentido, são consideradas a possibilidade de emenda à petição inicial, correção *ex officio* pelo juiz e declínio de competência nos casos em que a alteração da autoridade coatora implicar modificação do juiz natural da causa.

Palavras-chave: Efetividade. Legitimidade passiva. Autoridade coatora. Alternativas à extinção do mandado de segurança.

ABSTRACT

This conclusion of course work aims to analyze the accuracy of a particular legal understanding still influential in the Superior Court of Justice, which, in the face of erroneous indication of enforcement authority in the writ of mandamus, postulates the dismissal without merit resolution by illegitimacy passive ad cause, although there is no change in the legal entity to which it belongs. To that purpose, we investigate who actually occupy the defendant's position in the writ, starting from the assumption that it would be the legal entity to which the enforcement authority belongs and not authority itself. It is argued that the agent would not possess *ius postulandi* to personally practice defensive procedural acts in the defendant's position of the writ and yet would be devoid of ordinary legitimacy for validly occupy that position in the lawsuit. Based on this hypothesis, we seek to further analyze alternatives to the termination of the procedural relationship, to ensure the effectiveness of the injunction improperly filed. In this sense, it is considered the possibility of amendment to the initial complaint, correction *ex officio* by the judge and declination in cases in which the change of the enforcement authority leads to modification of the natural judge.

Keywords: Effectiveness. Passive legitimacy. Enforcement authority. Alternatives to the termination of the writ of mandamus.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	07
2 O POLO PASSIVO NA RELAÇÃO PROCESSUAL MANDAMENTAL	13
2.1 AS ORIGENS DE UM EQUÍVOCO	13
2.2 A CAPACIDADE PROCESSUAL	15
2.3 A LEGITIMIDADE PASSIVA ORDINÁRIA	18
2.4 RETROSPECTIVA HISTÓRICO-LEGISLATIVA	20
2.5 TEORIAS SOBRE A POSIÇÃO DA AUTORIDADE COATORA NO MANDADO DE SEGURANÇA	22
2.5.1 TEORIA DA LEGITIMIDADE PASSIVA ORDINÁRIA	22
2.5.2 TEORIA DA LEGITIMIDADE PASSIVA EXTRAORDINÁRIA	23
2.5.3 TEORIA DA AUTORIDADE COATORA COMO REPRESENTANTE JUDICIAL DA PESSOA JURÍDICA	25
2.5.4 TEORIA DA AUTORIDADE COATORA COMO MERA INFORMANTE	26
2.6 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	27
2.7 AS INOVAÇÕES DA LEI 12.016/2009	28
3 ALTERNATIVAS À EXTINÇÃO DO PROCESSO: EMENDA À INICIAL, CORREÇÃO JUDICIAL <i>EX OFFICIO</i> E DECLÍNIO DE COMPETÊNCIA	31
4 CONCLUSÃO	40
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	43

1. Introdução

A presente monografia ambiciona expor os resultados de um trabalho de investigação científica que teve por objeto a análise de determinada jurisprudência ainda influente dentro do Superior Tribunal de Justiça referente ao mandado de segurança. Mais precisamente, referente às consequências processuais decorrentes da errônea indicação da autoridade coatora na petição inicial da ação mandamental, nos casos em que tal erro não ocasiona alteração da pessoa jurídica interessada no feito.

Embora o tribunal já tenha se pronunciado em diferentes sentidos sobre essa questão, este trabalho procurou se focar no exame de um entendimento particularmente problemático de nossa corte superior, o qual sustenta, nesses casos, a extinção do processo sem resolução de mérito por ilegitimidade passiva *ad causam* da autoridade coatora.

A título de ilustração, transcreve-se abaixo ementa de recente julgado do STJ sobre o tema¹:

EMENTA: PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - ERRO NA INDICAÇÃO DA AUTORIDADE COATORA - RETIFICAÇÃO POSTERIOR - IMPOSSIBILIDADE - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. 1. O erro na indicação da autoridade coatora implica na extinção do mandado de segurança sem exame do mérito por ilegitimidade passiva ad causam. 2. Inaplicável a Teoria da Encampação quando a retificação da autoridade coatora importa em alteração quanto ao órgão julgador do mandado de segurança. 3. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido. (ROMS – 31915/MT, STJ, Rel. Eliana Calmon, Segunda Turma, Data da Decisão 10/08/2010)

Como se pode perceber pelo julgado acima transcrito, bem como pela análise daqueles indicados na nota de rodapé nº 1, o STJ, em significativo número de casos, tem entendido ser a autoridade coatora o polo passivo na ação mandamental. Com isso, sua errônea indicação pelo impetrante tem levado o tribunal a decidir pela extinção do processo

¹No mesmo sentido, os seguintes julgados desse tribunal: Resp. 1.190.165/DF, Relator Min. Herman Benjamin, julgamento em 15/06/2010, publicado no DJ de 01/07/2010; Resp. 804.249/MT, Relatora Min. Eliana Calmon, julgado em 19/05/2009, publicado em 01/07/2009; RMS 19.151/SP, Relator Min. João Otávio de Noronha, julgado em 06/09/2005, publicado em 10/10/2005; RMS 27.666/RJ, Relator Min. Og Fernandes, decidido em 06/08/2009, publicado em 07/12/2009; MS 11.283/DF, Relator Min. Haroldo Rodrigues, decidido em 14/10/2009, publicado em 13/11/2009; AgRg em Resp. 1.162.688/MG, Relator Min. Mauro Campbell Marques, decidido em 22/06/2010, publicado em 06/08/2010; Resp. 809.750/RS, Relator Min. Mauro Campbell Marques, decidido em 19/10/2010, publicado em 28/10/2010; RMS 31.647/PR, Relatora Min. Eliana Calmon, decidido em 05/08/2010, publicado em 17/08/2010; RMS 30.848/MT, relator Min. Castro Meira, decidido em 01/06/2010, publicado em 11/06/2010; AgRg no Resp. 1.078.477/SC, Relator Min. Benedito Gonçalves, decidido em 02/03/2010, publicado em 11/03/2010; AgRg no Agravo de Instrumento 769.282/SC, decidido em 19/09/2006, publicado em 25/10/2006, EDcl no Agravo em Resp 33.387/PR, Relator Min. Humberto Martins, decidido em 07/02/2012, publicado em 13/02/2012.

sem resolução de mérito com base no art. 267, VI, do CPC, sob o fundamento de que inexistiria, nessas hipóteses, uma das condições da ação, qual seja, a legitimidade das partes; mais precisamente, a legitimidade da parte ré. Ocorreria, assim, segundo esse raciocínio, o fenômeno processual conhecido como “carência de ação”, o que justificaria a decisão de extinção da relação processual.

Esse entendimento se revela especialmente problemático, quando se leva em consideração a complexidade da máquina estatal, muitas vezes indecifrável para o administrado, o qual normalmente não possui o conhecimento técnico necessário para identificar corretamente a autoridade efetivamente responsável pela prática do ato que busca impugnar. Além disso, como o prazo decadencial para o ajuizamento do mandado de segurança é de apenas 120 dias, a extinção do feito pode significar, na prática, a impossibilidade de o impetrante se valer novamente desse célere mecanismo para a proteção de seu direito, sendo forçado a recorrer às morosas vias ordinárias.

É preciso ressaltar, no entanto, a existência de vozes divergentes dentro do próprio Superior Tribunal de Justiça, notadamente na 1ª Turma do tribunal em julgados de relatoria do ministro Luiz Fux. Nesses casos, pode-se constatar entendimento no sentido de que o sujeito passivo no mandado de segurança seria a pessoa jurídica a que se vincula a autoridade coatora. Com base nesse pressuposto, alguns julgados² do STJ têm reconhecido a possibilidade de emenda da inicial e até mesmo pequenas correções *ex officio* pelo juiz, desde que o erro não tenha sido grosseiro e não haja alterado a pessoa jurídica interessada no feito. Ressalte-se ainda que o STF, em seus julgados mais recentes, vem entendendo que a pessoa jurídica de direito público a que pertence a autoridade ou o órgão tido como coator é o sujeito passivo do mandado de segurança³. No entanto, esse entendimento não se tornou ainda pacífico dentro do STJ, sendo numerosos os julgados desse tribunal que, nos últimos anos, decidiram pela extinção da ação mandamental sem exame de mérito por ilegitimidade passiva da autoridade coatora indicada na inicial.

Importante ainda destacar que, independentemente do entendimento sobre qual seria o polo passivo no *writ of mandamus*, o STJ já firmou, de modo consolidado, elogiável jurisprudência com o fim de aproveitar o mandado de segurança erroneamente impetrado.

² São exemplos desses julgados: AgRg no Agravo de Instrumento 1.076.626/MA, Relator Min. Luiz Fux, decidido em 21/05/2009, publicado em 29/06/2009; RMS nº 17.889/RS, Relator Min. Luiz Fux, decidido em 07/12/2004, publicado em 28/02/2005; AgRg no Resp. nº 1.222.348/BA, Relator Min. Arnaldo Esteves Lima, decidido em 20/09/2011, publicado em 23/09/2011.

³ Vide, por exemplo, o Recurso Extraordinário em sede de Agravo Regimental 233319/PB, Relatora Min. Ellen Gracie, decidido em 19/08/2003, publicado em 12/09/2003.

Trata-se da teoria da encampação. Tal teoria consiste em uma construção eminentemente jurisprudencial através da qual se permite o suprimento do vício decorrente da errônea indicação da autoridade coatora, mediante a encampação do ato impugnado por autoridade hierarquicamente superior, desde que não haja modificação da competência para o julgamento do feito e exista dúvida razoável quanto ao agente coator⁴.

Embora elogiável esse entendimento, não se pode deixar de perceber o quão limitado ele se revela, uma vez que se aplica apenas aos casos em que são observadas todas aquelas condições estipuladas pelo tribunal. Com efeito, não raro se pode observar julgados do STJ que extinguem o mandado de segurança sem resolução de mérito nos casos de errônea indicação da autoridade coatora, porque não se faria presente algum dos vários requisitos da teoria da encampação. De fato, nota-se ter sido esse, inclusive, o caso da ementa acima transcrita, onde se diz ser "inaplicável a Teoria da Encampação quando a retificação da autoridade coatora importa em alteração quanto ao órgão julgador do mandado de segurança". Por conseguinte, decidiu-se pela extinção do processo.

Releva perceber que a teoria da encampação não visa a possibilitar a correção da autoridade coatora erroneamente indicada na petição inicial, mas sim a permitir que o processo possa prosseguir em seu normal andamento, a despeito daquele erro. Dessa forma, ela se revela como uma excelente solução quando cabível, uma vez que admite a continuidade regular do processo sem qualquer trauma. No entanto, quando incabível, o que frequentemente ocorre, a consequência pode ser drástica, a depender do entendimento sobre quem ocuparia o polo passivo na ação mandamental.

Assim, naqueles julgados em que se considera a pessoa jurídica a que se vincula a autoridade coatora como a verdadeira legitimada passiva, tende-se a ser mais flexível, permitindo-se medidas de aproveitamento do processo, como a emenda à inicial ou até pequenas correções de ofício pelo juiz. No entanto, naqueles em que é adotada a premissa de que a própria autoridade coatora seria ré, decide-se pura e simplesmente pela extinção do processo por carência de ação.

