

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE CAMPINAS  
FACULDADE DE DIREITO**

**LUCI HISSAE HAMAGUCHI**

**A PARTICIPAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA DE  
DIREITO PÚBLICO NO POLO PASSIVO DE  
MANDADO DE SEGURANÇA  
ASPECTOS POLÊMICOS**

Campinas - SP  
2009

**LUCI HISSAE HAMAGUCHI**

**A PARTICIPAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA DE  
DIREITO PÚBLICO NO POLO PASSIVO DE  
MANDADO DE SEGURANÇA  
ASPECTOS POLÊMICOS**

Monografia apresentada no curso de especialização em Direito Processual Civil, como requisito para a conclusão de curso sob orientação do Prof. Dr. Daniel Blikstein.

Puc-Campinas  
2009

BANCA EXAMINADORA

Orientador Prof. Dr. Daniel Blikstein \_\_\_\_\_

Examinadora Prof<sup>a</sup>. Silvana Machado Cella \_\_\_\_\_

Campinas, \_\_\_\_ de dezembro de 2009

Dedico este trabalho ao meu marido,  
José Carlos, e aos meus filhos,  
Eduardo e Luís Fernando, que me  
incentivaram a cada momento neste  
último ano, e cujo apoio foi  
fundamental para que eu pudesse  
concluir o curso.

Agradeço a todos que de alguma forma contribuíram para que eu ingressasse e concluísse o curso, e principalmente, pelo incentivo na elaboração deste trabalho, o que faço na pessoa de minha irmã, Vera Lúcia. Agradecimento especial à minha mãe e demais familiares pelo incentivo, pelas palavras de apoio, e por terem me proporcionado tempo suficiente para que eu me dedicasse integralmente na conclusão deste trabalho. Agradeço também ao prof. Daniel Blikstein pela sua orientação, por ter reservado parte de seu tempo para acompanhar a pesquisa e desenvolvimento deste trabalho, sem o que não teria se realizado.

## **RESUMO**

Este trabalho tem por objeto verificar os aspectos polêmicos em relação ao polo passivo no mandado de segurança, e as suas mudanças/consequências a partir da edição da “Nova Lei do Mandado de Segurança”, Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009. A pesquisa restringir-se-á ao entendimento doutrinário e jurisprudencial, notadamente no que tange à necessidade de participação da pessoa jurídica de direito público na qualidade de litisconsorte necessário ou de assistente litisconsorcial da autoridade impetrada, bem assim, das questões relativas à errônea ou equivocada indicação da autoridade coatora.

## SUMÁRIO

Introdução	08
1. O Mandado de Segurança	10
1.1 Do ato coator	14
1.2 Da autoridade coatora	17
2. Considerações sobre a estrutura administrativa dos órgãos públicos	21
3. Aspectos polêmicos acerca da composição do polo passivo no mandado de segurança - alterações introduzidas pela Lei 12.016/09	25
Considerações Finais	44
Referências Bibliográficas	47

## INTRODUÇÃO

Em sede de mandado de segurança, reputa-se de suma importância a indicação do polo passivo da ação, porquanto desta indicação decorrem diversas consequências no que se refere, desde a competência para processar e julgar o feito, até sua extinção sem resolução de mérito pela incorreta indicação da autoridade coatora.

O rito especial e célere previsto na legislação de regência não se coaduna com o rigor exagerado das questões formais, principalmente ante o princípio da celeridade e instrumentalidade das formas. Ocorre que em sede de mandado de segurança, ainda há quem defenda que a incorreta indicação da autoridade coatora enseja a extinção do processo sem resolução de mérito. Ora, é notória a dificuldade na identificação da autoridade administrativa responsável pela lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo do administrado.

Superada a questão da indicação da autoridade coatora, inicia-se uma questão de cunho processual, qual seja, a participação da pessoa jurídica de direito público na qualidade de parte no mandado de segurança. Com efeito, a “Nova Lei do Mandado de Segurança” parece pretender a inclusão da pessoa jurídica de direito público no polo passivo do mandado de segurança na qualidade de litisconsorte necessário. Todavia, a Lei nº 12.016/2009 ao dispor em seu artigo 7º, inciso II, que se dará ciência do feito ao representante judicial da pessoa jurídica de direito público a que está vinculada a autoridade coatora, para querendo, ingressar no feito, acaba por afastar o litisconsórcio necessário. Terá pretendido então o ingresso da pessoa jurídica de direito público na qualidade de assistente litisconsorcial da autoridade impetrada?

A legislação anterior, ao que tudo indicava, já havia pacificado esta questão, quando da edição da Lei nº 10.910/2004, que por intermédio de seu artigo 19 havia dado nova redação ao artigo 3º da Lei nº 4.348/1964. Contudo, o artigo 9º, da Lei nº 12.016/2009 reproduziu o texto original do art. 3º da Lei nº 4.348/1964, em flagrante retrocesso, ou

desatenção do legislador que não atentou para o fato de que o projeto de lei (de 2001), ora aprovado, era anterior à modificação introduzida pela Lei nº 10.910, editada no ano de 2004.

Assim, pretende-se com este trabalho verificar os aspectos polêmicos inerentes ao polo passivo em mandado de segurança, considerando-se a legislação anterior e a nova lei, aferindo suas diferenças e consequências práticas a partir de então.

## 1 – O MANDADO DE SEGURANÇA

O mandado de segurança já era previsto na Constituição Federal de 1934, em seu art. 113, n. 33, que assim dispunha:

Dar-se-á mandado de segurança para defesa de 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 de segurança não prejudica as ações petitórias competentes.

Em 1936, o processo do mandado de segurança passou a ser regulado pela Lei nº 191, de 16 de janeiro de 1936 que em seu art. 1º assim definia o remédio constitucional:

Dar-se-á mandado de segurança para defesa de direito certo e incontestável, ameaçado ou violado, por ato manifestamente inconstitucional, ou ilegal, de qualquer autoridade.

A Constituição Federal de 1937 foi omissa em relação ao mandado de segurança.

Já em 1939, o Decreto-Lei nº 1608 (Código do Processo Civil), de 18 de setembro de 1939 tratou do mandado de segurança a partir do artigo 319 até 331, e assim o definia no art. 319:

Dar-se-á mandado de segurança para defesa de direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional, ou ilegal, de qualquer autoridade, salvo do Presidente da República, dos Ministros de Estado, Governadores e Interventores.

Com a edição da Constituição Federal de 1946, o mandado de segurança teve previsão no art. 141, § 24, com algumas alterações:

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.

Aos 31 de dezembro de 1951 foi editada a Lei nº 1.533/51 (Lei do Mandado de Segurança), a qual revogou os dispositivos relativos à ação mandamental, anteriormente previstos no Código de Processo Civil, e que em sua original redação assim dispôs:

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

Com a Constituição Federal de 1967, algumas alterações na redação contida no art. 150, § 21, conforme a seguir:

Conceder-se-á mandado de segurança, para proteger direito individual e certo não amparado por “habeas corpus”, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.

A Emenda nº 1, de 1969 não trouxe alteração quanto à redação do artigo 150, § 21, tendo sido apenas renumerado para art. 153, § 21.

Com a promulgação da Constituição Federal, em 05 de outubro de 1988, o mandado de segurança restou inserido no capítulo das garantias individuais, mais precisamente no art. 5º, inciso LXIX:

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

A Constituição Federal de 1988 também assegurou no inciso LXX, do art. 5º o mandado de segurança coletivo, que pode ser impetrado por partido político com

representação no Congresso Nacional, e por organização sindical, entidade de classe ou associação. Esta última, desde que legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa de seus membros ou associados.

Para José Cretella Júnior:<sup>1</sup>

Esse instrumento jurídico “efetivo” que transporta da *teoria* para a *prática* a limitação do poder é, entre outros, no Brasil, o mandado de segurança, *remedium juris* específico de que pode utilizar-se o administrado para suscitar de modo fulminante o exame jurisdicional de ato de autoridade que, in *potentia* ou *actu*, lhe fira direitos subjetivos, públicos ou privados, utilização que ocorre, quer a *priori*, em caso de ameaça iminente, quer a *posteriori*, quando a coação se materializa, em virtude de concreta providência levada a termo pela autoridade competente, responsável pela *ameaça* ou pela *concreta violação* do direito líquido e certo do interessado.

O mandado de segurança individual, objetiva, nas palavras de José Afonso da Silva:<sup>2</sup>

Visa, como se nota, amparar direito pessoal líquido e certo. Só o próprio titular desse direito tem legitimidade para impetrar o mandado de segurança individual, que é oponível contra qualquer autoridade pública ou contra agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições públicas, com o objetivo de corrigir ato ou omissão ilegal ou decorrente de abuso de poder.

A Lei nº 1.533/51 recebeu várias alterações por intermédio da edição de outras leis, tendo sido recepcionada pela Constituição da República de 1988 e vigorado até a edição da “Nova Lei do Mandado de Segurança”, a Lei Federal nº 12.016, de 07 de agosto de 2009.

Esta é a ação posta à disposição para a defesa de direito líquido e certo, contra ilegalidade ou abuso de poder exercido por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica, no exercício de atribuições do Poder Público.

---

<sup>1</sup> Comentários às leis do mandado de segurança, p. 58.

<sup>2</sup> Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 444.

A ação mandamental visa impugnar ato da Administração Pública, que venha a ferir direito líquido e certo do administrado. Por isso tem rito especial, ou seja, tem rito muito mais célere que as ações que tramitam pelo rito ordinário.

A uma, porque ataca ato ou omissão de autoridade pública, desde que comprovado, de plano, a ilegalidade ou abuso de poder exercido contra seu direito, ou ameaça de lesão ao seu direito.

A duas, porque em sede de mandado de segurança a prova é pré-constituída, à autoridade responsável pelo ato atacado cabe apenas prestar informações, não havendo instrução probatória.

A três, porque apreciada a liminar, o Ministério Público se manifesta e resta ao órgão jurisdicional a prolação de sentença, encerrando-se a prestação jurisdicional em primeiro grau.

A celeridade da ação mandamental justifica-se pela ofensa a direito líquido e certo, comprovado de plano pelo administrado, razão pela qual a Lei prevê prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias, a partir da ciência, pelo administrado, do ato lesivo ao seu direito, para impetração do remédio constitucional no exercício da defesa do direito atingido.

Portanto, nos casos em que haja necessidade de dilação probatória, não cabe a impetração de mandado de segurança. Da mesma forma, em se tratando de direito amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, também é incabível a propositura de mandado de segurança.

## 1.1 – DO ATO COATOR

Para Sérgio Ferraz:<sup>3</sup>

Denomina-se “coator” o ato ou a omissão de autoridade pública, ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, marcado de ilegalidade ou abuso de poder, que ameace ou viole direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*.

Entende-se por ato coator, aquele emanado de autoridade no exercício da administração pública que fere direito líquido e certo do administrado. Ressalte-se que referido ato deve estar eivado de ilegalidade ou fundado no abuso de poder, pois no exercício da administração, a autoridade está totalmente vinculada à legislação, ou seja, se o ato considerado pelo administrado, como coator, ocorreu no estrito cumprimento da lei, não há que se falar em ilegalidade.

Há casos, entretanto, em que sob a aparência da legalidade, a autoridade age com abuso de poder, segundo Hely Lopes Meirelles:<sup>4</sup> “O *abuso do poder* ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, ultrapassa os limites de suas atribuições ou se desvia das finalidades administrativas.”

A Administração Pública age por meio de seus órgãos e agentes, os quais no exercício de suas atribuições são obrigados a observar os princípios que regem a Administração, dentre eles pode-se relacionar o princípio da moralidade, eficiência, impessoalidade, legalidade, razoabilidade, proporcionalidade, etc.

A autoridade no cumprimento de suas atribuições deve tê-los em mente, assim pode-se utilizar como exemplo de abuso de poder, a fiscalização realizada em determinado estabelecimento que comercializa produtos alimentícios, o fiscal encontra

---

<sup>3</sup> Mandado de Segurança, p. 138.

<sup>4</sup> Direito Administrativo Brasileiro, p.110.

uma única unidade de produto com prazo de validade expirado e como sanção determina a imposição de multa e o fechamento do estabelecimento. Ora, é evidente que não se trata de situação de risco para a coletividade, por certo ocorreu uma pequena “falha humana”, a autuação deveria ocorrer sim, até como alerta para que tal não se repetisse, porque afinal, é esta a finalidade da fiscalização.

É evidente, neste exemplo, que o abuso de poder restou configurado, a fiscalização tinha competência para impor penalidades, no entanto agiu com abuso de poder, pela falta de razoabilidade e proporcionalidade na aplicação da sanção e também pelo desvio de finalidade totalmente caracterizado.

Outro exemplo de caracterização de ato coator, é a ausência de manifestação da autoridade, ou seja, a omissão da administração. O silêncio da autoridade em relação à requerimento que lhe é dirigido em prazo razoável, não deixa de ser abuso.

Para Hely Lopes Meirelles:<sup>5</sup> “O abuso de poder tanto pode revestir a forma comissiva como a omissiva, porque ambas são capazes de afrontar a lei e causar lesão a direito individual do administrado”.

Observa Sérgio Ferraz que:<sup>6</sup>

De imediato, ao se falar em “ato coator” tem-se em mente o ato administrativo. Aliás, a princípio a acepção era ainda mais estreita: pensava-se no ato administrativo praticado, ativa ou omissivamente, pelo agente do Poder Público. Foi no evoluir dos conceitos que se pacificou – de início na doutrina, após na jurisprudência, por último no direito positivo – que o ato administrativo coator pode provir de agente de qualquer dos Poderes estatais, bem como de agentes a quem se delegue a execução de atribuições do Poder Público. No particular, em verdade, não se põe, mais, sombra de controvérsia.

É o que ocorre nas situações em que o direito é atingido por ato praticado não por agente público, mas por particular no desempenho de função delegada. Exemplo típico é o caso de Instituição de Ensino Superior Privado, que obsta o acesso às salas de aula e

---

<sup>5</sup> Direito Administrativo Brasileiro, p. 111.

<sup>6</sup> Mandado de Segurança, p. 140/141.

demais dependências, ou nega ao aluno a entrega de documentos (histórico escolar, dentre outros) em razão de inadimplência. Ora, é vedado pela legislação a imposição de “penalidade” pedagógica ao aluno inadimplente, ao menos durante o período em curso, no qual encontra-se matriculado. Nada impede que em decorrência da inadimplência em período anterior a instituição se negue a renovar matrícula.

Assim, embora se trate de instituição particular, atua por delegação do Poder Público, logo, o aluno pode, para defender seu direito, impetrar mandado de segurança.

Quanto ao justo receio de que dispõe o art. 1º da Lei nº 1.533/51 “...ilegalmente ou com abuso do poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade...”, leciona Lúcia Valle Figueiredo:<sup>7</sup>

Coloca-se a respeito do ato coator o problema do *justo receio*. Se fosse necessário que se esperasse a concretização do *ato administrativo*, do ato de autoridade, para a impetração do mandado de segurança, ocorreria, ou poderia ocorrer, o perecimento do próprio direito, ou a efetiva lesão. [...] Todavia, claro está que o justo receio tem de ser concreto, palpável, aferível pelo juiz, e aferível de plano, com a inicial. Portanto, o justo receio não pode ser mera alegação de que está o jurisdicionado por sofrer constrangimento considerado ilegal.

Percebe-se, portanto, que em sede de mandado de segurança, independentemente da categoria do ato contra o qual o jurisdicionado se oponha (comissivo, omissivo, ou na iminência de ser praticado), o direito há de ser líquido e certo, demonstrado de plano, ou seja, a prova há de ser pré-constituída, caso contrário a defesa deverá ser exercida por intermédio dos meios adequados.

---

<sup>7</sup> Mandado de Segurança, p. 89/90.

## 1.2 DA AUTORIDADE COATORA

Ensina Hely Lopes Meirelles que:<sup>8</sup>

*Ato de autoridade* é toda manifestação ou omissão do Poder Público ou de seus delegados, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las. Por *autoridade* entende-se a pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída pela norma legal. [...] O simples *executor* não é coator em sentido legal; coator é sempre aquele que *decide*, embora muitas vezes também execute sua própria decisão, que rende ensejo à segurança. *Atos de autoridade*, portanto, são os que trazem em si uma decisão, e não apenas execução.

A autoridade coatora ou autoridade impetrada é aquela que pratica o ato dito coator, portanto, com poderes de rever, de modificar o ato, ou seja, é aquela com competência para cumprir a decisão judicial, a ordem mandamental acaso deferido o pedido formulado pelo impetrante.

Autoridade para fins de impetração de mandado de segurança é a pessoa física detentora de competência para praticar o ato considerado ilegal, vale dizer, atualmente o conceito de autoridade não está mais restrito apenas aos agentes públicos, mas também àqueles que, por delegação do Poder Público, atuam em atividades da Administração.

Dispõe o § 1º, do artigo 1º da Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009 que:

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

Desta feita, a partir da edição da nova lei, passam a ser consideradas autoridades para efeito de mandado de segurança, também, os representantes ou órgãos de partidos políticos, administradores de entidades autárquicas, dirigentes de pessoas jurídicas no

---

<sup>8</sup> Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, “Habeas Data”, Ação Direta de Constitucionalidade (...), p.33.

exercício de atribuições do poder público e as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público.

Para Heraldo Garcia Vitta:<sup>9</sup>

Autoridade coatora é quem, efetivamente, ordena, executa ou omite a prática do ato impugnado, desde que tenha *competência e instrumentos* para cumprir a *decisão jurisdicional*. É quem ordena, *concreta e especificamente*, a execução ou inexecução do ato impugnado, e responde por suas conseqüências administrativas. Não é quem expede portaria, regulamento, instrução de ordem geral, genérica, mas quem executa a ordem nelas contidas, com *poder de decisão*.

Conclui Lúcia Valle Figueiredo:<sup>10</sup>

Então, *autoridade coatora* é sempre quem tem *poder de decisão*, poder de determinar algo que possa vir a provocar conseqüências a quem se sujeita à Administração. Portanto, a quem é administrado. A ameaça firme de lesão, quer dizer, a suposição real, forte, de que o ato irá ser praticado, já poderá deflagrar mandado de segurança preventivo.

Embora em princípio possa parecer simples a indicação da autoridade coatora, bastando identificar qual autoridade detém competência para corrigir o ato considerado ilegal, na verdade a realidade é bem outra. Não bastasse a complexidade da estrutura administrativa dos entes públicos, verificam-se ainda situações que podem ensejar mais dúvidas quanto à identificação da autoridade, conforme relata Lúcia Valle Figueiredo:<sup>11</sup>

A legislação, muita vez, pretende “deslocar” a autoridade coatora. Enfim, na lei diz-se que competente para exercer tais e quais competências será, por exemplo, o Ministro do Estado. Isso ocorreu, há muito tempo atrás, por ocasião do empréstimo-calamidade, aconteceu posteriormente, por ocasião de outro empréstimo-compulsório, em que se tentava “deslocar” a autoridade coatora para Brasília, exatamente para se dificultar a interposição do mandado de segurança, e tem sucedido sempre. [...] Veja-se, então, que não pode a lei estabelecer competência *ad hoc*, quer dizer, competência para aquele fato aleatoriamente. Se já houver *autoridade competente*, não se poderá, por meio transversal, estabelecer-se outra

---

<sup>9</sup> Mandado de Segurança, p. 14.

<sup>10</sup> Mandado de Segurança, p. 58/59.

<sup>11</sup> Id p. 60/61.

autoridade, pois, assim, teoricamente, possível deslocar-se todos os mandados de segurança para Brasília, por hipótese.

Oportuna a observação acerca do “deslocamento” de competência, uma vez que a competência para processar e julgar as ações de mandado de segurança é fixada pela sede funcional da autoridade coatora, motivo pelo qual é de vital importância a correta identificação da autoridade, pois a impetração deve ocorrer no foro de sua sede funcional.