Em função da drasticidade para o processo mandamental dessa última posição jurisprudencial, foi ela justamente o ponto de partida escolhido para todo o trabalho de investigação científica que ora culmina nesta monografia. Desse modo, ao longo do presente estudo, procurar-se-á analisar em profundidade esse entendimento, investigar a sua correção

⁴ RMS 30.848/MT, relator Min. Castro Meira, decidido em 01/06/2010, publicado em 11/06/2010.

(ou não) jurídica, expor os seus eventuais problemas técnicos, teóricos ou principiológicos e, por fim, propor, com base na análise crítica dessa jurisprudência, um raciocínio jurídico que ofereça uma solução menos drástica e mais adequada para o problema da errônea indicação da autoridade coatora na petição inicial da ação mandamental. Enfim, uma resposta que vá além das restritas hipóteses da teoria da encampação e permita a salvação da ação mandamental, mesmo que algum dos requisitos dessa teoria não se verifique.

Essa análise passará, primeiramente, pelo estudo do polo passivo no mandado de segurança. Isso porque a devida compreensão dessa questão se revela crucial para a verificação da correção jurídica da referida jurisprudência, objeto da presente monografia. Nesse sentido, trabalhar-se-á com a hipótese de que a parte ré no *mandamus* é a pessoa jurídica a cujos quadros pertence a autoridade coatora e não o próprio agente coator, cabendo àquela não apenas o oferecimento de contestação e o manejo de recursos, mas também suportar os efeitos, em especial patrimoniais, da impetração.

Tal mudança de perspectiva altera profundamente a compreensão do problema, modificando significativamente as possíveis consequências processuais advindas da errônea indicação da autoridade coatora na inicial. Em grande parte dos casos, o agente coator erroneamente indicado pelo impetrante e aquele que o juízo entende ter sido o verdadeiro responsável pela coação pertencem à mesma pessoa jurídica. Logo, o erro, nesses casos, não alteraria o polo passivo da relação processual, de modo que não seria possível se extinguir o processo, sob a alegação de ilegitimidade passiva *ad causam*.

Para testar a validade dessa hipótese, serão expostos e comparados criticamente os diversos entendimentos doutrinários sobre o tema. Para esse fim, será feita ainda uma breve análise da sucessão de legislações que já trataram do tema no Direito brasileiro, bem como do mais recente estatuto legal do mandado de segurança, a lei 12.016/2009. Tal legislação, por falta de clareza, infelizmente não contribuiu para encerrar as discussões em torno do tema, demandando do operador do Direito grande esforço interpretativo para se chegar a uma conclusão sobre essa questão.

Além disso, procurar-se-á analisar soluções jurídicas alternativas à extinção do processo para os casos de errônea indicação da autoridade coatora na petição inicial do mandado de segurança, nas situações em que não ocorra alteração da pessoa jurídica interessada. Assim, serão avaliadas opções tais como a possibilidade de emenda à inicial, correção *ex officio* pelo juiz da autoridade coatora e declínio de competência quando a alteração do agente coator implicar mudança do juízo natural da causa.

O marco teórico do presente trabalho, acentue-se desde logo, é o princípio da

máxima efetividade constitucional. Tal referencial será o guia (o norte) de todo o processo interpretativo relativo ao mandado de segurança que se fará neste estudo. Trata-se de um cânone hermenêutico-constitucional, pelo qual o operador do direito deve conferir às normas constitucionais, notadamente àquelas instituidoras de direitos e garantias constitucionais, interpretação capaz de lhes atribuir a máxima efetividade possível.

Inocência Coelho dispõe da seguinte forma sobre esse princípio:

Estreitamente vinculado ao princípio da força normativa da Constituição, em relação ao qual configura um subprincípio, o cânone hermenêutico-constitucional da máxima efetividade orienta os aplicadores da Lei Maior para que interpretem as suas normas em ordem a otimizar-lhe a eficácia, sem alterar o seu conteúdo. De igual modo, veicula um apelo aos realizadores da Constituição para que em toda situação hermenêutica, sobretudo em sede de direitos fundamentais, procurem densificar os seus preceitos, sabidamente abertos e predispostos a interpretações expansivas.⁵

Invoca-se esse princípio como referencial do presente estudo, porque, como se sabe, a Constituição Federal de 1988, em seu art.5º, inciso LXIX, elevou o mandado de segurança à condição de garantia fundamental, de tal modo que sua faceta material passou a se sobrepor à sua vertente de mero instrumento processual. Dessa forma, deve o intérprete conferir ao mandado de segurança o maior âmbito de efetividade possível, não sendo admissível interpretação restritiva quanto ao seu campo de aplicabilidade⁶. Afinal, trata-se de um singular mecanismo constitucional de proteção aos direitos fundamentais.

Portanto, antes de proferir uma decisão tão drástica a ponto de extinguir o mandado de segurança, deve o julgador se lembrar sempre da nobreza constitucional do instituto e interpretar as regras processuais, no caso, à luz dessa compreensão e ciente de seu dever supremo de atribuir a esta garantia a máxima efetividade possível.

Nesse sentido, Sérgio Ferraz:

O mandado de segurança há de ser sempre liberalmente encarado e compreendido. É dizer: não de ser mínimos os impedimentos e empecilhos à sua utilização; na dúvida quanto a seu cabimento, há de preponderar o entendimento que se inclina em seu favor; nas questões polêmicas que seu estudo suscite, há de prevalecer a corrente que se revele produtora da maior amplitude de suas hipóteses de incidência e de espectro de atuação. Como, a um só tempo, remédio processual e garantia constitucional, o mandado de segurança, em seu cabimento e amplitude, há de ser admitido de forma amplíssima, tendo-se por ilegítimo tudo que amesquinhe tal parâmetro⁷.

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocência Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.118.

⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das Ações Constitucionais*, Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 426.

⁷ FERRAZ, Sérgio, *Mandado de Segurança*, São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 19.

Ressalte-se ainda que o *writ*, embora tenha essa natureza constitucional especial, possui também um caráter processual de ação de conhecimento, aplicando-se a ele, portanto, os institutos da teoria geral do processo. Assim, assiste razão a Barbosa Moreira ao afirmar que “esse instituto não é um *monstrum* sem parentesco algum com o resto do universo, uma singular esquisitice legislativa, uma peça exótica, uma curiosidade a ser exibida em vitrine ou em jaula para assombro dos passantes”. Segundo o ilustre jurista, seria o mandado de segurança “uma ação, uma espécie de gênero conhecido e familiar, cujas peculiaridades, sem dúvidas dignas de nota, não a desligam do convívio das outras espécies, não a retiram do contexto normal do ordenamento jurídico, não a condenam a degredo em ilha deserta”⁸. Dessa forma, percebe-se que somente é possível uma global compreensão do instituto, quando se o enxerga como possuidor dessa dúplice natureza, processual e constitucional, e será, dessa forma, que ele será interpretado e analisado neste trabalho.

Ao fim dessas considerações introdutórias, não se poderia deixar de mencionar a elevada utilidade dessa discussão em torno da correção jurídica da jurisprudência colocada como objeto de análise deste trabalho. Isso porque, sendo o Superior Tribunal de Justiça o guardião da lei federal e modulador de sua interpretação, suas decisões têm grande reverberação por todo o poder judiciário. Com efeito, é possível encontrar numerosos julgados em todos os graus de jurisdição, nos quais, em face da errônea indicação da autoridade coatora na inicial do mandado de segurança, se decidiu, em consonância com esse particular entendimento do STJ, pela extinção do processo sem resolução de mérito, ainda que não tenha havido modificação da pessoa jurídica interessada no feito.

⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Recorribilidade das decisões interlocutórias no processo do mandado de segurança*, RF 324/75-80. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 75.

2. O polo passivo na relação processual mandamental

O primeiro aspecto que se deve analisar no entendimento jurisprudencial do STJ, objeto do presente estudo, é o seu fundamento, qual seja, a tese segundo a qual o polo passivo na ação mandamental seria ocupado pela autoridade coatora. Afinal, a justificativa dada para a extinção do processo sem resolução de mérito nos casos de errônea indicação da autoridade coatora é justamente a sua ilegitimidade passiva *ad causam*. Caso se demonstre não ser a autoridade coatora ré na ação mandamental, essa jurisprudência do STJ tornar-se-á, então, despida de qualquer fundamento jurídico idôneo a sustentá-la.

Desse modo, o estudo desse entendimento será realizado conforme a seguinte estrutura. Primeiramente, procurar-se-á compreender as origens históricas da tese segundo a qual a autoridade coatora seria a verdadeira parte ré na ação mandamental. Logo após, a figura do agente coator será contrastada com dois conceitos fundamentais da teoria geral do processo havidos como requisitos indispensáveis para que se possa ocupar legitimamente o polo passivo de qualquer relação processual, quais sejam, a capacidade processual e a legitimidade *ad causam*. Em seguida, proceder-se-á a uma retrospectiva histórica referente às legislações que já regulamentaram a ação mandamental no Direito pátrio com o fim de se entender como a questão do polo passivo na ação mandamental foi tratada no país ao longo do tempo. Posteriormente, será feita uma visitação à doutrina para se verificar quais são as posições teóricas existentes a respeito do tema, as quais serão criticamente analisadas. Retomando a análise legal do problema, serão interpretadas as disposições da Constituição Federal de 1988 referentes à ação mandamental, bem como, por fim, as inovações trazidas pela lei 12.016, o atual diploma do mandado de segurança.

2.1 As origens de um equívoco

"O mandado de segurança é uma criação tipicamente brasileira"⁹, resumiu o ex-ministro do STF Carlos Alberto Menezes Direito. Essa impactante afirmação tem sua razão de ser, uma vez que, embora tenha sido inspirada em institutos do direito alienígena, a ação mandamental ganhou contornos bem específicos no ordenamento jurídico pátrio, em

⁹ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Manual do Mandado de Segurança*, 4. ed. Rio de Janeiro – São Paulo, 2003, p.7.

função, dentre outros aspectos, das próprias características de nossa ordem jurídica.

Especificamente quanto à legitimação passiva, percebe-se haver uma dissociação entre o modelo de mandado de segurança brasileiro e o do seu congênere no direito inglês, o *writ of mandamus*, a qual decorre justamente de nossas particularidades. Observa-se, inclusive, que a incompreensão quanto às origens desse remédio constitucional está na raiz mesma da tese da legitimidade passiva da autoridade coatora.

Como nos ensina Celso Agrícola Barbi, o mandado de segurança é inspirado no *habeas corpus*, no *juicio de amparo* mexicano e nos *writs* do direito americano, sendo que todos esses instrumentos processuais são derivados do "direito inglês, no qual, tradicionalmente, nas lesões de direito por ato de funcionário público, a ação é dirigida contra ele e não contra o Estado".

O doutrinador vai além e explica que:

*Na Inglaterra, a ideia abstrata da Administração não existe, ou, pelo menos, é eclipsada pela personalidade dos funcionários. Estes aparecem aos olhos dos ingleses como as únicas realidades que atuam, e é para eles que se voltam os lesados, quando querem atingir a Administração. O Estado, o Condado, a Municipalidade são abstrações quase intangíveis aos olhos dos britânicos; o que eles veem, o que eles podem atingir, são homens de carne e osso, os mandatários encarregados pela Administração de preencher certas funções públicas. As ações judiciais baseadas em atos administrativos são dirigidas contra autores físicos desses atos, e não contra a inconsciente personalidade da Administração.*¹⁰

Ocorre que, nesse aspecto, a ordem jurídica brasileira discrepa radicalmente da britânica. Entre nós, domina o entendimento de que o órgão ou o agente administrativo é uma realidade apenas interna à Administração Pública, sendo os atos praticados por aqueles sempre imputados à pessoa jurídica a que pertencem.