Assim, apenas a título exemplificativo, verifica-se, na cobrança de obrigações tributárias, que coator será quem diretamente for cobrar a exação, razão pela qual de suma importância o domicílio tributário, isto é, no caso de cobrança do Imposto sobre Propriedade Territorial Urbana - IPTU, terá competência para tanto a autoridade municipal. Assim, caso a cobrança ocorra de forma ilegal, porque, por exemplo, o valor cobrado já foi quitado, e a autoridade se negue a proceder à revisão, ela responderá em sede de mandado de segurança.

Da mesma forma, em se tratando de tributos estaduais ou federais, haverá a necessidade de identificação da autoridade, após, a localização da sede funcional de referida autoridade, para possibilitar a impetração do mandado de segurança no Juízo competente.

No mesmo sentido, a indicação da autoridade no que se refere aos mandados de segurança impetrados em questões relativas às Instituições de Ensino Superior, pois notadamente estas instituições têm várias sedes, às vezes no mesmo município, e na maioria das situações, em diversos municípios. Pois bem, quem é a autoridade que responde em mandado de segurança? Ora, dependerá da sede funcional da autoridade que detém competência, que tem o poder de decisão, aquele que praticou ou ordenou a prática do ato de se deseja impugnar. Por exemplo, no indeferimento da matrícula, quem responde? Depende, se a apreciação do pedido for competência do Reitor, ele será legitimado como autoridade coatora e o Juízo competente será o foro com jurisdição sobre a sede funcional do Reitor. Caso esta apreciação esteja submetida ao Coordenador

da unidade, este será autoridade e competente o Juízo com jurisdição sobre a sede da unidade.

Percebe-se, portanto, que para a impugnação de qualquer ato administrativo por meio de mandado de segurança é necessário que se identifique a autoridade da qual emanou a ordem para a prática do ato que se deseja impugnar – tarefa na maioria das vezes difícil, pois nos atos de controle, nos atos compostos e nos atos complexos existem critérios na identificação de quem é autoridade coatora, uma vez que o ato para ser formalizado passa por mais de um agente – identificado o coator, resta determinar o foro competente para impetração.

Outro fator que em muito contribui para tamanha dificuldade na identificação da autoridade é a complexidade de nosso ordenamento jurídico. Não bastasse a infinidade de leis aprovadas diariamente no Congresso Nacional, o administrado/jurisdicionado fica submetido, ainda, aos Decretos, Resoluções, Portarias, Instruções Normativas, dentre outras, de cada um dos órgãos da Administração Pública.

## **2 – CONSIDERAÇÕES SOBRE A ESTRUTURA ADMINISTRATIVA DOS ÓRGÃOS PÚBLICOS**

Tamanha é a complexidade da estrutura administrativa dos órgãos públicos que se faz necessário ao menos um breve relato acerca da Administração Pública.

É dividida em Administração Direta e Indireta, a Direta exercida por meio da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios. A Indireta exercida por intermédio das Autarquias, Fundações, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista.

A Administração Pública atua de duas formas, ora de forma centralizada, ora de forma descentralizada. Quando de forma centralizada é exercida pelos órgãos ou agentes da Administração Direta. A distribuição interna de competências é a desconcentração de atribuições. Já na atuação descentralizada, a Administração necessita de outra pessoa jurídica para desempenhar suas atividades.

Existem duas formas de descentralização, por outorga ou por delegação.

Na descentralização por outorga a Administração cria por meio de Lei outra pessoa jurídica e a ela transfere a titularidade e a execução de um serviço público, são as entidades da Administração Pública Indireta.

No que tange à descentralização por delegação, a Administração, por meio de contrato ou ato administrativo, transfere a execução de um serviço público para o particular para que este o exerça em seu nome por sua conta e risco, são as concessionárias e permissionárias de serviço público.

Da simples leitura destas poucas linhas é possível verificar a complexidade da estrutura administrativa, ressalte-se que sequer foram mencionados os Ministérios, Secretarias, Departamentos, Seções, Subseções e demais órgãos dos três poderes que compõem a República Federativa do Brasil.

A autarquia, entidade da Administração Pública Indireta, é pessoa jurídica de direito público, criada por lei, para a prestação de um serviço público descentralizado. É o caso do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

Apenas a título de curiosidade, para que se possa avaliar a real complexidade da estrutura administrativa de todos os órgãos, que sofrem modificações constantemente, vale destacar algumas das mais recentes mudanças ocorridas no âmbito desta Autarquia.

Até a edição da Lei nº 11.098, de 13 de janeiro de 2005, a Autarquia era responsável pela fiscalização e arrecadação das contribuições previdenciárias que custeiam os benefícios da previdência social, além de administrar tudo quanto diga respeito aos segurados da Previdência, isto é, processar e conceder os pedidos de benefícios previdenciários e assistenciais.

Contudo, a Lei nº 11.098/2005 criou a Secretaria da Receita Previdenciária, vinculada ao Ministério da Previdência, dividindo as competências até então cometidas ao INSS. Esta Lei criou também diversos cargos, dentre eles o Delegado da Receita Previdenciária, para responder pela fiscalização e arrecadação das contribuições previdenciárias, restando ao Gerente Executivo do INSS apenas a competência relativa aos benefícios. Naturalmente esta lei também estabeleceu competência territorial de atuação para os Delegados da Receita Previdenciária, diferente daquela até então exercida pelo Gerente Executivo do INSS.

Desnecessário qualquer comentário acerca das conseqüências destas modificações. Sem que houvesse tempo hábil para assimilar tais mudanças, em 21 de julho de 2005 foi editada a Medida Provisória nº 258, que instituía a chamada “Super Receita”. Desta feita, a então recém criada Secretaria da Receita Previdenciária passava a subordinar-se ao Ministério da Fazenda, e a Secretaria da Receita Federal, passava a denominar-se Secretaria da Receita Federal do Brasil, permanecendo vinculada ao Ministério da Fazenda. O Delegado da Receita Previdenciária passou a denominar-se

Delegado da Receita Federal do Brasil – Previdenciária, e o Delegado da Receita Federal foi substituído pelo Delegado da Receita Federal do Brasil.

Passado o prazo previsto constitucionalmente sem que a Medida Provisória 258/2005 fosse aprovada, teve seu prazo de vigência encerrado no dia 18 de novembro daquele ano por Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº 40, de 2005. Assim, retornando ao *status quo*, em plena vigência a Lei nº 11.098/2005.

Atualmente, com o advento da Lei nº 11.457, de 17 de março de 2007, nova modificação ocorreu com a criação, agora mediante lei ordinária, da denominada “Super Receita”.

Esta lei extinguiu a Secretaria da Receita Previdenciária, transferindo suas competências para a Secretaria da Receita Federal do Brasil, órgão vinculado ao Ministério da Fazenda. Destarte, houve nova modificação de competência territorial no âmbito de questões relativas às contribuições previdenciárias.

As ações anteriormente propostas em face do Instituto Nacional do Seguro Social, cujo objeto referiam-se às contribuições sociais, passaram a ser propostas em face da União Federal, que será representada por meio de suas Procuradorias.

Com efeito, é de se imaginar que do administrado seja exigido tal conhecimento? Que ao defender seu direito por ação mandamental tenha ele conhecimento da estrutura administrativa e por conseqüência da autoridade administrativa com competência para corrigir o ato que lesa seu direito?

Saliente-se que em relação às modificações supra referidas, a análise superficial destacada não fez alusão a decretos regulamentares, portarias, resoluções, instruções normativas, que em regra, são responsáveis pela delimitação de competência territorial, atribuição de funções, etc.

Ademais, referidas considerações, além de superficiais, referem-se a um único órgão da Administração Pública, de sorte que a dificuldade para que o jurisdicionado

identifique a autoridade coatora para fins de impetração de mandado de segurança torna-se quase que impossível.

Não obstante toda a dificuldade na identificação da autoridade competente para responder ao mandado de segurança, ainda há quem defenda que a incorreta indicação da autoridade coatora em sede de mandado de segurança enseja sua extinção sem resolução de mérito.

### **3 – ASPECTOS POLÊMICOS ACERCA DA COMPOSIÇÃO DO POLO PASSIVO NO MANDADO DE SEGURANÇA – ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI 12.016/09**

A indicação da autoridade administrativa que deve figurar no pólo passivo do mandado de segurança define a competência de jurisdição. Tal definição de competência se dá com fundamento na sede funcional da autoridade dita coatora, por esta razão a correta identificação da autoridade é de vital importância.

Ocorre, porém, que a complexidade da estrutura dos órgãos da Administração Pública, impede, via de regra, que se consiga aferir, de imediato, qual é esta autoridade, com competência administrativa para responder pela ilegalidade do ato que se deseja impugnar ou responder pela omissão do ato a ser praticado.

A controvérsia se inicia quando da impetração de mandado de segurança com indicação errônea da autoridade responsável pelo ato que se deseja impugnar. Pode o juiz retificar, de ofício, o pólo passivo do mandado de segurança em homenagem aos princípios da celeridade, instrumentalidade, economia processual, ou deve simplesmente indeferir a petição inicial?

O problema é observado quando a retificação do pólo passivo implica em reconhecimento de incompetência do Juízo onde o administrado ajuizou a ação. Assim, quando a retificação, de ofício, implica no reconhecimento de incompetência do Juízo, determina-se a remessa dos autos ao Juízo com jurisdição sobre a sede funcional da autoridade coatora que passou a figurar no pólo passivo.

Ocorre que nem sempre o Juízo destinatário tem o mesmo entendimento que o Juízo de origem, pois adota a corrente, mais formalista, de que em caso de indicação equivocada da autoridade coatora o processo deve ser extinto, e, suscita conflito negativo de competência.

Mas, será que tal atitude não seria um excesso? Não estaria na via contrária do objetivo maior disposto na Constituição Federal, notadamente a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004. Ora, se a retificação do pólo teve como fundamento a economia processual e celeridade, e desde que a retificação tenha ocorrido de forma correta, por que não dar seguimento ao feito?