Sobre a teoria do órgão, nos ensina o administrativista José dos Santos Carvalho Filho:

*A característica fundamental da teoria do órgão consiste no princípio da imputação volitiva, ou seja, a vontade do órgão público é imputada à pessoa jurídica a cuja estrutura pertence. Há, pois, uma relação jurídica externa, entre a pessoa jurídica e outras pessoas, e uma relação interna, que vincula o órgão à pessoa jurídica a que pertence*¹¹.

Portanto, se no direito inglês o legitimado passivo no *writ of mandamus* é a

¹⁰ Cf. BARBI, Celso Agrícola. Ob. cit., p.152-153.

¹¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 12-13.

própria autoridade coatora, porque se considera que o ato do agente interfere em uma relação jurídica existente diretamente entre ele e o indivíduo prejudicado, entre nós, essa compreensão do problema não faz sentido. Afinal, em virtude do princípio da imputação volitiva regente no Direito brasileiro, o legitimado passivo no mandado de segurança só pode ser a pessoa jurídica a que o agente coator pertence, uma vez que a relação jurídica de direito material subjacente ao ato coator é entendida como um vínculo entre o ente público (ou privado no exercício de função pública delegada) e o indivíduo afetado pela coação.

Analisando essa aparente incompreensão histórica dos propugnadores da tese da legitimidade passiva da autoridade coatora no mandado de segurança, conclui Barbi que "esse equívoco dos nossos intérpretes tem origem, entre outros motivos, na falta de exame das origens e dos motivos da forma processual adotada para o processo do mandado de segurança"¹².

2.2 A capacidade processual

A capacidade processual é pressuposto processual de validade, afigurando-se como requisito indispensável para que se possa ser parte em qualquer processo, atuando neste através da prática de atos processuais. Alexandre Freitas Câmara divide a capacidade processual em três momentos: capacidade de ser parte, capacidade de estar em juízo e capacidade postulatória. A primeira seria "o reflexo processual da capacidade de direito". Assim, todo aquele que tivesse aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações teria capacidade de ser parte. Já a capacidade de estar em juízo seria "o reflexo processual da capacidade de fato ou exercício, regida pelo Direito Civil". Por fim, a capacidade postulatória poderia ser definida como "a aptidão para dirigir petições ao Estado-juiz"¹³.

Portanto, para que a autoridade coatora pudesse ser parte no processo do mandado de segurança e atuar nele, praticando atos processuais de defesa, teria ela necessariamente de preencher todos esses requisitos, sob pena de lhe faltar a capacidade processual.

Contrastando-se a figura da autoridade coatora com esses elementos da capacidade processual, pode-se perceber que ela possui, em tese, capacidade de ser parte, bem

¹² Cf. BARBI, Celso Agrícola. Ob. cit., p.152.

¹³ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 243-244.

como capacidade de estar em juízo. Isso se deve ao fato de o agente coator ser pessoa natural e dotado, assim, evidentemente de personalidade jurídica material. Além disso, possui ele também presunção de capacidade de exercício, a qual somente pode ser ilidida através de processo judicial de interdição, considerando-se evidentemente que o agente em questão é emancipado em virtude de exercer cargo público efetivo. Contudo, a autoridade coatora não possui o terceiro desses elementos, qual seja a capacidade postulatória.

O art. 36 do CPC é expreso ao afirmar que a parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado, sendo-lhe lícito postular em causa própria apenas quando tiver habilitação legal e nos casos de falta de advogado no lugar, assim como nos de recusa ou impedimento dos que houver. Ocorre que a autoridade coatora não se encaixa em qualquer dessas exceções estipuladas em lei. Ao contrário do que ocorre nos Juizados Especiais e na Justiça do Trabalho, não há previsão legal expressa atribuindo-lhe uma excepcional habilitação para dirigir pessoalmente petições ao Estado-juiz em defesa do ato impugnado. Assim, fosse ela realmente parte, teria necessariamente de ser representada em juízo, sob pena de lhe faltar a capacidade postulatória. Ressalte-se ainda que a Constituição Federal de 1988 também é clara ao dispor que "o advogado é indispensável à administração da justiça".

Contudo, o que se observa na prática forense é que a autoridade coatora não é representada na ação mandamental por advogado ou outro representante judicial que lhe faça as vezes. Na verdade, ela é notificada para prestar pessoalmente informações sobre o ato coator impugnado na ação mandamental (art. 7º, I, da lei 12.016/2009), podendo até ser assistida na elaboração da peça, mas lhe é vedado delegar o ato a qualquer terceiro, porque se trata de prestação personalíssima. Afinal, tendo sido um específico agente da pessoa jurídica o responsável pela prática do ato impugnado, as informações a serem prestadas sobre esse ato constituem evidentemente função indelegável da própria autoridade diretamente responsável pela coação.

Nesse sentido, os ensinamentos de Sérgio Ferraz:

Exatamente pelo caráter personalíssimo do ato de constrição, tem-se que a prestação de informações é uma responsabilidade pessoal e intransferível do coator. Podem até ser firmadas por advogado (o que é dispensável), mas imprescindível será, ao menos, a concomitante firma do constritor.¹⁴

¹⁴ Cf. FERRAZ, Sérgio. Ob, cit., p.120.

É preciso, assim, harmonizar a responsabilidade pessoal e intransferível da autoridade coatora de prestar informações e o imperativo constitucional e legal da necessidade de representação judicial das partes processuais. Ao se tentar conciliá-las, percebe-se que a melhor interpretação é aquela que nega à autoridade coatora o *status* processual de parte na ação mandamental. Somente dessa forma pode-se entender, em consonância com as disposições de nossa Carta Magna e do CPC, assim como com os postulados da teoria geral do processo, a prescindibilidade de assistência judicial na prestação de informações pela autoridade coatora.

Celso Agrícola Barbi, embora negue ser a autoridade coatora parte na ação mandamental, atribui-lhe papel que também não está em harmonia com a Constituição Federal de 1988. Segundo ele, "o coator é citado pela forma da notificação e como representante da pessoa jurídica de direito público interessada"¹⁵. O ilustre autor entende que a autoridade coatora representa judicialmente a pessoa jurídica, praticando em nome dela atos processuais de defesa da coação impugnada.

Tal entendimento, embora ainda influente, viola os artigos 131 e 132 de nossa Carta Magna, uma vez que esses dispositivos estabelecem que a representação judicial das pessoas jurídicas de direito público caberá à Advocacia-Geral da União, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e às Procuradorias dos Estados, Municípios e do Distrito Federal.

Nesse sentido, Sérgio Ferraz, escrevendo ainda sob a égide da lei 1.533/51:

De toda sorte, a Constituição põe uma pá-de-cal na controvérsia, cuja sobrevivência, a rigor, somente se explica pelo mau hábito nacional de solver problemas jurídicos com uma consulta a todas as fontes normativas, exceto à Lei das Leis: efetivamente, quando se vê que à Advocacia-Geral da União, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e às Procuradorias dos Estados, Municípios e do Distrito Federal incumbe (arts. 131 e 132 da CF de 1988), com exclusividade, a representação judicial das pessoas jurídicas de capacidade política, perde sentido responder ao problema com as especificidades da Lei 1.533/1951, que contra a Lei Magna não prevalecerão.¹⁶

Desse modo, conclui-se que a autoridade coatora não pode ser considerada parte no mandado de segurança, uma vez que atua no processo sem estar representada judicialmente, muito embora seja destituída de *ius postulandi*, um elemento constitutivo essencial da capacidade processual. Pela mesma razão, não é lícito tampouco atribuir-lhe o papel de representante judicial da pessoa jurídica, o qual, segundo a Constituição Federal, é atribuição da advocacia pública no caso de entes públicos e da advocacia privada nos demais.

¹⁵ Cf. BARBI, Celso Agrícola. Ob, cit., p.193.

¹⁶ Cf. FERRAZ, Sérgio. Ob, cit., p.93.

2.3 A legitimidade passiva ordinária¹⁷

Como já se explicou no tópico introdutório, o objeto deste trabalho é a análise de influente jurisprudência no STJ, a qual, em face da errônea indicação da autoridade coatora na inicial da ação mandamental, sustenta a necessidade de se extinguir o processo sem resolução de mérito por ilegitimidade passiva *ad causam* da autoridade coatora.

No tópico 2.2, foi exposto, por que a autoridade coatora não tem capacidade postulatória, não podendo, portanto, figurar no processo como parte sem estar representada judicialmente. Somente essa consideração já seria suficiente para derrubar esse entendimento de nossa corte superior. No entanto, pode-se ir além e analisar a própria noção de legitimidade *ad causam* empregada pelo tribunal. Afinal, ao apontar, *in concreto*, a ilegitimidade passiva de determinado agente, admite-se, como pressuposto lógico, que em outras ações mandamentais, ele poderia ser dotado de legitimidade passiva. Ocorre que esse pressuposto é falso. Isso se deve não só ao fato de a autoridade coatora ser processualmente incapaz, já que não é dotada de capacidade postulatória, mas também por ela não possuir, *in abstracto*, legitimidade ordinária para ocupar o polo passivo de qualquer relação processual mandamental.

A legitimidade das partes é uma das assim chamadas condições da ação, ao lado da possibilidade jurídica do pedido e do interesse de agir. Segundo Alexandre Freitas Câmara, ela poderia ser definida como a "pertinência subjetiva da ação"¹⁸.

A determinação da *legitimatio ad causam* ordinária guarda estreita vinculação com a relação jurídica de direito material que deu origem à relação processual. Assim, em regra, para se aferir se autor e réu possuem legitimidade para figurar em juízo como partes da demanda, é necessário verificar se eles são também titulares da relação jurídica deduzida no processo.

Alexandre Freitas Câmara explica assim esse fenômeno jurídico:

Ao ajuizar sua demanda, o autor necessariamente afirma, em sua petição inicial, a existência de uma relação jurídica, chamada res in iudicium deducta. (...) Esses sujeitos da relação jurídica deduzida no processo é que terão legitimidade para estar em juízo. Assim, por exemplo, na "ação de despejo", a legitimidade ativa (para ser autor) é daquele que se diz locador, enquanto a legitimidade passiva (ou seja, para figurar no polo demandado) é daquele que o autor apontou como sendo o locatário.

¹⁷ Quanto à tese da legitimidade extraordinária da autoridade coatora, ver tópico 2.5.2.

¹⁸ Cf. CÂMARA, Alexandre Freitas. Ob, cit., p. 124.

Dessa forma, para que se possa verificar quem possui legitimidade ordinária para ocupar o polo passivo na ação mandamental, faz-se mister analisar quais seriam os titulares da relação jurídica de direito material deduzida em juízo. Ao se proceder a esse exame, percebe-se que, no mandado de segurança, esses titulares são invariavelmente a pessoa jurídica a cujos quadros a autoridade coatora pertence e o indivíduo pretensamente prejudicado com a edição do ato coator.

Por exemplo, em um mandado de segurança previdenciário, a relação jurídica de direito material deduzida em juízo é geralmente aquela que o segurado mantém com o INSS. Já em um mandado de segurança tributário, a *res in iudicium deducta* consiste no vínculo jurídico do contribuinte com o fisco municipal, estadual, distrital ou federal. Dependendo do ente federativo competente para exigir o cumprimento da obrigação tributária, podem ser titulares dessa relação, além do contribuinte, o Município, o Estado, o Distrito Federal ou a União. Em um mandado de segurança administrativo impetrado por um aluno contra ato de reitor de uma universidade pública, a relação jurídica de direito material subjacente ao processo é o vínculo daquele aluno com a instituição de ensino.

Enfim, poder-se-ia continuar infinitamente com os exemplos, mas parece já ter ficado demonstrado que os titulares da *res in iudicium deducta* na ação mandamental são sempre a pessoa jurídica a que pertence a autoridade coatora e o indivíduo que se diz prejudicado pelo ato coator. Portanto, pelas regras da legitimação ordinária acima já explicadas, pode-se concluir que, enquanto o legitimado ativo na ação mandamental é o próprio indivíduo afetado pelo ato, a legitimada passiva é a pessoa jurídica, pois ambos são os titulares da relação jurídica de direito material deduzida em juízo.

Em verdade, cumpre esclarecer que a autoridade coatora, enquanto agente da pessoa jurídica, constitui-se apenas em um quadro dela, uma realidade que lhe é interna. Suas ações são imputadas àquela entidade a que pertence, e as relações jurídicas criadas por seus atos não lhe obrigam pessoalmente, mas vinculam apenas a pessoa jurídica.

Nesse sentido, as brilhantes palavras de Celso Agrícola Barbi:

*O ato que a autoridade coatora pratica, no exercício de suas funções, vincula a pessoa jurídica de direito público a cujos quadros ela pertence; é ato do ente público e não do funcionário. Assim, o ato do secretário do Estado que demite um funcionário produz efeitos nas relações jurídicas entre o funcionário e o Estado e não entre aquele e o secretário. Da mesma forma, o ato de um diretor de sociedade privada vincula a sociedade, e não o diretor, uma vez que foi praticado naquela qualidade, e não no de particular.*¹⁹

¹⁹ Cf. BARBI, Celso Agrícola. Ob, cit., p.152.

A autoridade coatora não pode, assim, nem em tese, ser tida como legitimada passiva ordinária no mandado de segurança, porque ela própria não é titular da *res in iudicium deducta*, mas sim a pessoa jurídica a que pertence. Por isso, não fazem sentido os julgados que, *in concreto*, em face da errônea indicação da autoridade coatora na inicial, extinguem o processo sem resolução de mérito, alegando a sua ilegitimidade passiva *ad causam*. Para que fizesse sentido esse argumento, seria preciso que houvesse outras situações em que ela tivesse essa legitimidade, o que, como já se demonstrou, não é o caso.

2.4 Retrospectiva histórico-legislativa

A análise feita nos tópicos 2.2 e 2.3 nos revela a total falta de adequação aos postulados da teoria geral do processo e até mesmo à Constituição Federal da tese segundo a qual o polo passivo na ação mandamental seria ocupado pela autoridade coatora. Estudando-se ainda as origens desse remédio constitucional no Direito brasileiro, pode-se observar que, nos primórdios do instituto, o legislador foi claro ao estipular a necessidade de se ouvir no processo do *mandamus* o representante judicial da pessoa jurídica de direito público, sugerindo ser esta e não a autoridade coatora a parte ré no mandado de segurança.

Assim, percebe-se que a primeira previsão legislativa desse instituto no Direito pátrio se deu na Constituição Federal de 1934. Objetivava-se criar um instrumento processual que pudesse ser o *habeas corpus* de todos os demais direitos individuais, a exceção do direito de locomoção, o qual já era garantido por aquele remédio originário. Assim, no art. 133, nº 33, daquela Carta, estipulou-se o seguinte:

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

Pode-se observar que, embora tenha se baseado no processo de *habeas corpus*, o constituinte de 1934, atentando à especificidade da ação mandamental, estabeleceu que a pessoa jurídica de direito público interessada deveria sempre ser ouvida.

No plano infra-constitucional, a lei 191/1936 foi a primeira a regular o *mandamus*. No seu art. 8º, § 1º, o estatuto legal dispunha que a autoridade coatora deveria ser citada e à pessoa jurídica de direito público interno interessada no caso seria enviada uma via

da petição inicial com a cópia dos documentos.

No entanto, embora o texto legal utilizasse a expressão "citação da autoridade coatora", o Supremo Tribunal Federal repôs as coisas em seus devidos lugares no julgamento do MS 248, de 10/06/1936. Nesse julgado, o tribunal decidiu serem dispensáveis as informações da autoridade coatora, reputando essencial apenas a audiência do ente público, entendido como a verdadeira parte ré no mandado de segurança. Confira-se, nesse sentido, trecho do voto do ministro Costa Manso naquela ocasião:

Estas informações; entretanto, não são essenciaes. O que o direito processual exige, como formalidade substancial dos processos, é a citação e a audiência da parte, da pessoa jurídica na hypothese. E esta foi scientificada do pedido nas pessoas dos seus representantes judiciaes - o Procurador Seccional e o Procurador Geral - e por intermedio desses órgãos se defendeu. Dispense, pois, a audiencia do Ministro.²⁰

Pouco tempo depois, o Código de Processo Civil de 1939 corrigiu a atecnia da legislação anterior e, em seu art. 322, determinou que o juiz, despachando a petição inicial, deveria notificar a autoridade coatora para prestar informações e citar o representante judicial, ou, à sua falta, o representante legal da pessoa jurídica interessada na ação.

Como se pode perceber, tal legislação foi bastante clara ao diferenciar a função no processo da autoridade coatora e da pessoa jurídica a que ela pertence. A primeira seria fonte de provas, devendo prestar informações sobre os fatos objeto do litígio, enquanto a segunda seria parte ré, devendo ser citada para apresentar sua defesa.

Após ser ignorado na carta autoritária de 1937, o mandado de segurança voltou a constar como garantia constitucional no art.141, § 24, da Carta Magna de 1946, tendo recebido uma redação bem mais curta, porém mais precisa, do que a da constituição de 1934. O texto limitou-se a estabelecer que "para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder".

Finalmente em 1951 foi editado o estatuto legal mais duradouro do mandado de segurança no Direito pátrio, a lei 1.533/51. Essa lei esteve em vigor durante 58 anos e criou profundas controvérsias doutrinárias, as quais reverberam até os dias atuais. É ainda lícito dizer que talvez uma das maiores polêmicas criadas por esse estatuto tenha sido precisamente a discussão sobre a legitimidade passiva na ação mandamental.

²⁰ MS 248, Relator Min. Ataulpho de Paiva, decidido em 10/06/1936. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595057>.

Isso porque essa lei, adotando uma postura até então inédita na ordem jurídica pátria concernente ao mandado de segurança, passou a prever em seu art. 7º, inciso I, apenas a notificação da autoridade coatora para prestar informações, sendo completamente omissa quanto à citação da pessoa jurídica interessada no feito.

No entanto, a despeito da omissão legal, parte da doutrina continuou a defender a necessidade de citação da pessoa jurídica ré por ser essa uma exigência da lei processual geral. Afinal, sendo o *mandamus* ação de conhecimento, não poderia ele prescindir da angularização da relação processual com a citação da parte ré, sob pena de se criar uma verdadeira aberração jurídica totalmente dissociada da teoria geral do processo.

O tema, contudo, suscitou muitas controvérsias doutrinárias, tendo surgido diversas teorias para explicar quem seria o legitimado passivo na ação mandamental e qual seria o papel que a autoridade coatora desempenharia nesse processo. Como essa produção doutrinária havida durante o período de vigência dessa lei continua influenciando fortemente as discussões até nos dias atuais, faz-se mister proceder a uma análise desses entendimentos. É o que se passa a fazer.

2.5 Teorias sobre a posição da autoridade coatora no mandado de segurança

2.5.1 Teoria da legitimidade passiva ordinária

Este trabalho considera defensores dessa teoria aqueles que dizem pura e simplesmente ser a autoridade coatora a parte ré na ação mandamental, conferindo à pessoa jurídica a cujos quadros ela pertence papel de menor importância no processo ou, no máximo, o de litisconsorte passivo. Entre os principais defensores desse entendimento, encontram-se, segundo Sérgio Ferraz²¹, Hely Lopes Meirelles, Lopes da Costa, Ari Florêncio Guimarães, Hamilton de Moraes e Barros e Leonardo Castanho Mendes.

Explicando seu entendimento, Meirelles afirma que no mandado de segurança:

O impetrado é a autoridade coatora, e não a pessoa jurídica ou órgão a que pertence e ao qual seu ato é imputado em razão do ofício. Nada impede, entretanto, que a entidade interessada ingresse no mandado a qualquer tempo, como simples assistente do coator, recebendo a causa no estado em que se encontra, ou, dentro do prazo para as informações, entre como litisconsorte do impetrado.(...) Equivocadamente, alguns autores e julgados têm considerado a pessoa jurídica a que pertence o coator como a impetrada no mandado e parte na ação. A entidade

²¹ Cf. FERRAZ, Sérgio. Ob. cit., p. 90.

*pode ingressar no processo, a seu pedido, ao lado do autor, mas não o substitui, nem o exclui da lide.(...) A autoridade coatora será sempre parte na causa, e, como tal, deverá prestar e subscrever pessoalmente as informações no prazo de dez dias, atender às requisições do juízo e cumprir o determinado com caráter mandamental na liminar ou na sentença*²².

Percebe-se, pelo excerto acima transcrito, que o autor identifica a autoridade coatora como a parte ré no mandado de segurança, atribuindo-lhe total preponderância no polo passivo da relação processual sobre a pessoa jurídica a que ela pertence, a qual seria "simples assistente do coator" ou no máximo seu litisconsorte, se ingressasse no feito dentro do prazo das informações. Dessa forma, embora não afirme, com estas palavras, ser a autoridade coatora o legitimado passivo ordinário na ação mandamental, é somente essa a conclusão que se pode tirar de seus ensinamentos.

No mesmo sentido, o ex-ministro do STF Carlos Alberto Menezes Direito:

*O impetrado é a autoridade coatora, devendo ficar claro que esta se não confunde com o órgão a que pertença. Isto é de fundamental importância, porque somente a autoridade coatora tem legitimidade passiva, devendo prestar e assinar as informações no prazo de 10 dias e cumprir o que determinado na liminar ou na sentença.*²³

Como se demonstrou nos tópicos 2.2 e 2.3, esse entendimento apresenta alguns problemas. Em primeiro lugar, a autoridade coatora não tem capacidade postulatória para praticar pessoalmente atos processuais de defesa, sob pena de violação dos artigos 131, 132 e 133 da Constituição Federal. Na verdade, ela é notificada apenas para prestar informações, contribuindo, assim, para o esclarecimento do objeto do litígio. Como já se explicou, a prestação de informações é ato personalíssimo da autoridade coatora, não podendo ser delegado a um advogado ou outra espécie de representante judicial.

Além disso, não possui a autoridade coatora legitimidade ordinária, *in abstracto*, para ocupar o polo passivo no *mandamus*, uma vez que não é titular da relação jurídica de direito material deduzida em juízo. Não é dela o direito em causa.

2.5.2 Teoria da legitimidade passiva extraordinária

Essa teoria é defendida, entre outros, por Gregório Assagra de Almeida que,

²² MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*, 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 54-56.