A questão é mencionada por Lúcia Valle Figueiredo: <sup>12</sup>

O problema que se coloca é o seguinte: o juiz de primeira instância, se houver indicação incorreta da autoridade coatora, deve extinguir liminarmente o feito? Entendemos que não deveria fazê-lo, mas, sim, encaminhar o mandado de segurança ao juiz competente. Ou pelo menos – e de forma mais cautelosa -, determinar a emenda da inicial. Também, nessa questão, a jurisprudência tergiversa. Já tivemos problema semelhante em nosso Tribunal da 3ª Região, à época em que lá julgávamos, em conflito de competência exatamente na hipótese em que o juiz ao detectar sua incompetência, encaminhou o processo para o competente. Todavia, quem seria competente afirmou não poder recebê-lo somente porque o primeiro assim entendera, tendo acabado por suscitar conflito de competência. E o Tribunal resolveu que não podia o juiz, de ofício, enviar o processo ao juiz competente, à efetiva autoridade coatora. Não concordamos com esse procedimento, inclusive em face da instrumentalidade do processo e da urgência necessária a ser dada ao mandado de segurança.

Não é outro o pensamento de Hely Lopes Meirelles: <sup>13</sup>

Muito se tem discutido – e os tribunais ainda hesitam – se a errônea indicação da autoridade coatora conduz à carência da impetração ou admite correção para o prosseguimento do mandado contra o verdadeiro coator. Sustentamos que o juiz pode – e deve – determinar a notificação da autoridade certa, como medida de economia processual, e, sendo incompetente, remeter o processo ao juízo competente (CPC, art. 113, § 2). Isto porque a complexa estrutura dos órgãos administrativos nem sempre possibilita ao impetrante identificar com precisão o agente coator, principalmente nas repartições fazendárias que estabelecem imposições aos contribuintes por chefias e autoridades diversas.

As conseqüências tanto no caso de extinção como no caso de conflito de competência suscitado no caso de remessa dos autos ao Juízo competente, são prejudiciais apenas ao impetrante/administrado, que estará duplamente prejudicado.

---

<sup>12</sup> Mandado de Segurança, p. 84

<sup>13</sup> Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, “Habeas Data”, Ação Direta de Inconstitucionalidade (...), p.64/65

Ora, se o impetrante necessitou se valer do remédio constitucional, é porque anteriormente teve um direito seu lesado, e quando espera que o Judiciário reconheça a ilegalidade ou abusividade do ato que deseja impugnar, vê-se penalizado, com a extinção do processo pela errônea indicação da autoridade, perfeitamente sanável pela emenda da inicial, ou pela retificação “ex officio”.

Existe, ainda, a possibilidade do impetrante/administrado decair do direito de impetrar mandado de segurança, caso o processo seja extinto, porque como é sabido existe um prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias para impetração de mandado de segurança, contados da data da ciência do ato que se deseja impugnar. Pois bem, dependendo do lapso temporal decorrido entre a extinção do processo, a ciência desta decisão judicial, e a impetração de novo mandado de segurança perante o Juízo competente, o impetrante/administrado pode decair do direito de impetrá-lo, uma vez que o prazo decadencial, nesta situação, não se interrompe nem se suspende com a impetração do mandado de segurança extinto.

No caso de haver conflito negativo de competência suscitado, o impetrante/jurisdicionado não corre o risco de decadência do direito de impetrar a ação mandamental, porquanto o processo não é extinto, mas tem seu prejuízo consubstanciado na espera de uma decisão a ser proferida pelo Tribunal competente.

De qualquer forma o prejudicado em todas as situações, é, sem dúvida, o impetrante/administrado.

Pesquisa anterior versando sobre este aspecto, indicação errônea da autoridade impetrada e suas consequências, em trabalho de conclusão de curso de graduação, pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas – Faculdade de Direito apresentado no ano de 2007<sup>14</sup> verificou que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que a incorreta indicação da autoridade coatora não enseja extinção do processo sem resolução de mérito, notadamente quando a pessoa jurídica de

---

<sup>14</sup> A Retificação de Ofício do Pólo Passivo de Mandado de Segurança Previdenciário

direito público a qual estão vinculadas as autoridades impetradas (a erroneamente indicada e a correta) é a mesma, de sorte que não há qualquer prejuízo na defesa dos atos praticados. Confira-se trecho do trabalho acadêmico citado:<sup>15</sup>

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

1. A essência constitucional do Mandado de Segurança, como singular garantia, admite que o juiz, nas hipóteses de indicação errônea da autoridade impetrada, permita sua correção através de emenda à inicial ou, se não restar configurado erro grosseiro, proceder a pequenas correções de ofício, a fim de que o writ cumpra efetivamente seu escopo maior.

2. “Não viola os artigos 1º e 6º da Lei n. 1.533/51 a decisão que, reconhecendo a incompetência do tribunal, em razão da errônea indicação da autoridade coatora, determina a remessa dos autos ao juízo competente, ao invés de proclamar o impetrante carecedor da ação mandamental.” Resp nº 37317/PR.

3. Destarte, considerando a finalidade precípua do mandado de segurança que é a proteção de direito líquido e certo, que se mostre configurado de plano, bem como da garantia individual perante o Estado, sua finalidade assume vital importância, o que significa dizer que as questões de forma não devem, em princípio, inviabilizar a questão de fundo gravitante sobre ato abusivo da autoridade. Conseqüentemente, o Juiz ao deparar-se, em sede de mandado de segurança, com a errônea indicação da autoridade coatora, deve determinar a emenda da inicial ou, na hipótese de erro escusável, corrigi-lo de ofício, e não extinguir o processo sem julgamento do mérito.

4. A errônea indicação da autoridade coatora não implica ilegitimidade ad causam passiva se aquela pertence à mesma pessoa jurídica de direito público; porquanto, nesse caso não se altera a polarização processual, o que preserva a condição da ação,

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

6. Aplica-se a teoria da encampação quando a autoridade apontada como coatora, ao prestar suas informações, não se limita a alegar sua ilegitimidade, mas defende o mérito do ato impugnado, requerendo a denegação da segurança, assumindo a legitimatio ad causam passiva. (precedentes da Corte: AGA 538820/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 12/04/2004; RESP 574981/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 25/02/2004; ROMS 15262/TO, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 02/02/2004; AIMS 4993/DF, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJ de 19/02/2001).

7. Não obstante, in casu, revela-se incorrente a causa de extinção do processo porquanto o Secretário de Estado de Receita que é quem detém o poder ordenar que sejam mantidos os créditos de ICMS para posterior compensação.

8. In casu, o ato inquinado foi praticado pelo Secretário de Estado de Receita, posto que, a teor dos ensinamentos do mestre Hely Lopes Meirelles, “considera-se autoridade coatora a pessoa que ordena ou omite

---

<sup>15</sup> A Retificação de Ofício do Pólo Passivo de Mandado de Segurança Previdenciário, p. 44/46

a prática do ato impugnado e não o superior que o recomenda ou baixa normas para a sua execução... Coator é a autoridade superior que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado, e responde pelas suas conseqüências administrativas...” (“Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data”, 13ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, 1989, p. 34) por isso que só pode ocupar o pólo passivo do Mandado de Segurança a autoridade que praticou o ato, diretamente, e que possui atribuições para desfazê-lo.

9. Em assim sendo, quer por esse fundamento, quer pela Teoria da Encampação, o Secretário de Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul possui tem legitimidade passiva para responder ao presente writ. (precedentes: ROMS 17458/RS; Rel.ª Min.ª ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJ de 23/08/2004; ...).

10. Recurso ordinário provido.(ROMS – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança – 19945; Proc. 200500671122/RJ; Rel. Min. Luiz Fux; Primeira Turma; STJ; j. 03/05/2007; v.u.; DJU 31/05/2007, p. 319)

No mesmo sentido os seguintes julgados, também do Superior Tribunal de Justiça: ROMS – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança – 19378, Proc. 200401807149/DF, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, STJ, j. 01/03/2007, v. por maioria, DJU 19/04/2007, p. 232; ROMS – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança – 19324, Proc. 200401751175/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, STJ, j. 21/03/2006, v.u., DJU 03/04/2006, p. 225; RESP – Recurso Especial – 685567, Proc. 200401145892/BA, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, STJ, j. 13/09/2005, v.u., DJU 26/09/2005, p. 225; ROMS – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança – 20193, Proc. 200500995129/DF, Rel. Min. Nilson Naves, Sexta Turma, STJ, j. 03/08/2006, v.u., DJU 05/02/2007, p. 381 LEXSTJ Vol.:00211, p.43).

Ainda no sentido de atentar para que o formalismo não prejudique a questão de mérito:

PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO IMPUGNADO. DESCONTOS EM PROVENTOS DE APOSENTADORIA A TÍTULO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA (FUNPREV). AUTORIDADES APONTADAS COMO COATORAS. GOVERNADOR DO ESTADO E SECRETÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO ESTADUAL. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM.

1. A nulidade processual que deve conduzir à nulificação do processo com a sua extinção sem resolução do mérito, deve ser deveras significativa de modo a sacrificar os fins de justiça do processo. É que o processo é instrumento de realização de justiça e não um fim em si mesmo, por isso que não se justifica, em prol da questão meramente formal, sacrificar a questão de fundo e deixar ao desabrigo da coisa julgada o litígio, fator de abalo da paz e da ordem social.

2. O princípio se exacerba no campo dos remédios heróicos de defesa dos direitos fundamentais, como soe ser (sic) o Mandado de Segurança, no qual a parte veicula lesão perpetrada por autoridade pública, que a engendra calcada na premissa da presunção de legitimidade de seus atos.

3. Consectariamente, a análise de questões formais, notadamente a vexata questio referente à pertinência subjetiva passiva da ação, com a descoberta da autoridade coatora no complexo administrativo, não deve obstar a perquirição do abuso da autoridade que caracteriza esse remédio extremo.

4. Deveras, a teoria da encampação e a condescendência com a aparência de correta propositura (error communis facit ius) adotadas pela

jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça denotam a necessária flexibilização da aferição dessa condição da ação, no afã de enfrentar e conjurar o ato abusivo da autoridade.

5. (...)

6. (...)