²³ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Manual do Mandado de Segurança*, 4. ed. Rio de Janeiro – São Paulo,

assim, a explica:

Apesar das polêmicas existentes, entendemos que a legitimidade passiva no mandado de segurança possui dupla dimensão: a) é legitimada passiva a pessoa jurídica de direito público ou de direito privado nas funções do Poder Público, conforme o caso, que vai sofrer os efeitos substanciais da decisão; e b) também é legitimada passiva a própria autoridade coatora cujo ato omissivo ou comissivo está sendo atacado pela via do mandado de segurança. A pessoa jurídica seria legitimada passiva ordinária e a autoridade coatora seria legitimada passiva extraordinária (defende em nome próprio direito alheio).²⁴

Como se percebe, essa teoria surge como uma tentativa de resolver um dos problemas do entendimento, segundo o qual a autoridade coatora seria legitimada passiva ordinária na ação mandamental. O autor reconhece que, na verdade, o direito em causa não pertence à autoridade coatora, mas sim à pessoa jurídica a que ela pertence. Logo, não seria o caso de se falar em legitimidade ordinária do agente coator, mas sim, segundo ele, em legitimidade extraordinária. Dessa forma, conforme o ilustre doutrinador, a autoridade coatora iria a juízo realmente na condição de parte, mas para defender direito alheio, isto é, direito da pessoa jurídica interessada, a qual seria a verdadeira legitimada ordinária, formando com ela um litisconsórcio passivo.

O primeiro problema dessa teoria consiste no fato de ela ignorar que a autoridade coatora, embora não possua capacidade postulatória, presta pessoalmente as informações que lhe são requeridas, não podendo, portanto, figurar no polo passivo da ação mandamental, sob pena de violação dos artigos 131, 132 e 133 da Constituição Federal. Tal questão é anterior à da legitimidade, pois, para se aferir esta, precisa-se saber primeiro se o ente em questão possui capacidade processual, e, como já se explicou, o *jus postulandi* é um dos elementos constitutivos desse conceito.

Além disso, dizer que a autoridade coatora possui legitimidade extraordinária esbarra na previsão do art. 6º do Código de Processo Civil, segundo a qual "ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei". Como não há previsão legal expressa, conferindo legitimidade extraordinária para a autoridade coatora, em nome próprio, defender direito da pessoa jurídica a que pertence, só se pode concluir que tal entendimento não está em harmonia com o ordenamento jurídico pátrio. Nem se poderia alegar, com o específico fim de se sustentar a teoria ora sob análise, que autoridade coatora, enquanto agente da pessoa jurídica, seria sua representante natural, uma vez que, nesse caso,

2003, p.100.

tratar-se-ia de defesa em nome alheio de direito alheio e não de legitimação extraordinária. De qualquer forma, a tese segundo a qual a autoridade coatora seria representante judicial da pessoa jurídica também padece de problemas conforme se demonstrará a seguir.

2.5.3 Teoria da autoridade coatora como representante judicial da pessoa jurídica

Os propugnadores dessa tese formularam um complexo raciocínio jurídico na tentativa de explicar o modelo criado pela lei 1.533/51 sem, no entanto, afastar o mandado de segurança dos postulados da teoria geral do processo. Embora esse diploma legal tenha suprimido a referência anteriormente existente a respeito da necessidade de se citar a pessoa jurídica interessada, os defensores dessa teoria continuaram a afirmar, com acerto, que o polo passivo na ação mandamental seria ocupado pela pessoa jurídica e não pela autoridade coatora, reconhecendo, inclusive, que esta não possuiria capacidade para ser parte.

Um de seus adeptos, Celso Agrícola Barbi, expõe assim seu pensamento:

A parte passiva no mandado de segurança é a pessoa jurídica de direito público a cujos quadros pertence a autoridade apontada como coatora. Como já vimos anteriormente, o ato do funcionário é ato da entidade pública a que ele se subordina. Seus efeitos se operam em relação à pessoa jurídica de direito público. E, por lei, só esta tem "capacidade de ser parte" do nosso direito processual civil.²⁵

No entanto, como a lei era omissa quanto à citação da pessoa jurídica, a qual, segundo o próprio doutrinador, seria a verdadeira parte ré na ação mandamental, formulou o ilustre jurista uma convoluta interpretação para explicar como se daria afinal a angularização da relação processual no mandado de segurança.

Em suas próprias palavras:

A circunstância de a lei, em vez de falar na citação daquela pessoa, haver se referido a "pedido de informações à autoridade coatora" significa apenas mudança de técnica, em favor da brevidade do processo: o coator é citado em juízo como "representante" daquela pessoa.²⁶

Dessa forma, o eminente autor advoga que a citação da pessoa jurídica é feita, na realidade, através do ato de notificação da autoridade coatora, e que esta, na verdade, atua,

²⁴ Cf. ALMEIDA, Gregório Assagra de. Ob. cit., p.85.

²⁵ Cf. BARBI, Celso Agrícola. Ob. cit., p.154.

²⁶ Cf. BARBI, Celso Agrícola. Ob. cit., p.154-155.

em juízo, como sua representante judicial, defendendo em seu nome o ato impugnado. Marlon Alberto Weichert, embora adira a essa teoria, ressalva ser a autoridade coatora não uma representante, mas sim uma “presentante em juízo da pessoa jurídica”²⁷. Paulo Roberto de Gouvêa Medina também defende que a autoridade coatora seria representante judicial da pessoa jurídica, acrescentando apenas que, ao prestar informações, ela estaria agindo também em seu próprio nome, razão por que a chama de “sujeito especial da relação processual”²⁸.

Essa tese realmente resolve o problema referente ao fato de a autoridade coatora não possuir legitimidade ordinária passiva para atuar no processo. Isso porque o agente coator não ingressaria no processo apenas como um órgão da pessoa jurídica, mas sim como esta mesma. A presença do agente coator na ação mandamental seria a materialização da pessoa jurídica ré, ente abstrato por natureza, na relação processual.

Ocorre que, como se demonstrou no tópico 2.2, esse modelo teórico se choca com os artigos 131, 132 e 133 da Constituição Federal, uma vez que a autoridade coatora não possui capacidade postulatória para funcionar como uma espécie de representante judicial da pessoa jurídica a que pertence, praticando em nome dela atos processuais de defesa do ato impugnado. No que diz respeito às pessoas jurídicas de direito público, essa atribuição é prerrogativa constitucional exclusiva da advocacia pública, enquanto no tocante às pessoas jurídicas de direito privado tal ônus recai sobre a advocacia privada.

2.5.4 Teoria da autoridade coatora como mera informante

Um dos principais defensores dessa tese seja talvez o eminente doutrinador Sérgio Ferraz. Segundo ele, a demanda, na ação mandamental, não se dirige contra a autoridade coatora, não sendo ela quem suportará os efeitos da possível concessão do *writ*. Destaca ainda que o agente coator não é chamado a se defender, que é o ato típico do querelado, mas sim para prestar informações, não sendo dele o direito em causa. Além disso, ressalta que esse agente não é representado em juízo por advogado, o que seria exigido se ele, de fato, fosse parte na relação processual²⁹.

²⁷ WEICHERT, Marlon Alberto. *A pessoa jurídica de direito público e a autoridade coatora no mandado de segurança*. Revista de informação legislativa 142/140, ano 36. Brasília: Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas, abr.-jun. 1999, p.140.

²⁸ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito Processual Constitucional*, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.150.

²⁹ Cf. FERRAZ, Sérgio. Ob. cit., p. 85-88.

Explica ainda Sérgio Ferraz que:

Parte passiva é a pessoa de direito público (que, como tal, deve ser citada). O coator é mero informante, por não ser parte, e por ser agente administrativo, está jungido ao dever de veracidade. Como informante, pode postular sua permanência no feito, eis que legítima, em tese, sua pretensão de sustentação do ato que cometeu ou omitiu.³⁰

Como se pode perceber, essa solução proposta por Sérgio Ferraz e propugnada também por outros é a que melhor se adéqua às exigências da teoria geral do processo e aos ditames da Constituição Federal. Por esse modelo, a autoridade coatora seria fonte de prova e não parte na ação mandamental. O polo passivo seria ocupado, em princípio, apenas pela pessoa jurídica interessada, a qual deveria ser citada para apresentar sua defesa através de seus representantes judiciais, em conformidade com os artigos 131 e 132 da Carta Magna.

Percebe-se ter sido grande a ousadia do ilustre autor, uma vez que ele defendia esse modelo ainda sob a égide da lei 1.533/51, a qual não previa a citação da pessoa jurídica. No entanto, como o mandado de segurança é ação e, portanto, a angularização da relação processual através da citação da parte ré é exigência da própria lei processual, não teve dúvidas o douto doutrinador em defender o cumprimento desse imperativo legal, a despeito da omissão da lei 1.533/51. Afinal, sabe-se que o mandado de segurança, naquilo em que sua legislação específica for omissa, deve ser regulado pelas disposições da lei processual geral.

2.6 A Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 prevê o mandado de segurança em seu art. 5^a, inciso LXIX, o qual recebeu a seguinte redação:

Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

Pode-se observar que o dispositivo constitucional não dispõe expressamente sobre quem ocuparia o polo passivo na relação processual mandamental. No entanto, sua posição topográfica no texto de nossa Carta Magna nos fornece importantes elementos para a interpretação do instituto.

³⁰ Cf. FERRAZ, Sérgio. Ob. cit., p. 93.

Percebe-se que o *mandamus* está previsto sob o Título II, intitulado "dos direitos e garantias fundamentais". Trata-se, assim, de garantia fundamental e cláusula pétrea, devendo o operador do direito, portanto, interpretá-la de modo a atribuir-lhe sempre o máximo grau de efetividade possível. Nesse sentido, saliente-se ser precisamente este o escopo de todo o esforço interpretativo a que ora se submete o mandado de segurança.

2.7 As inovações da Lei 12.016/2009

O atual diploma legal da ação mandamental, ao tentar conciliar as várias correntes doutrinárias existentes, acabou por falta de clareza não encerrando as discussões em torno da legitimidade passiva no *writ*. A despeito disso, em uma análise global, pode-se dizer que ela trouxe inovações que favorecem bastante a tese, ora defendida, segundo a qual parte ré no mandado de segurança seria a pessoa jurídica interessada e não a autoridade coatora.

Primeiramente, observe-se que, corrigindo a atecnia da legislação anterior, o novo estatuto do *mandamus* passou a prever, além da notificação à autoridade coatora (art. 7º, D), que o juiz também dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada (art. 7º, II). Embora a lei não utilize a expressão "citação", a melhor forma de interpretá-la, conforme alertam Andre Vasconcelos Roque e Francisco Carlos Duarte, consiste em considerar a pessoa jurídica "como verdadeira legitimada passiva no mandado de segurança"³¹.

Daí se pode concluir que o ato de "ciência" à pessoa jurídica a que o dispositivo em comento se refere constitui verdadeira citação da parte ré na ação mandamental para que apresente a sua defesa no prazo de 15 dias estabelecido pela lei processual geral (art. 297 do CPC)³². Afinal, caso se considerasse como citação da pessoa jurídica o ato de notificação da autoridade coatora, existiria, então, um regime de dupla comunicação da parte ré no mandado de segurança, o que não parece se coadunar com a natureza célere desse remédio constitucional. Na verdade, a notificação da autoridade coatora representa ato de comunicação ao agente para que este possa prestar informações sobre os

³¹ ROQUE, Andre Vasconcelos e DUARTE, Francisco Carlos. *Mandado de Segurança: Comentários à Lei 12.016/09*, Curitiba, Juruá, 2011, p.62.