7. Recurso especial a que se nega provimento.(RESP – Recurso Especial – 745451; Proc. 2005006950509/BA; Rel. Min. Luiz Fux; Primeira Turma; STJ; j. 14/11/2006; v.u.; DJU 27/11/2006, p. 247)

Assim, no que tange à indicação da autoridade coatora, já restava pacificado na jurisprudência do E. STJ, ainda na vigência da legislação anterior, que em homenagem aos princípios da celeridade, efetividade e instrumentalidade, questões meramente formais, sanáveis, de ofício ou a requerimento da parte, não se coadunam com o rito especial e célere conferido ao mandado de segurança.

Já no que se refere à participação da pessoa jurídica de direito público na defesa dos atos reputados ilegais, alegados em sede de mandado de segurança dividem-se os entendimentos no sentido de que a autoridade coatora que figura no polo passivo do mandado de segurança não é parte do processo, sendo notificada apenas para prestar as informações acerca do ato que se deseja impugnar, esgotando-se na oportunidade sua participação. Parte, neste contexto, é a pessoa jurídica de direito público a qual está vinculada e autoridade impetrada, porquanto ela é que suportará os efeitos patrimoniais de eventual concessão da segurança, de modo que ela é quem verdadeiramente responde como parte no mandado de segurança.

Entretanto, se a pessoa jurídica de direito público não é citada, donde se conclui não se tratar de litisconsórcio necessário, deverá então atuar na qualidade de assistente litisconsorcial, requerendo para tanto seu ingresso no feito?

Segundo Lúcia Valle Figueiredo:<sup>16</sup>

Dizia-se, anteriormente, que a parte passiva do mandado de segurança era a autoridade coatora. Depois, começou-se a afirmar que a parte passiva, o sujeito passivo do mandado de segurança, realmente seria quem devesse suportar os ônus decorrentes da concessão da ordem. Deveras, sempre que houver concessão de ordem, quem efetivamente suportará os ônus, os incômodos, dessa concessão será o sujeito passivo do mandado de segurança.

---

<sup>16</sup> Mandado de Segurança, p. 54/55

(...) Assim, *autoridade coatora* é quem pratica o ato, causa constrangimento ilegal, e, por isso, chamada é ao mandado de segurança somente para prestar informações. Enfim, como diz o professor Sérgio Ferraz, a autoridade coatora tem dever de verdade, e a parte não tem tal dever. A parte, portanto, seria apenas a pessoa jurídica de direito público, ou, então, de direito privado, na hipótese de ser delegada ou concessionária de serviço público, caso estivéssemos diante de empresa estatal, de faculdades privadas, etc.

Para Sérgio Ferraz, grande parte das dúvidas acerca do polo passivo no mandado de segurança decorrem de sua própria lei de regência:<sup>17</sup>

Grande parte das dúvidas que aqui pululam decorre, inquestionavelmente, do trato infeliz que teve a matéria na Lei 1.533/1951. Como se recorda, esse diploma só previu, após a impetração, a intervenção da autoridade coatora e do Ministério Público. Essa instituição atua, no particular, quase sempre como *custos legis*, logo, não é parte. Restaria aparente, na polaridade passiva, tão apenas o agente coator. Mas esse não é chamado a defender-se, que é ato típico do querelado: ele é convocado para prestar informações (que, inclusive, gozam, em matéria de fato, de presunção relativa de veracidade: **STJ**: EDMS 9.051-DF, rel. Min. Gilson Dipp, DJU 2.8.2004, PP. 296-297), a expor, com absoluta verdade, que ato ou omissão efetivamente cometeu e por quê o fez. Tanto faz que suas informações veiculem apenas matéria de direito ou circunstâncias factuais: ao contrário do que alguns pensam, cremos que o conteúdo das informações é irrelevante no plano processual. Parece-nos, por isso, criticável a opinião de alguns, traçando símiles entre o pedido de informações à autoridade coatora e a citação (em verdade, a importância fundamental do requerimento de informações, quando adequadamente endereçado, é a de fixar a competência, à vista da sede da atuação da autoridade impetrada). Ademais disso, e por todo o exposto, o dever de prestar informações é indelegável (embora se recomende a aceitação das oferecidas por quem não seja o efetivo coator, desde que úteis a esse, às partes, à causa, tudo em nome da desejada celeridade do *writ*). (...) De toda ordem, ortodoxamente, a autoridade coatora – isto é, aquela que praticou a ação ou omissão impugnada (e não a que expede normas para sua execução) -, ainda que não seja a pessoa competente para desfazer a ilicitude, não é parte (se encarada fosse como parte, teria, inelutavelmente, que manifestar-se através de advogado, por imperativo constitucional). Polo passivo, sim, a ser individualizado, sob as penas da lei, na inicial, é a pessoa jurídica a que vinculado funcionalmente o coator (ou, como litisconsortes passivos necessários, terceiros postos em xeque pela iniciativa de desconstituição do ato).

Conclui-se, portanto, que no entendimento de Sérgio Ferraz, a inicial deve conter a indicação da pessoa jurídica de direito público a qual esteja vinculada a autoridade coatora, eis que esta seria a verdadeira parte no processo. Assim, defende a necessidade de citação da pessoa jurídica (litisconsórcio necessário), ante a impossibilidade de se

---

<sup>17</sup> Mandado de Segurança, p. 85/87

ingressar no feito na qualidade de assistente litisconsorcial, uma vez que não se pode ser assistente de quem não é parte no processo. Anota, entretanto, o autor, que a jurisprudência é radicalmente refratária ao seu pensamento (pela citação da pessoa jurídica).<sup>18</sup>

Heraldo Garcia Vitta assevera que no mandado de segurança, a Fazenda Pública responde pelos prejuízos patrimoniais diante da decisão judicial que lhe tenha sido desfavorável, e, que segundo o entendimento doutrinário, ré no mandado de segurança é a pessoa jurídica de direito público ou de direito privado no exercício de atribuições do Poder Público, representada pela autoridade coatora. Portanto, pode ingressar na lide na qualidade de assistente da autoridade coatora, em qualquer fase do processo. Sustenta, contudo, que a jurisprudência dominante entende de forma diversa, porquanto menciona o art. 19, da Lei nº 1.533/51, o litisconsórcio e não assistência. E, ainda que como litisconsorte só poderia ingressar no prazo das informações.<sup>19</sup>

Esclarece ainda, referido autor que:<sup>20</sup>

Convém esclarecermos: na prática, a Fazenda Pública ingressa na relação jurídico-processual a qualquer momento, *mesmo após as informações* da autoridade; inclusive interpõe recursos processuais, como o agravo de instrumento contra a concessão de liminar, mesmo quando proferida depois das informações, e a apelação, contra sentença de juiz de primeiro grau.

Relevante ressaltar que em caso de litisconsórcio necessário a ação não pode ter seguimento sem que figurem todos os litisconsortes, sob pena de nulidade do julgamento. De sorte que, em princípio, a pessoa jurídica de direito público a que está vinculada a autoridade impetrada só haveria de ter participação no feito na qualidade de assistente.

Ensina Humberto Theodoro Junior que quando o terceiro assume a defesa direta de direito próprio contra uma das partes, dá-se a assistência litisconsorcial e não simples

---

<sup>18</sup> Mandado de Segurança, p. 87/88

<sup>19</sup> Mandado de Segurança, p. 33/34

<sup>20</sup> Mandado de Segurança, p. 34

assistência. Situação na qual a posição do interveniente passa a ser de litisconsorte (parte) e não mais de mero assistente.<sup>21</sup>

Destarte, mostra-se viável a intervenção da pessoa jurídica de direito público na defesa dos interesses da Administração Pública, em sede de mandado de segurança, impetrado contra ato de autoridade administrativa sob sua subordinação.

Entretanto, com a edição da “Nova Lei do Mandado de Segurança”, Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009, com vigência a partir de sua publicação, a doutrina tem buscado realizar estudos, visando a melhor interpretação àqueles dispositivos alterados, na medida em que para alguns autores, não houve grandes avanços, mas sim, retrocesso.

Nesse passo, há que se analisar se a nova legislação específica trouxe a solução para as questões inerentes ao polo passivo do mandado de segurança.

A inovação trazida pelo artigo 6º, “caput” determinando a indicação, além da autoridade coatora, da pessoa jurídica a qual integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições, faz lembrar, segundo Cássio Scarpinella Bueno:<sup>22</sup>

A exigência, que faz lembrar o art. 8º, § 1º, da Lei nº 191/1936 e o art. 322 do Código de Processo Civil de 1939, os diplomas legislativos que, antes da Lei nº 1.533/1951, disciplinavam o mandado de segurança, traz à tona questão verdadeiramente clássica em sede de doutrina e de jurisprudência: quem é o *réu* do mandado de segurança: autoridade coatora, a pessoa jurídica a que ela está integrada, ou ambos, em verdadeiro litisconsórcio *passivo necessário*?

Já Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz apresenta suas reflexões:<sup>23</sup>

Acredita-se que essa obrigatoriedade diminua o problema que muitas vezes era enfrentado, na dificuldade em se indicar a autoridade coatora de forma precisa, o que levava, muito frequentemente, ao indeferimento da inicial do mandado de segurança. Com a obrigatoriedade de indicação da pessoa jurídica, o magistrado poderá, mais facilmente determinar a emenda da petição inicial, em casos de flagrante erro na indicação da autoridade coatora sem, no entanto, prejudicar o direito do impetrante. Dessa forma, em trazendo a obrigatoriedade de ser indicada tanto a autoridade quanto a pessoa jurídica que dela emana, a nova disciplina normativa já se antecipou aos problemas que podem vir a existir na

---

<sup>21</sup> “Quando, porém, o terceiro assume a posição de assistente na defesa direta de *direito próprio* contra uma das partes o que se dá é a assistência *litisconsorcial*. A posição do interveniente, então, passará a ser a de litisconsorte (parte) e não mais de mero assistente (art. 54)” Curso de Direito Processual Civil, p. 133

<sup>22</sup> A Nova Lei do Mandado de Segurança, p. 25/26

<sup>23</sup> Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança – Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009, p. 69

indicação do legitimado ativo e a por mais das vezes controvertida identidade com a autoridade, isto porque, nem sempre, a doutrina concordou que autoridade coatora e legitimidade passiva teriam total identificação.