³² Como o art. 7º, II, da lei 12.016/2009 é omissivo quanto a esse prazo, deve-se utilizar o prazo geral previsto no CPC, uma vez que, como se sabe, naquilo em que a legislação especial do mandado de segurança for omissa, deve-se aplicar as disposições da lei processual geral.

fatos objeto do litígio, as quais não constituem, portanto, meio de defesa processual do ato impugnado, mas apenas “subsídios para o julgamento”.

Nesse sentido, Eduardo Sodré:

Frise-se, noutro giro, que incumbe à autoridade coatora o papel de prestar informações, ao tempo em que a pessoa jurídica à qual ela se encontra vinculada deverá, querendo, apresentar contestação. É de notar-se que, em que pese a existência de distorções na praxe forense (casos em que o impetrado oferece verdadeira contestação), as informações não se constituem em meio destinado para a defesa do ato impugnado, mas sim em subsídios para o julgamento.³³

O processualista Fredie Didier Jr. defende ainda que as informações constituem, na verdade, meio de prova, sendo a autoridade inquinate de coatora apenas fonte de prova³⁴. Ainda segundo o jurista baiano, o agente coator estaria submetido ao dever de falar a verdade, e as informações por ele prestadas seriam dotadas da mesma presunção de legitimidade que caracteriza os atos administrativos em geral³⁵.

Continuando na análise das inovações da lei 12016/2009, deve-se ainda atentar para o disposto no seu art.14, §2º, o qual, satisfazendo os apelos de parte da doutrina, estabeleceu: “estende-se à autoridade coatora o direito de recurso”. Se a autoridade coatora fosse realmente parte, essa disposição legal seria totalmente despicienda, contrariando, inclusive, a máxima de que a lei não contém palavras inúteis, uma vez que toda parte tem direito de recurso pelo próprio princípio da sucumbência processual. Note-se, ademais, que a lei se valeu do termo “estende-se”, pelo que só se pode entender ser o direito de recurso da autoridade coatora excepcional.

Em defesa desse entendimento, Andre Vasconcelos Roque e Francisco Carlos Duarte:

Considerando que a defesa do ato impugnado já será realizada pelo órgão de representação judicial da pessoa jurídica e o dispositivo em questão deixa transparecer que a interposição de recurso pelo agente público será extraordinária, mediante a utilização das palavras “estende-se” no texto legal, parece melhor considerar que a legitimação recursal será excepcional, dependendo da demonstração de prejuízo na situação jurídica da autoridade responsável pelo ato guerreado. Como visto, afinal, o verdadeiro réu no mandamus é a pessoa jurídica interessada.³⁶

³³SODRÉ, Eduardo, *Mandado de Segurança Individual*. In: *Ações Constitucionais*. Org. Fredie Didier Jr., 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p.141-142.

³⁴ DIDIER JR., Fredie. *Natureza jurídica das informações da autoridade coatora no mandado de segurança*. In: BUENO, Cassio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois*. São Paulo: RT, 2002, p.377. No mesmo sentido, ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Mandado de Segurança*, Salvador: Jus Podivm, 2010, p.202 (“a autoridade coatora não é ré no procedimento do mandado de segurança, mas mera informante, não devendo ser considerada a peça informativa como defesa, mas meio de prova”).

³⁵ Cf. DIDIER JR, Fredie, Ob, cit., p. 374.

³⁶ Cf. ROQUE, Andre Vasconcelos e DUARTE, Francisco Carlos. Ob., cit., p.106.

Saliente-se também que o artigo 9º da lei 12016/2009 passou a prever que:

As autoridades administrativas, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas da notificação da medida liminar, remeterão ao Ministério ou órgão a que se acham subordinadas e ao Advogado-Geral da União ou a quem tiver a representação judicial da União, do Estado, do Município ou da 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.

Percebe-se que tal dispositivo confere expressamente à pessoa jurídica a que pertence a autoridade coatora, e não a esta própria, a atribuição de defender, nos casos de decisões liminares, o ato apontado como ilegal ou abusivo de poder. Aliás, nota-se que essa previsão é praticamente idêntica ao art.3º da revogada lei 4.348/64, com redação dada pela lei 10.910/2004, o que revela a insistência do legislador em oportunizar à pessoa jurídica a defesa do ato impugnado.

Destaque-se, por fim, que o art. 26 dessa lei dispôs que constitui crime de desobediência (art. 330 do Código Penal) o não cumprimento pela autoridade coatora das decisões proferidas em mandado de segurança. Tal previsão distancia ainda mais o agente responsável pela coação do *status* de parte processual que alguns ainda insistem em lhe emprestar. Afinal, quando uma parte sucumbe no processo civil, sua recusa em satisfazer a pretensão da parte vencedora não constitui ilícito penal, devendo ela ser coagida ao cumprimento da decisão judicial através dos mecanismos de tutela próprios do processo.

Diante dessas considerações, conclui-se que as alterações trazidas pela lei 12.016/2009, embora com redação não muito clara, vieram reforçar o entendimento sufragado neste trabalho, pelo qual parte ré no mandado de segurança é a pessoa jurídica a que a autoridade coatora pertence e não esta própria.

3. Alternativas à extinção do processo: emenda à inicial, correção judicial *ex officio* e declínio de competência

Após ter sido demonstrado não ser a autoridade coatora parte ré na ação mandamental, percebe-se ser equivocada a jurisprudência do STJ adotada como objeto do presente estudo. Isso porque, segundo esse entendimento, nos casos de errônea indicação da autoridade coatora na petição inicial do mandado de segurança, dever-se-ia extinguir o processo sem resolução de mérito por ilegitimidade passiva *ad causam*, ainda que não houvesse alteração da pessoa jurídica a que o coator pertencesse. Ocorre que, não ocupando o agente coator o polo passivo da relação processual mandamental, sentido não há obviamente em apontar a sua suposta ilegitimidade passiva.

No entanto, resta ainda compreender a verdadeira dimensão jurídica da errônea indicação da autoridade coatora pelo impetrante do *mandamus*. Procedendo-se à análise desse fenômeno processual, pode-se constatar que tal erro pode ocasionar duas consequências muito distintas. De um lado, é possível que ele provoque a alteração da própria pessoa jurídica ré no processo. Assim, quando a verdadeira autoridade coatora está vinculada a um determinado ente, e aquela que foi efetivamente indicada na inicial pertence a outro, percebe-se que o erro em questão ocasiona, por consequência, a modificação do polo passivo na ação mandamental. Nesse caso, a solução jurídica cabível é realmente a extinção do processo sem resolução de mérito por carência de ação, em razão da ilegitimidade passiva da pessoa jurídica.

Nesse sentido, Eduardo Sodré:

Nas hipóteses em que a modificação da autoridade impetrada venha a gerar, como consequência, a alteração da parte ré, na medida em que a autoridade indevidamente indicada encontra-se vinculada a pessoa jurídica diversa daquela em nome da qual atua o correto agente coator, o processo deve ser extinto sem exame de mérito.³⁷

Por outro lado, é possível que o erro na indicação do agente coator não altere a pessoa jurídica ré. Nessa situação, tanto a autoridade efetivamente responsável pela coação quanto aquela erroneamente indicada pelo impetrante pertenceriam à mesma pessoa jurídica, não havendo alteração no polo passivo do processo. Como já se enunciou nas considerações introdutórias desse trabalho, é justamente esta a hipótese que se busca estudar no presente trabalho.

Neste último caso, deve-se ressaltar que, muito embora o erro em questão não implique carência de ação, ele não se equivale a um nada jurídico. Pelo contrário, tal erro

ainda possui relevantes repercussões no mundo do Direito, uma vez que constitui um vício na petição inicial do mandado de segurança. Com efeito, nota-se que a lei 12.016/2009, em seu art. 6º, estabelece que a petição inicial dessa ação deve conter, além dos requisitos estabelecidos pela lei processual, a indicação da autoridade coatora e da pessoa jurídica que ela integra. Desse modo, percebe-se que a indicação correta da autoridade coatora está vinculada à regularidade formal da demanda. Logo, o desrespeito a esse requisito pode ainda, em tese, ocasionar a extinção do processo sem resolução de mérito por ausência de um pressuposto processual de validade.

Sobre essa questão, nos ensina Alexandre Freitas Câmara:

A petição inicial, por sua vez, deve apresentar uma série de requisitos, chamados requisitos formais da demanda, ou simplesmente requisitos da petição inicial. A presença desses requisitos é essencial para a regularidade formal da mesma. A ausência de qualquer deles levará, por irregularidade formal da demanda, à extinção do processo sem resolução de mérito³⁸

Remanesce, dessa forma, a questão sobre quais seriam as consequências desse vício para o processo mandamental e quais posturas deveria o juiz assumir ao se deparar com ele. Em primeiro lugar, deve-se, para uma correta análise do problema, dividi-lo em dois momentos, antes e depois da angularização da relação processual com a citação da pessoa jurídica ré.

Dessa forma, em um primeiro momento, logo quando o juiz entra em contato com a petição inicial viciada, caso o erro seja desde logo verificado, deverá ele, em consonância com o art. 284 do CPC, determinar que o impetrante emende a inicial, indicando a autoridade coatora correta. Nessa situação, não há dúvidas de que essa é a solução mais correta, uma vez que negar ao impetrante a possibilidade de corrigir seu equívoco seria, além de um flagrante desrespeito à lei processual, um condenável amesquinamento dessa garantia constitucional fundamental.

Nesse sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves:

Sempre que for possível a escolha entre a emenda da petição inicial e seu indeferimento, deve o juiz optar pelo primeiro caminho, reservando-se o indeferimento da petição inicial a situações de fato absolutamente impossíveis de serem saneadas ou corrigidas.³⁹

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de que a emenda da petição inicial é um direito do autor, não sendo lícito ao juiz indeferir a

³⁷CF. SODRÉ, Eduardo, Ob, cit., p.119.

³⁸ Cf. CÂMARA, Alexandre Freitas. Ob, cit., p. 245.

³⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações Constitucionais*, São Paulo: MÉTODO, 2011, p. 150.

petição inicial antes de dar ao autor a oportunidade de sanear seu vício, sempre que isso for possível no caso concreto⁴⁰. Essa regra aplica-se também, por óbvio, ao mandado de segurança.

No entanto, a questão torna-se mais problemática quando o erro quanto à indicação da autoridade coatora somente é verificado após a apresentação de defesa pela pessoa jurídica e das informações pela autoridade coatora. Tal hipótese, ressalte-se, constitui indubitavelmente a mais freqüente, uma vez que o magistrado normalmente só percebe o erro do impetrante quando a autoridade coatora ou a pessoa jurídica a que ela pertence suscitam esse fato em suas respectivas manifestações.

Nesse momento, pode-se constatar que a relação processual já está angularizada, não sendo mais possível, em regra, a emenda à inicial. Afinal, esse procedimento somente é admitido quando há a possibilidade de se indeferir a petição inicial. Ocorre que, após a angularização da relação processual, não é mais possível o indeferimento da inicial, mas apenas a extinção do processo sem resolução de mérito. Acrescente-se ainda que, após a citação do réu, ocorre a estabilização da demanda, conforme determina o art. 264 do CPC.

Fredie Didier Jr., sobre essa questão, ensina que:

O indeferimento da petição inicial somente ocorre no início do processo: só há indeferimento liminar antes de ouvido o réu. Após a citação, o juiz não mais poderá indeferir a petição inicial, de resto já admitida, devendo, se vier a acolher alguma alegação do réu, extinguir o feito por outro motivo. A inépcia, por exemplo, pode ser reconhecida a qualquer tempo, mesmo após a contestação, mas não implicará indeferimento da petição, e, sim, extinção do processo sem análise de mérito.⁴¹

Destaque-se, no entanto, que, no que diz respeito ao mandado de segurança, existe uma especificidade legislativa que altera fundamentalmente o modo como se deve analisar tal questão. Trata-se do veto presidencial ao art. 6º, §4º, da lei 12.016/2009. Tal dispositivo previa que “suscitada a ilegitimidade pela autoridade coatora, o impetrante poderá emendar a inicial no prazo de 10 (dez) dias, observado o prazo decadencial”. Como se pode perceber, essa norma, em perfeita harmonia com os elevados valores constitucionais inerentes ao mandado de segurança, resolvia, em grande parte, o imbróglio jurídico em tela.

Conforme determina o art. 7º da lei 12.016/2009, o juiz deve ordenar a notificação do coator (inciso I) e a ciência ou citação da pessoa jurídica (inciso II) no mesmo momento, isto é, ao despachar a inicial. Logo, quando a autoridade coatora apresentasse suas

⁴⁰ REsp. 812.323/MG, Relator Min. Luiz Fux, decidido em 16/08/2008, publicado em 02/10/2008.

⁴¹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p.436.

informações, suscitando sua ilegitimidade, conforme previa o dispositivo vetado, a pessoa jurídica ré já teria sido citada, tendo ocorrido, assim, a angularização da relação processual. No entanto, a despeito disso, a referida norma previa expressamente a possibilidade de emenda à inicial, permitindo, desse modo, a correção pelo impetrante da autoridade coatora erroneamente indicada, mesmo após a citação da pessoa jurídica ré, o que normalmente, como se viu, não seria admitido.

Esse dispositivo infelizmente foi vetado. Contudo, a justificativa presidencial para subtraí-lo da lei 12.016/2009 nos oferece importantes elementos interpretativos, os quais são indispensáveis para uma correta análise do problema.

O Presidente da República, na mensagem nº 642 enviada ao Senado Federal em 07 de agosto de 2009, explicou, assim, suas razões:

A redação conferida ao dispositivo durante o trâmite legislativo permite a interpretação de que devem ser efetuadas no correr do prazo decadencial de 120 dias eventuais emendas à petição inicial com vistas a corrigir a autoridade impetrada. Tal entendimento prejudica a utilização do remédio constitucional, em especial, ao se considerar que a autoridade responsável pelo ato ou omissão impugnados nem sempre é evidente ao cidadão comum.

Como se pode perceber, o dispositivo não foi vetado, porque se repudiava a possibilidade de emenda à inicial após a apresentação das informações pela autoridade coatora. Muito pelo contrário, a supressão dessa previsão legal foi justificada essencialmente com o argumento de que tal norma comprometeria a efetividade do mandado de segurança ao estabelecer que a emenda à inicial somente poderia se dar dentro do prazo decadencial de 120 dias. Foi contra essa restrição que o veto se insurgiu e não contra a possibilidade de se oportunizar ao impetrante, após a apresentação das informações, a correção da autoridade coatora erroneamente indicada. Percebe-se, inclusive, que se excluiu toda a redação do art. 6º, §4º, apenas porque não é possível, em nosso ordenamento jurídico, o veto parcial de um dispositivo. Caso fosse possível, ter-se-ia suprimido apenas a parte final do parágrafo, onde se diz “observado o prazo decadencial”, uma vez que foi esse o único desacordo da Presidência da República com o dispositivo em questão.

Não se pode, assim, interpretar esse veto com um ânimo oposto ao que motivou a sua edição. Em outras palavras, não é possível utilizá-lo como uma arma contra a efetividade da ação mandamental, se foi precisamente a busca pela garantia dessa efetividade o objetivo maior do próprio veto. Na verdade, tal questão somente pode ser adequadamente solucionada no campo hermenêutico, caso se parta de duas premissas interpretativas fundamentais. De um lado, as razões históricas que motivaram o veto e, de outro, a natureza

de garantia constitucional fundamental do mandado de segurança.

Quanto ao primeiro aspecto, os ensinamentos de Andre Vasconcelos Roque e Francisco Carlos Duarte:

Uma interpretação histórica do veto levaria necessariamente à conclusão de que a correção da autoridade impetrada indicada no writ pode ser feita pelo impetrante e a qualquer tempo, inclusive após o encerramento do prazo decadencial para a impetração. Resta saber se, à luz da nova legislação, assim entenderá a jurisprudência ou se a controvérsia continuará indefinida pelos próximos anos⁴²

De fato, interpretando-se historicamente o dispositivo, poder-se-ia concluir não só pela possibilidade de, após a apresentação das informações, ser feita a emenda à inicial para alteração da autoridade coatora erroneamente indicada, como também que essa correção não estaria limitada temporalmente ao prazo decadencial da ação mandamental.

É possível que se contra-argumente, dizendo que a interpretação histórica não deve sobrepujar o texto da lei objetivamente considerado e que esse método hermenêutico seria secundário e menos relevante no processo interpretativo. Em linhas gerais, esse contra-ponto seria válido, uma vez que a interpretação histórica é normalmente empregada para se levar em consideração os trabalhos preparatórios (atas das comissões, anais do congresso, resumo das discussões etc.) de que resultou a votação da lei. Ocorre que, como bem adverte Caio Mário da Silva Pereira, “o pensamento ou vontade do legislador, como ente abstrato, não se vincula à manifestação de um membro do Parlamento ou ao voto enunciado no seio de alguma comissão ou em discurso proferido em plenário, em defesa da disposição em foco”. O ilustre civilista continua e conclui que o desprestígio do fator histórico se deve, em parte, justamente ao “abuso com que se utilizaram tais materiais”⁴³.

Contudo, no caso em tela, não se trata de considerar os trabalhos preparatórios referentes à dinâmica interna do Congresso Nacional. Na verdade, o que ora se aponta é a vontade expressa do legislador consubstanciada no art. 6º, §4º, da lei 12.016/2009 e confirmada no veto presidencial de tutelar a efetividade do mandado de segurança. A interpretação histórica, nesse caso, ganha elevada dignidade, porque nos permite apreender efetivamente, não a opinião de um parlamentar qualquer, mas sim a vontade real do legislador, entendido este em seu mais amplo sentido.

A segunda premissa interpretativa indispensável para que se possa solucionar adequadamente a questão em foco é a natureza constitucional do *mandamus*. Como já se

⁴² Cf. ROQUE, Andre Vasconcelos e DUARTE, Francisco Carlos. Ob., cit., p.52.

⁴³ PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil, vol. I: Introdução ao Direito Civil/ Teoria Geral de Direito Civil*, 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.167.

esclareceu nas considerações preliminares deste trabalho, o mandado de segurança é garantia constitucional fundamental e, como tal, deve ser interpretado sempre através das lentes do cânone hermenêutico da máxima efetividade constitucional.

Desse modo, dúvida não deve haver quanto à possibilidade de correção da autoridade coatora erroneamente indicada, através de emenda à inicial, mesmo após a prestação de informações pela autoridade coatora. Afinal, essa solução jurídica guarda grande harmonia não só com a vontade do legislador – expressa tanto no art. 6º, §4º, da lei 12.016/2009 quanto na justificativa presidencial de seu veto – mas também com os elevados princípios constitucionais inspiradores do mandado de segurança. Portanto, ante a possibilidade de extinção do processo mandamental sem resolução de mérito por irregularidade formal da demanda, deve-se evidentemente preferir a alternativa da emenda à inicial, ainda que após a citação da pessoa jurídica ré, garantindo-se, com isso, a efetividade da ação mandamental.

Outra solução que também busca garantir o aproveitamento do mandado de segurança irregularmente impetrado é a proposta, entre outros, por Eduardo Sodré:

Nos casos em que a alteração da autoridade coatora impetrada não modifique o polo passivo da impetração, julgamos que a correção da irregularidade, porque fundada em interesse público e lastreada em economia e aproveitamento de atos processuais, deve ser levada a cabo ex officio pelo juiz.⁴⁴

Essa opção também está em consonância com o espírito de nossa ordem constitucional, uma vez que contribui igualmente para garantir a efetividade da ação mandamental. Além disso, privilegia-se, assim, o princípio da instrumentalidade das formas. Afinal, o objetivo maior da exigência legal de se indicar na inicial a autoridade coatora responsável pela coação é informar ao juízo quem ela seja. Essa informação é importante para se aferir a competência do juízo, bem como para se saber qual agente deve ser notificado para prestar informações. Ora, caso o juiz já saiba por outros meios quem seria a verdadeira autoridade coatora, a finalidade daquele requisito legal já teria sido satisfeita, sendo cabível, portanto, a correção de ofício pelo juiz.

Ressalte-se, no entanto, que essa solução apresenta a desvantagem de ignorar a vontade do impetrante, o qual não teria a chance de se manifestar sobre o suposto erro na indicação da autoridade coatora. Desse modo, sempre que se mostrar possível e conveniente ao processo a emenda à inicial, deve essa solução ser preferida, mas caberá, em última análise, ao juiz verificar qual dessas alternativas seja a mais adequada em face das

⁴⁴ Cf. SODRÉ, Eduardo. Ob., cit., p.119.

especificidades do caso concreto.

Questão que resta ainda ser discutida diz respeito aos casos em que a correção da autoridade coatora implicar modificação do juiz natural da causa. Isso pode ocorrer porque, segundo entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, a competência no mandado de segurança será estabelecida em razão da função ou da categoria funcional da autoridade apontada como coatora na petição inicial, sendo ainda absoluta. Logo, se a autoridade erroneamente indicada e aquela efetivamente responsável pela coação exercerem suas funções em foros distintos, a correção do erro cometido pelo impetrante fatalmente alterará a competência para o julgamento do feito. Nesse caso, levanta-se mais uma vez a questão: o que o juiz deverá fazer?

Como já mencionado, a jurisprudência do STJ que serviu de ponto de partida para este trabalho tende a, nesses casos, extinguir o processo sem resolução de mérito, alegando a inaplicabilidade da teoria da encampação. De fato, no julgamento do recurso ordinário em mandado de segurança nº 31915/MT, cuja ementa se transcreveu no tópico introdutório, decidiu-se ser “inaplicável a Teoria da Encampação quando a retificação da autoridade coatora importa em alteração quanto ao órgão julgador do mandado de segurança”. Esse entendimento certamente pouco prestigia o mandado de segurança em sua elevada nobreza constitucional. Pelo contrário, ao estipular a extinção do processo sem resolução de mérito, o tribunal amesquinha essa garantia constitucional, restringindo sua efetividade.

Na verdade, a solução para essa questão é muito simples e pode ser encontrada no art. 113, §2º, do CPC, o qual estabelece uma regra aplicável à generalidade das ações civis. Tal dispositivo dispõe o seguinte:

Art. 113 - A incompetência absoluta deve ser declarada de ofício e pode ser alegada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção.

(...)

§ 2º - Declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao juiz competente.

Como a competência no mandado de segurança é absoluta, nos casos de incompetência do foro determinada pela correção da autoridade coatora, deve o juiz, em consonância com o dispositivo supra transcrito, declarar-se incompetente e remeter os autos ao juiz natural da causa. Como se pode perceber, para a solução desse problema, basta a aplicação das regras normais do processo civil.