(...) A dúvida que surge é a seguinte: será que com isso a nova disciplina legal estaria criando a exigência de litisconsórcio necessário entre a autoridade coatora e a pessoa jurídica? Acreditamos que não. Isto porque, se esta fosse a intenção do legislador, teria a nova lei trazido a previsão de *citação* de ambas: pessoa jurídica e pessoa física (autoridade coatora). E não nos parece que seja esta a intenção do legislador.

Deixou a Nova Lei de dar solução a um dos pontos mais críticos dos aspectos do polo passivo do mandado de segurança, qual seja, a indicação incorreta da autoridade coatora, em face do veto do Presidente da República à regra disposta no § 4º do artigo 6º que dispunha: “Suscitada a ilegitimidade pela autoridade coatora, o impetrante poderá emendar a inicial no prazo de 10 (dez) dias, observado o prazo decadencial”.

Observa Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz acerca do veto do dispositivo supra referido:<sup>24</sup>

Ousamos discordar do referido veto, até porque acreditamos que a possibilidade de substituição da autoridade coatora viria, exatamente, para *beneficiar* o impetrante que, realmente, por mais das vezes, não tem condição de identificar quem é a autoridade coatora propriamente dita. Assim, para que o veto cumpra o fim ao qual se propõe, só se pode concluir que, em nenhuma hipótese, a petição inicial poder ser indeferida por indicação errônea da autoridade coatora, desde que tenha sido corretamente indicada a pessoa jurídica de onde provém o ato coator, independentemente de quem tenha sido indicado como autoridade. Caso contrário, a ausência do dispositivo apenas mantém problema, que há muito vem ocorrendo, de indeferimento da petição inicial por erro na indicação da autoridade que praticou o ato lesivo.

Muito embora não seja possível concordar com o veto ao § 4º do art. 6º, da Nova Lei, ao menos na prática, conforme ressaltado anteriormente, já está pacificado pelas decisões proferidas pelo E. Superior Tribunal de Justiça que questões meramente formais não devem inviabilizar o prosseguimento do mandado de segurança. Assim, deixou a Nova Lei de normatizar entendimento já consolidado pela jurisprudência do STJ.

Nesse sentido, recentes julgados:

PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA.

---

<sup>24</sup> Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança – Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009, p. 75

ERRÔNEA INDICAÇÃO DA AUTORIDADE COATORA. SUPOSTA ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. DEFICIÊNCIA SANÁVEL. CORREÇÃO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA EFETIVIDADE E ECONOMIA PROCESSUAL.

1. A essência constitucional do Mandado de Segurança como singular garantia, admite que o juiz, nas hipótese de indicação errônea da autoridade impetrada, permita sua correção através de emenda à inicial ou, se não restar configurado erro grosseiro, proceder a pequenas correções de ofício, a fim de que o writ cumpra efetivamente seu escopo maior.

2. Destarte, considerando a finalidade precípua do mandado de segurança que é a proteção de direito líquido e certo, que se mostre configurado de plano, bem como da garantia individual perante o Estado, sua finalidade assume vital importância, o que significa dizer que as questões de forma não devem, em princípio, inviabilizar a questão de fundo gravitante sobre o ato abusivo da autoridade. Consequentemente, o Juiz ao deparar-se, em sede de mandado de segurança, com a errônea indicação da autoridade coatora, deve determinar a emenda da inicial, ou, na hipótese de erro escusável, corrigi-lo de ofício, e não extinguir o processo sem julgamento do mérito.

3. A errônea indicação da autoridade coatora não implica ilegitimidade ad causam passiva se aquela pertence à mesma pessoa jurídica de direito público; porquanto, nesse caso não se altera a polarização processual, o que preserva a condição da ação.

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

5. A nulidade processual que deve conduzir à nulificação do processo com a sua extinção sem resolução do mérito, deve ser deveras significativa de modo a sacrificar os fins de justiça do processo. É que o processo é instrumento de realização de justiça e não um fim em si mesmo, por isso que não se justifica, em prol da questão meramente formal, sacrificar a questão de fundo e deixar ao desabrigo da coisa julgada o litígio, fator de abalo da paz e da ordem social.

6. O princípio se exacerba no campo dos remédios heróicos de defesa dos direitos fundamentais, como soe ser o Mandado de Segurança, no qual a parte veicula lesão perpetrada por autoridade pública, que a engendra calcada na premissa da presunção de legitimidade de seus atos.

7. Consectariamente, a análise de questões formais, notadamente a vaxata quaestio referente à pertinência subjetiva passiva da ação, com a descoberta da autoridade coatora no complexo administrativo, não deve obstar a perquirição do abuso da autoridade que caracteriza esse remédio extremo.

8. Deveras, a teoria da encampação e a condescendência com a aparência de correta propositura (error communis facit ius) adotadas pela jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça denotam a necessária flexibilização da aferição dessa condição da ação, no afã de nefrentar e conjurar o ato abusivo da autoridade.

7. In casu, restou assente na instância ordinária a ilegitimidade passiva ad causam da autoridade apontada como coatora no writ of mandamus, contudo, consignou-se que: “ainda das peças constantes dos autos, colhe-se, das informações do juiz (fl. 58) que já foram prestadas as informações no mandado de segurança, sem que houvesse qualquer prejuízo processual. Logo, nenhuma nulidade merece ser declarada à decisão, ante a prevalência do princípio da instrumentalidade processual.”

8. Agravo regimental desprovido. (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento – 1076626; proc. 200801699218; Rel. Ministro Luiz Fux; Primeira Turma; STJ; j. 21/05/2009; v.u.; DJ 29/06/2009) (sic)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO E OBSCURIDADE INEXISTENTES. ALEGAÇÃO DE JULGAMENTO EXTRA PETITA. INDICAÇÃO ERRÔNEA DA AUTORIDADE COATORA. POSSIBILIDADE DE CORREÇÃO EX OFFICIO. EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO NÃO ACOLHIDO.

1. Impõe-se a rejeição dos Embargos de Declaração quando inexistente omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado.

2. A obtenção de efeitos infringentes a Embargos de declaração somente é possível quando reconhecida a existência de um dos defeitos elencados nos incisos do art. 535 do CPC, e, da correção do vício, decorra a alteração do julgado.

3. Dada a essência constitucional do Mandado de Segurança, admite-se que o Julgador, em homenagem aos princípios da economia processual e efetividade do processo, diante de indicação errônea da autoridade impetrada, permita sua correção através de emenda à inicial ou, proceda a pequenas correções ex officio, a fim de que o writ efetivamente cumpra o seu escopo maior de proteção de direito líquido e certo. Precedente.

4. Embargos de Declaração rejeitados. (Embargos de Declaração no Recurso em Mandado de Segurança – 2007-0117161-6; EDcl no RMS 24217/PA; Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho; Quinta Turma; STJ; j. 06/08/2009; v.u.; DJ 08/09/2009)

O “caput” do art. 6º quando analisado à luz do art. 7º, inciso II, remete, novamente, ao que Cassio Scarpinella Bueno chama de “questão tormentosa”, ou seja, a participação da pessoa jurídica a que está vinculada a autoridade impetrada. Dispõe o inciso II, do art. 7º: “que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito”. Assim, entende o autor que:<sup>25</sup>

A lei, no particular, perdeu a oportunidade de esclarecer questão tormentosa em sede de doutrina e de jurisprudência, que consiste em saber quem é o réu em mandado de segurança: se a autoridade coatora, se o ente ou pessoa jurídica a que ela pertence ou se ambos, um autêntico caso de litisconsórcio *passivo necessário*.

(...) A regra em comento, ao prescrever que se dê *ciência* ao “órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada” (...) “para que, *querendo*, ingresse no feito” (isto é, no *processo*), deve ser entendida como *citação* daquela entidade. A *citação*, nos precisos termos do art. 213 do Código de Processo Civil, é o ato pelo qual se dá ciência a alguém de que há um processo em seu desfavor, viabilizando a oportunidade de se defender. Há consenso na doutrina quanto a ser ônus do réu exercitar sua defesa, o que, nessa perspectiva, explica suficientemente o verbo “querendo” utilizado pelo legislador mais recente.

<sup>25</sup> A Nova Lei do Mandado de Segurança, p. 36/37

Não obstante defenda o autor que a ciência ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada deva ser entendida como citação (fundamento para o litisconsórcio passivo necessário), considera um retrocesso que a Nova Lei tenha deixado de esclarecer de que forma se daria a participação da pessoa jurídica de direito público interessada, considerando que:<sup>26</sup>

(...) a melhor resposta é a de que o legislador mais recente optou por voltar à disciplina das leis da década de 1930, isto é, a de estabelecer *ex lege*, um *litisconsórcio necessário passivo* entre a autoridade coatora e a pessoa jurídica a que pertence. Retrocesso que, com o devido respeito, não parece ser justificável à luz da evolução do próprio direito positivo brasileiro, em especial o art. 3º da Lei n. 4.348/1964, e que tem tudo para gerar, no dia a dia do foro, um sem-número de dificuldades práticas e teóricas. Afinal, não consta que o mandado de segurança seja uma ação voltada a responsabilizar  *pessoalmente*  a autoridade indicada como coatora, diferentemente do que se dá no âmbito da “ação popular” e da “ação de improbidade administrativa”. A identificação do  *ato coator*  e a indicação da  *autoridade coatora*  devem-se porque o mandado de segurança volta-se a questionar o comportamento de pessoas  *jurídicas* , que, como tais, precisam ser  *corporificadas*  em indivíduos que, de acordo com as normas aplicáveis,  *presentem-nas*  perante terceiros. Não por outra razão. De qualquer sorte,  *legem habemus* .

De outra parte, Luís Otávio Sequeira de Cerqueira considera que a pessoa jurídica de direito público atuará como assistente litisconsorcial:<sup>27</sup>

O texto deste inciso não constava no inciso II do art. 7º da legislação revogada. Aqui o legislador omitiu-se ao deixar de especificar a modalidade de intervenção, o que, se tivesse sido feito evitaria eventuais discussões sobre a matéria.