Nesse sentido, os ensinamentos de José Henrique Mouta Araújo:

O erro na indicação da autoridade coatora não deverá gerar a extinção do processo

*por ilegitimidade (desde que não seja alterada a pessoa jurídica de direito público), sendo possível a decretação de incompetência do Órgão Jurisdicional a quem foi distribuído o feito.*⁴⁵

Por fim, releva ressaltar que todas essas medidas processuais de salvamento do mandado de segurança irregularmente impetrado somente devem ser tomadas, nas hipóteses em que não seja possível a utilização da teoria da encampação. Como já se destacou nas considerações preliminares deste trabalho, a solução proposta por essa teoria constitui indubitavelmente a melhor alternativa quando cabível, uma vez que permite o regular andamento do processo sem quaisquer traumas, a despeito da errônea indicação da autoridade coatora. O problema surge, na verdade, exatamente quando ela se revela incabível em razão do não preenchimento de todos os seus requisitos. São eles: a existência de vínculo hierárquico entre a autoridade erroneamente apontada e aquela que efetivamente praticou o ato ilegal; a extensão da legitimidade não modificar regra constitucional de competência; for razoável a dúvida quanto à autoridade coatora; e houver a autoridade impetrada defendido a legalidade do ato impugnado, ingressando no mérito da ação de segurança.

Quando algum desses requisitos não se faz presente, vários julgados têm decidido pela extinção do processo sem resolução de mérito, alegando freqüentemente a ilegitimidade passiva da autoridade coatora. A utilidade do presente trabalho se revela com nitidez precisamente nesses casos, uma vez que, ao se demonstrar não ser a autoridade coatora parte na ação mandamental, abre-se espaço, como consequência, para a tomada de uma série de medidas processuais de aproveitamento do mandado de segurança irregularmente impetrado, tais como a emenda à inicial, a correção *ex officio* pelo juiz e o declínio de competência.

Com efeito, caso se considerasse a autoridade coatora como ré no mandado de segurança, a adoção dessas medidas encontraria obstáculos quase que intransponíveis na ordem jurídica nacional. O vício em foco não constituiria apenas uma irregularidade formal da demanda, mas sim um defeito relacionado a uma condição da ação, o qual em regra seria insanável.

Nesse sentido, Fredie Didier Jr.:

*Sempre que o defeito for sanável, deve o magistrado determinar a emenda; não lhe é permitido indeferir a inicial sem que conceda ao autor a possibilidade de correção. Não são sanáveis, no entanto, p. ex., os defeitos relacionados às condições da ação e quando houver decadência ou prescrição.*⁴⁶

⁴⁵ Cf. ARAÚJO, José Henrique Mouta. Ob., cit., p.203.

⁴⁶ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p.435.

Por isso mesmo, é possível até entender a resistência apresentada por significativa parcela do poder judiciário em adotar tais medidas salvadoras do mandado de segurança. Afinal, pensa-se estar lidando com um defeito mais grave do que realmente existe.

4. Conclusão

Esta monografia teve por objetivo a análise de um determinado entendimento jurisprudencial ainda influente no Superior Tribunal de Justiça, o qual propugna, nos casos de errônea indicação da autoridade coatora no mandado de segurança, a extinção do processo sem resolução de mérito por ilegitimidade passiva da autoridade apontada. Ao longo do trabalho, se procurou analisar a correção jurídica desse entendimento, partindo-se da hipótese de que ré no mandado de segurança é a pessoa jurídica a que pertence a autoridade coatora e não esta própria, não sendo adequada a extinção do processo no caso em tela, uma vez que tal decisão comprometeria a efetividade da ação mandamental. Ao revés, dever-se-ia adotar medidas alternativas de aproveitamento do mandado de segurança irregularmente impetrado de modo a privilegiar os elevados princípios inspiradores dessa garantia fundamental.

Em um primeiro momento, concentraram-se as atenções especificamente na investigação sobre quem ocuparia realmente o polo passivo da ação mandamental. Com isso, foi possível constatar os desacertos da tese segundo a qual a autoridade coatora seria a parte ré no *mandamus*. Demonstrou-se, assim, ser esta destituída de capacidade processual para atuar pessoalmente em juízo como parte, visto que não possui capacidade postulatória. Além disso, foi evidenciado não ser o coator dotado de legitimidade passiva ordinária, uma vez que não é titular da relação jurídica de direito material deduzida em juízo, não sendo dele o direito em causa.

Através do estudo das legislações que já regularam o tema no Direito brasileiro, pôde-se perceber que, nos primórdios do instituto, o legislador havia sido claro ao estipular a necessidade de se ouvir no processo do *mandamus* o representante judicial da pessoa jurídica de direito público, sugerindo ser esta e não a autoridade coatora a parte ré no mandado de segurança. As controvérsias em torno da questão, embora sempre tivessem existido em algum grau, apenas ganharam grandes proporções com a edição da lei 1.533/51, a qual passou a prever apenas a notificação da autoridade coatora para prestar informações, sendo completamente omissa quanto à citação da pessoa jurídica interessada no feito, o que deu ensejo ao surgimento de diversas teorias para explicar o papel da autoridade coatora na ação mandamental.

Procedeu-se, assim, à análise crítica de cada um desses entendimentos doutrinários: a teoria da legitimidade ordinária da autoridade coatora; a da legitimidade extraordinária; a tese da autoridade coatora como representante judicial da pessoa jurídica; e, por fim, a tese pela qual ela seria mera informante no processo. Dessa análise, foi possível

concluir que o melhor entendimento consiste precisamente neste último, uma vez que reconhece ser o coator destituído de *jus postulandi*, padecendo ainda de ilegitimidade *ad causam* para ocupar a posição de ré na demanda.

Essa investigação preliminar foi finalizada com o estudo das inovações trazidas pela lei 12.016/2009, as quais, como se demonstrou, vieram a confirmar o entendimento sufragado no trabalho. Apontou-se, assim, a previsão do art. 7º, II, que, corrigindo a atecnia da legislação anterior, determinou que o juiz também desse ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada. Lembrou-se também o disposto no art.14, §2º, o qual, ao estender expressamente o direito de recurso à autoridade coatora, praticamente “confessou” não ser a autoridade coatora ré na ação mandamental, uma vez que, caso o fosse, tal previsão seria totalmente inócua, já que toda parte tem direito ao recurso pelo próprio princípio da sucumbência processual. Mencionou-se ainda o art. 9º dessa lei, o qual revelou a insistência do legislador em oportunizar à pessoa jurídica a defesa do ato impugnado. Por fim, fez-se referência à previsão do art. 26, que criminaliza o não cumprimento pela autoridade coatora das decisões proferidas em mandado de segurança, em mais uma clara demonstração de que ela não ocuparia o polo passivo da ação mandamental. Afinal, o processo civil dispõe de meios próprios para garantir o cumprimento pela parte sucumbente da decisão judicial, prescindindo da tutela penal.

Confirmada a hipótese levantada de que o polo passivo na ação mandamental é ocupado pela pessoa jurídica a que pertence a autoridade coatora, partiu-se para a segunda fase do estudo, consistente na análise de quais seriam, então, as soluções processuais possíveis para o caso em foco.

Assim, demonstrou-se ser juridicamente adequada a emenda à inicial para corrigir o erro na indicação da autoridade coatora, o que no caso se revelou adequada tanto antes quanto posteriormente à citação da pessoa jurídica ré. Isso em razão de uma interpretação histórica do veto ao art. 6º, §4º, da lei 12.016/2009 combinada com a própria natureza constitucional do mandado de segurança, a qual demanda do intérprete sempre a busca pelo entendimento que lhe confira a máxima efetividade possível.

Da mesma forma, revelou-se juridicamente possível a correção *ex officio* da autoridade coatora erroneamente indicada na inicial, uma vez que tal alternativa contribui também para garantir o aproveitamento da ação mandamental. A única ressalva consiste em que tal postura não leva em consideração a vontade do impetrante, o qual não teria a chance de se manifestar sobre o suposto erro na indicação da autoridade coatora, sendo, assim, preferível, em tese, a emenda à inicial. No entanto, a solução mais adequada somente poderá

ser encontrada pelo juiz, o qual, diante do caso concreto, terá as melhores condições de avaliar o caminho juridicamente mais apropriado.

Além disso, no caso de alteração da competência em razão da modificação da autoridade coatora, conforme se demonstrou, deve o juiz, em consonância com art.113, §2º, do CPC, simplesmente se declarar incompetente e remeter os autos ao juiz natural da causa. Afinal, a competência no mandado de segurança é absoluta e, nesses casos, é justamente essa a solução que a lei processual geral oferece.

Ressalte-se ainda que a teoria da encampação continua preferível a qualquer dessas alternativas, uma vez que ela permite o normal andamento do processo sem quaisquer traumas a despeito do erro na indicação da autoridade coatora. Como se evidenciou ao longo do trabalho, os procedimentos supra sugeridos são alternativas não à teoria da encampação, mas sim à extinção do processo sem resolução de mérito que poderia se dar exatamente naqueles casos em que essa teoria não fosse aplicável.

Compreende-se, desse modo, o maior impacto de todo o processo de investigação científica que ora culmina na presente monografia, o qual reside precisamente na possibilidade de se aproveitar o mandado de segurança irregularmente impetrado além das restritas situações contempladas pela teoria da encampação, garantindo-se, assim, a máxima efetividade possível a essa garantia constitucional fundamental. Para tanto, indispensável se afigura afastar, de uma vez por todas, o equivocado entendimento que ainda posiciona a autoridade coatora no polo passivo da ação mandamental, criando-se, assim, obstáculos irrealis ao aproveitamento desse singular instrumento de proteção aos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das Ações Constitucionais*, Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Mandado de Segurança*, Salvador: Jus Podivm, 2010.

ASSIS, Carlos Augusto de. *Sujeito passivo no mandado de segurança*. São Paulo: Malheiros, 1997.

BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado de Segurança*, 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BARBI, Celso Agrícola. Sujeito passivo no mandado de segurança. *RT* 589/33-38. São Paulo: RT, 1984.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Recorribilidade das decisões interlocutórias no processo do mandado de segurança*, RF 324/75-80. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

BUENO, Cassio Scarpinella. *A Nova Lei do Mandado de Segurança*, São Paulo: Saraiva, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DIDIER JR., Fredie. *Natureza jurídica das informações da autoridade coatora no mandado de segurança*. In: BUENO, Cassio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois*. São Paulo: RT, 2002.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Manual do Mandado de Segurança*, 4. ed. Rio de Janeiro – São Paulo, 2003.

FERRAZ, Sergio, *Mandado de Segurança*, São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *A autoridade coatora e o sujeito passivo no mandado de segurança*. São Paulo: Ed. RT, 1991.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito Processual Constitucional*, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO. Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*, 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações Constitucionais*, São Paulo: MÉTODO, 2011.

NUNES, Castro. *Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil, vol. I: Introdução ao Direito Civil/Teoria Geral de Direito Civil*, 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ROQUE, Andre Vasconcelos e DUARTE, Francisco Carlos. *Mandado de Segurança: Comentários à Lei 12.016/09*, Curitiba, Juruá, 2011.

SODRÉ, Eduardo, *Mandado de Segurança Individual*. In: *Ações Constitucionais*. Org. Fredie Didier Jr., 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

WEICHERT, Marlon Alberto. *A pessoa jurídica de direito público e a autoridade coatora no mandado de segurança*. Revista de informação legislativa 142/140, ano 36. Brasília: Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas, abr.-jun. 1999.