A pessoa jurídica de direito público atuará como  *assistente litisconsorcial* , já que a sua intervenção não é obrigatória pelo próprio texto do inciso, o que pressupõe um juízo de conveniência e oportunidade por parte de seu representante legal. Isto também se evidencia pelo disposto no § 2º do art. 14 desta lei, pelo qual “estende-se à autoridade coatora o direito de recorrer”, previsão esta que seria totalmente despicienda se a hipótese fosse de litisconsórcio necessário. Mas a natureza jurídica desta intervenção com certeza gerará divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

---

<sup>26</sup> A Nova Lei do Mandado de Segurança, p. 26

<sup>27</sup> Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança – Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009, p. 86

Nesse ponto, importante salientar que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça não é outro senão de que em sede de mandado de segurança inexistente litisconsórcio necessário. Confira-se alguns julgados:

ADMINISTRATIVO. ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. VIOLAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. CITAÇÃO PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. MANDADO DE SEGURANÇA. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. INEXISTÊNCIA.

1. Não ocorre omissão quando o Tribunal de origem decide fundamentadamente todas as questões postas ao seu crivo, assim como não há confundir entre decisão contrária ao interesse da parte e inexistência de prestação jurisdicional.
2. No mandado de segurança não há litisconsórcio passivo necessário entre a pessoa jurídica de direito público e a autoridade apontada como coatora.
3. Agravo regimental a que se nega provimento. (Agravo Regimental no Recurso Especial – 1105314; AGRESP 200802527512; Rel. Min. Paulo Galotti; Sexta Turma; STJ; j. 29/06/2009; v.u.; DJ 10/08/2009)

PROCESSUAL CIVIL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 128, 460 E 535, INCISOS I E II DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. OFENSA AOS ARTS. 12, 13, 111 e 113 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ATO DE ÓRGÃO COLEGIADO. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIDADE SUBMETIDA À PRERROGATIVA DE FORO. ANÁLISE DE LEI LOCAL. SÚMULA 280 DO PRETÓRIO EXCELSO. MANDADO DE SEGURANÇA. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO ENTRE AUTORIDADE COATORA E A PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. INEXISTÊNCIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO.

1. Não subsiste a alegação de ofensa ao art. 535 do Código de Processos Civil, na medida em que o acórdão hostilizado solucionou a questão jurídica de maneira clara e coerente, apresentando todas as razões que firmaram o seu convencimento.
2. A definição da competência originária da Corte de origem para o julgamento do presente writ of mandamus, impetrado contra ato de órgão colegiado presidido por autoridade submetida à prerrogativa de foro, é inviável de ser realizada na via do especial, pois demandaria, necessariamente, no caso, a análise percutiente das normas estaduais pertinentes, o que encontra óbice na Súmula 280 do Supremo Tribunal Federal.
3. Não há litisconsórcio passivo necessário entre a autoridade apontada como coatora e a pessoa jurídica de direito público, pois esta age como substituta processual daquela. Precedente.
4. O cotejo analítico não foi efetuado nos moldes legais e regimentais, ou seja, com a transcrição de trechos dos acórdãos recorrido e paradigma que demonstrem a identidade de situações e a diferente interpretação dada à lei federal.
5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido. (Recurso Especial – 753423 – RESP 200500854376; Rel. Min. Laurita Vaz; Quinta Turma; STJ; j. 26/05/2009; v.u.; DJ 03/08/2009)

Relevante questão traz o art. 9º da Nova Lei, que em princípio, sugere um descompasso do legislador, uma vez que na prática, referido dispositivo trouxe a redação original do art. 3º da Lei nº 4.348/1964, que já havia sido alterada pelo art. 19 da Lei nº 10.910/2004.

Nesse sentido, breve comentário de Eurico Ferraresi:<sup>28</sup>

A Lei n. 12.016/2009, porém, volta à redação de 1964, apenas substituindo “Procurador-Geral da República” por “Advogado-Geral da União”.

Com efeito, a Nova Lei do Mandado de Segurança (...). Em 2001, Gilmar Ferreira Mendes e José Gregori preparam a Exposição de Motivos que acompanhou a Mensagem n. 824, de 2001, do então Presidente Fernando Henrique Cardoso. À época, o art. 3º da Lei n. 4.348/1964 ainda não tinha sido alterado pelo art. 19 da Lei n. 10.910/2004.

Durante o trâmite do Projeto, não se percebeu que o art. 3º da Lei n. 4.348/1964 passou a dispor de nova redação, e, por conta disso, o art. 9º do Projeto da Nova Lei do Mandado de Segurança também deveria ser alterado, a fim de harmonizar os textos. Descuidou-se, nesse aspecto, o legislador.

Dispunha o art. 3º da Lei nº 4.348/1964, em sua redação original, que as autoridades administrativas, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas da notificação da medida liminar, deveriam remeter aos órgãos aos quais estivessem subordinadas e ao Procurador-Geral da República ou a quem detivesse a representação judicial da União, do Estado, do Município ou entidade apontada como coatora, cópia autenticada do mandado notificador, bem como indicações e elementos necessários para a adoção de providências inerentes à defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo ou a eventual suspensão da medida.

Com a alteração promovida pela Lei nº 10.910/04, tal incumbência (ciência da decisão proferida aos representantes judiciais da pessoa jurídica de direito público) passou a ser do Juízo, *in verbis*:

Art. 3º Os representantes judiciais da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios ou de suas respectivas autarquias e fundações serão intimados pessoalmente pelo juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, das decisões judiciais em que suas autoridade administrativas figurem como coatoras, com a entrega de cópias dos documentos nelas

---

<sup>28</sup> Do Mandado de Segurança – Comentários à Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009, p. 54/55

mencionados, para eventual suspensão da decisão e defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo de poder.

De se constatar facilmente que a alteração trazida pelo art. 19, da Lei nº 10.910/04, imprimiu, sem sombra de dúvida, maior celeridade ao trâmite dos mandados de segurança. Com efeito, basta verificar que a partir da edição desta Lei, o representante judicial da pessoa jurídica de direito público era intimado, em 48 (quarenta e oito) horas da decisão proferida. Ao passo que pela nova legislação, consoante previsto no art. 9º as autoridades administrativas, em 48 (quarenta e oito) horas da notificação, remeterão ao representante judicial da pessoa jurídica cópia da notificação e elementos necessários à defesa do ato apontado como ilegal. Nem se questione a contagem de prazo para interposição de eventual recurso. Vale dizer, o prazo de 48 horas só se inicia após a notificação da autoridade administrativa, que obviamente, ocorrerá decorridos bem mais que as 48 horas a partir da decisão proferida.

Na vigência da Lei nº 10.910/04, não havia dúvidas. O legitimado para recorrer era apenas a pessoa jurídica de direito público, logo o marco inicial do prazo para interposição de recurso, era a intimação promovida nos termos do art. 3º da Lei nº 4.348/1964, com redação dada pela Lei nº 10.910/04. Já a partir de vigência da Lei nº 12.016/2009, o prazo para recurso deve ser contado da notificação da autoridade impetrada ou da ciência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público? E esta, terá de requerer seu ingresso no feito na qualidade de assistente litisconsorcial para poder recorrer?

Cassio Scarpinella Bueno ao analisar e comentar o disposto no art. 9º da Nova Lei, tece as seguintes considerações.<sup>29</sup>

Analisada a regra no contexto da nova Lei do Mandado de Segurança, importa destacar que ela cria, para todos os fins, uma duplicação desnecessária de atos, porque impõe não só ao magistrado a *cientificação* do órgão ou da pessoa jurídica de direito público a que pertence a autoridade coatora mas também a *notificação* da autoridade coatora (...). O resultado da repetição das regras é que a autoridade coatora, ao menos em caso de liminar concedida, terá, ela própria, o *dever* de informar o representante judicial do órgão ou pessoa jurídica, o

---

<sup>29</sup> A Nova Lei do Mandado de Segurança, p. 60

que, na linha da clássica lição de Celso Agrícola Barbi, já era suficiente para transformar a autoridade coatora em *representante processual* do órgão ou pessoa jurídica, excepcionando, destarte, a regra geral do art. 12 do Código de processo Civil.

Sobre o mesmo dispositivo, observa Sidney Palharini Júnior:<sup>30</sup>

De acordo com essa última redação do agora revogado art. 3º da Lei 4.348/1964, o juiz, no prazo de 48 horas das decisões judiciais proferidas em sede de mandado de segurança (...).

O art. 9º da Lei 12.016/2009, tal como a redação anterior do referido art. 3º, retira do juízo essa incumbência, atribuindo-a à autoridade administrativa coatora, que deverá remeter ao representante judicial da pessoa jurídica de direito público a quem está subordinado, no mesmo prazo de 48 horas contados da notificação recebida, “cópia autenticada do mandado notificador, 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”.

Essa atribuição não era mesmo do juízo.

Dado que a pessoa jurídica de direito público interessada é a verdadeira ré em ação de mandado de segurança, cabe-lhe, por evidente, a tomada de providências necessárias à defesa do ato da autoridade coatora, em eventual recurso ou suspensão da medida liminar concedida. Desse modo, a autoridade coatora é a pessoa que está mais capacitada para fornecer os subsídios necessários para evidenciar a necessidade de suspensão.

(...)

Observa-se, ainda, que o dispositivo revogado previa a intimação do representante judicial da pessoa jurídica interessada, ordenada pelo juiz, das decisões judiciais, ao passo que a lei atual determina que a autoridade coatora promova a intimação, mas somente da decisão concessiva de liminar, o que não quer dizer que a pessoa jurídica interessada não será intimada das demais decisões, além da liminar, o que ocorrerá pela imprensa oficial, dado que, pela nova Lei 12.016/2009, é permitida a participação da pessoa jurídica interessada desde o início da ação mandamental (art. 7º, II).

Já no que se refere ao § 2º do artigo 14, que estende o direito de recorrer à autoridade coatora, há que se verificar a extensão desse direito, ou seja, referido direito estaria restrito ao recurso contra a sentença? Ou teria legitimidade, também, para interpor agravo de instrumento contra decisão liminar?

Cassio Scarpinella Bueno entende que:<sup>31</sup>

(...) cabe criticar a nova lei que, pelo local que escolheu para disciplinar a hipótese, pode dar a (falsa) impressão de que a legitimidade recursal da autoridade coatora limita-se à interposição do recurso de *apelação*, o que não merece prevalecer. A legitimidade recursal das *partes* é ampla é

<sup>30</sup> Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança – Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009, p. 97/98

<sup>31</sup> A Nova Lei do Mandado de Segurança, p. 81

ampla o suficiente para albergar a possibilidade de contrastar qualquer decisão pelos recursos cabíveis.

De outra parte, Luiz Manoel Gomes Junior anota o direito conferido à autoridade coatora de recorrer apenas da sentença concessiva do mandado de segurança:<sup>32</sup>

(...) Passou a existir uma legitimidade recursal especial, concorrente e sem qualquer relação de prejudicialidade com aquele existente em favor da pessoa jurídica a qual haja o vínculo funcional.

Ambas podem recorrer de forma autônoma, mas sem a possibilidade de defesa de interesses opostos.

(...) é indispensável que a autoridade coatora demonstre o seu interesse recursal. A lei lhe outorga a legitimidade para recorrer, mas não afasta a necessidade de interesse recursal, o qual estará presente quando afetada sua esfera jurídica própria. Simples prejuízo causado à pessoa jurídica de direito público mostra-se insuficiente para justificar o recebimento, o processamento e o julgamento de apelação de lavra da autoridade coatora em nome próprio, já que não será afetada diretamente em sua esfera jurídica.

De outro giro, em entendimento totalmente oposto, Eurico Ferraresi sustenta que:<sup>33</sup>

Passa agora a autoridade coatora a dispor do direito de recorrer. É mais uma demonstração da ingerência do Poder Público no processo do mandado de segurança. Passa a haver um desequilíbrio entre as partes. O impetrado, naturalmente o polo mais forte, ganha destaque com mais essa medida. Vislumbra-se com isso nítida ofensa à regra da isonomia entre as partes. A regra contrária orientação do STJ: “1. A autoridade coatora, no mandado de segurança, é notificada apenas para prestar informações.” (AgRg no Ag n. 695.045/PR, rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. em 28.04.2009, DJe, 08.06.2009)

De se observar, portanto, que os aspectos polêmicos quanto ao polo passivo do mandado de segurança, na vigência da legislação anterior, em princípio, já haviam sido superadas, mediante a consolidação da prática forense e, principalmente, pela jurisprudência.

Todavia, com a edição da Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009, não há como prever o embate doutrinário, jurisprudencial e a prática forense, na medida em que diversas serão as interpretações emprestadas aos dispositivos de Lei por cada um dos operadores do Direito.

---

<sup>32</sup> Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança – Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009, p. 125

<sup>33</sup> Do Mandado de Segurança – Comentários à Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009, p. 65

De qualquer sorte, há que não se perder de vista o objetivo maior do “remédio constitucional”, que é a defesa de direito líquido e certo contra ato ilegal ou abusivo de autoridade, bem assim, que esta lesão é de tal forma relevante que a Carta Magna conferiu ao mandado de segurança rito especial e célere, de modo que os dispositivos da Nova Lei deverão ser interpretados sempre à luz dos princípios que norteiam a celeridade no trâmite e a efetividade do processo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluída a pesquisa, é possível verificar que em relação aos aspectos polêmicos acerca do polo passivo do mandado de segurança, a Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009, só fez retroceder o que na prática forense e na jurisprudência já se havia consolidado.

Há que se ter em mente, que ao mandado de segurança foi conferido rito especial e célere, ante a gravidade da ocorrência de lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo por ato ilegal ou abusivo perpetrado por autoridade pública.

Assim, os princípios da celeridade de trâmite e de efetividade do processo, principalmente em sede de mandado de segurança, devem ser o norte na condução do feito. Na esteira deste entendimento é que o C. Superior Tribunal de Justiça tem decidido desde 2007 que questões meramente formais, sanáveis de ofício ou a requerimento da parte, não devem ser óbice à apreciação do mérito da impetração.

Nesse ponto observa-se, em relação à indicação da autoridade coatora, que o art. 6º, § 4º trazia inovação expressa no sentido de permitir que, argüida a ilegitimidade passiva da autoridade impetrada, o impetrante pudesse emendar a inicial no prazo de dez dias, entretanto, o dispositivo foi vetado. Perdeu o legislador a oportunidade de permitir expressamente, a correção da autoridade coatora conforme já pacificado pela jurisprudência.

Também no que tange à participação da pessoa jurídica de direito público no polo passivo do mandado de segurança, na vigência da legislação anterior a divergência doutrinária consistia na mesma discussão que tende, com a Nova Lei, a se reaquecer ante os dispositivos nela contidos. É que na verdade, a nova legislação perdeu a oportunidade de esclarecer vários pontos polêmicos, que a rigor já vinham sendo consolidados pela prática forense e pela jurisprudência, haja vista que o projeto da referida Lei foi concluído no ano de 2001. De sorte que nesse lapso temporal, de exatos 8 (oito) anos, uma vez que a

exposição de motivos que encaminhou o projeto de lei ( Mensagem n. 824, de 2001) é datada em 07 de agosto de 2001, (Lei nº 12.016/009, editada em 07 de agosto de 2009) diversas e significativas foram as mudanças legislativas, razão pela qual a Nova Lei do Mandado de Segurança traz significativo retrocesso em termos práticos.

O trâmite dos mandados de segurança sempre foram mais céleres que as demais ações, eis que também na legislação anterior, o art. 17, da Lei nº 1.533/1951, já dispunha sobre a prioridade de trâmite do mandado de segurança sobre as demais ações, salvo o *habeas corpus*, dispositivo mantido pelo art. 20 da Lei nº 12.016/2009.

Contudo, não se pode deixar de observar que tal celeridade também estava calcada na consolidação da prática forense.

A uma, porque questões meramente formais, notadamente a errônea indicação da autoridade coatora, já não mais ensejava a extinção do feito sem resolução de mérito, consoante orientação do C. STJ.

A duas, porque a autoridade coatora ao prestar as informações pertinentes, o faz não como pessoa física, mas como órgão da pessoa jurídica de direito público, de modo que o representante judicial da pessoa jurídica de direito público para todos os efeitos passa a responder nessa qualidade nos autos, ou seja, se a autoridade coatora é órgão da pessoa jurídica, réu no processo é a própria pessoa jurídica, logo seu representante judicial é quem atua na defesa de seus interesses, apresentando os recursos cabíveis e sendo intimado de todos os atos do processo, sem qualquer formalidade de ingresso, vale dizer, sem requerer seu ingresso como assistente litisconsorcial e muito menos mediante citação para figurar como litisconsorte passivo necessário.

Aqui reside o retrocesso da Lei nº 12.016/2009, instituindo um litisconsórcio passivo necessário entre a autoridade coatora e a pessoa jurídica de direito público ou determinando que esta ingresse no feito na qualidade de assistente litisconsorcial da autoridade impetrada acabará por retardar o trâmite do mandado de segurança, seja pela necessidade de citação da pessoa jurídica de direito público, que deverá exercer seu direito

de resposta, nos termos do art. 188, do Código de Processo Civil, uma vez que a atual legislação específica sobre isto nada dispôs, ou pela necessidade de manifestação do impetrante quanto ao requerimento da pessoa jurídica de direito público de ingresso na qualidade de assistente litisconsorcial da autoridade coatora, na forma do disposto no Código de Processo Civil, em seu art. 54 e parágrafo único.

Quanto à inovação trazida pelo art. 14, § 2º, que estende à autoridade coatora o direito de recorrer, verifica-se em três obras consultadas, três comentários totalmente distintos, demonstrando que muita discussão doutrinária ainda há de ocorrer.

Nada obstante o posicionamento dos autores consultados, de rigor que se proceda à análise do interesse processual da autoridade coatora em recorrer de qualquer decisão que seja, pois o agente público, na qualidade de autoridade administrativa age de forma vinculada, não tem liberdade para agir em nome próprio, age sempre dentro de suas atribuições/competências as quais lhe são conferidas por ato normativo, visando sempre o interesse público, isto é, a Administração Pública é composta de diversos órgãos que atuam por intermédio de seus agentes, vale dizer, a autoridade coatora é o agente público que dá “vida” aos órgãos públicos que por sua vez são parte integrante da pessoa jurídica de direito público, ou seja, a autoridade coatora que figura no polo passivo do mandado de segurança é órgão da pessoa jurídica de direito público, e como tal, em qual ou quais situações poderia recorrer em nome próprio? Necessitaria ser representada por advogado? Afinal, somente o advogado tem capacidade postulatória. Ressalte-se que no caso das informações, não se tratando de peça de defesa, é a própria autoridade coatora que as subscreve, uma vez que a autoridade impetrada se limita a informar/esclarecer os fatos e motivos que o levaram a praticar ou deixar de praticar o ato reputado ilegal e abusivo pelo impetrante.

Enfim, diante do tudo quanto foi exposto, é possível verificar que em relação ao polo passivo do mandado de segurança, a Nova Lei, nº 12.016/2009, retrocedeu de forma significativa, podendo, inclusive, comprometer a celeridade e efetividade do processo.

## Referências bibliográficas

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

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários às leis do mandado de segurança*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo... et al. *Comentários à nova Lei do mandado de segurança: Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FERRARESI, Eurico. *Do mandado de segurança: comentários à Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

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

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de Segurança*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

HAMAGUCHI, L. H. *A Retificação de Ofício do Pólo Passivo de Mandado de Segurança Previdenciário*. Monografia de Conclusão de Curso (Graduação) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública (...)*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Volume I*. 42ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

VITTA, Heraldo Garcia. *Mandado de Segurança*. 2ª Ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2004.

[http:// www. stj.jus.br/SCON/](http://www.stj.jus.br/SCON/) – acessos em: 27/10/2009 e 29/10/2009.