A identificação do réu no mandado de segurança
The identification of the defendant in the injunction

Marcelo Sant'Anna Vieira Gomes

Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Estado do Espírito Santo – UFES. Especialista em Direito Processual Civil e Graduado pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Professor- assistente na mesma Instituição. Assessor do Ministério Público Federal no Estado do Espírito Santo. E-mail: mrsantanna@yahoo.com.br

RESUMO:

Durante mais de meio século o procedimento do mandado de segurança foi regulamentado pela Lei 1.533, de 31 de dezembro de 1951. A jurisprudência de nossos tribunais pátrios já vinha fixando algumas premissas com o intuito de atualizar a matéria e adequá-la às novas realidades surgidas no tecido social. Em 07 de agosto de 2009, foi promulgada a Lei 12.016, que revogava a legislação antiga e surgira com o escopo de simplificar sua linguagem e evitar a geração de mais dúvidas ao operador do direito. Ademais, a novel legislação positivou os entendimentos pacificados pela jurisprudência, com o intuito de dar-lhes força normativa e garantir maior aplicabilidade. No entanto, a despeito disso, várias outras dúvidas surgiram e têm trazido problemas de ordem prática ao operador do direito. A identificação do réu no mandado de segurança tem sido um desses problemas surgidos. Três correntes doutrinárias surgiram e seus defensores não chegam a uma posição intermediária. Com isso, surgem os grandes problemas decorrentes do descumprimento de ordem judicial, pois, a priori, é a pessoa jurídica de direito público que arca com as consequências patrimoniais decorrentes da ação do mandado de segurança. É diante de toda essa discussão que se desenvolve o presente trabalho.

Palavras-chave: mandado de segurança; ato coator; mudança legislativa

ABSTRACT

For more than half a century the procedure of injunction was regulated by Law 1,533, of December 31, 1951. The jurisprudence of our courts was already setting some assumptions in order to update the material and adapt it to new realities emerged in the social fabric. On August 7, 2009, Law 12,016 was enacted, repeals the old law and had come with the aim of simplifying its language and avoid generating further questions for legal operators. Moreover, a novel legislation positivou understandings pacified by law, in order to give them legal force and ensure greater applicability. However, despite this, several other questions have arisen and have brought practical problems for legal operators. The identification of the defendant in the writ of mandamus has been one of those problems that arose. Three current doctrinal emerged and their supporters do not reach an intermediate position. Thus, there are major problems arising from the breach of a court order, because, a priori, is the legal entity of public law which bears the consequences of the action property arising from the injunction. It's before all this discussion that develops this work

Keywords: injunction; act coercer; legislative change

INTRODUÇÃO

A todo o instante o operador do direito é surpreendido com uma nova legislação que entra em vigor. Entendimentos já consolidados sobre determinada matéria e a sistemática adotada pelos tribunais que já era consolidada no cenário jurídico, é totalmente alterada, em decorrência da nova legislação que entra em vigor, fazendo com que todos, novamente, se debrucem sobre o novo texto, a fim de entender quais as alterações significativas e, a partir daí, a utilizarem em seu cotidiano forense.

Se essa alteração surge e o novo contexto melhora a atuação dos que lidam com o Direito, há que se dar crédito ao legislador que a elaborou, pois conseguiu suprir as falhas existentes, trazendo uma maior harmonia ao sistema normativo. O grande problema ocorre quando a norma criada traz incertezas e, com isso, gera uma completa insegurança jurídica.

Nestas ocasiões, nada mais coerente que os mesmos operadores do Direito, que deram crédito ao legislador quando ele acertou com a nova legislação, também analisem essa legislação sob o ponto de vista crítico e tentar trazer soluções às deficiências que vêm à tona.

É nesse contexto que se insere o presente trabalho acadêmico. Fundamentado no método indutivo de análise, o debate aqui observado busca identificar quem seria o réu no mandado de segurança e as conseqüências processuais que esta identificação pode trazer ao cenário do direito processual civil brasileiro.

Os entendimentos são dos mais variados, sendo possível identificar três correntes doutrinárias principais que são capazes de sustentar quem, de fato, deveria estar inserido no pólo passivo da ação do mandado de segurança. Importantes nomes como Hely Lopes Meirelles, Cássio Scarpinella Bueno e José Henrique Mouta, são alguns dos autores que se filiam a uma das correntes diferentes e que buscam estabelecer um parâmetro que identifique se o réu seria a autoridade coatora, a pessoa jurídica de direito público ou se existiria um litisconsórcio passivo necessário.

Para transpor uma análise eficaz, buscou-se dividir o presente trabalho em três momentos específicos. Metodologicamente, no primeiro ponto a ser analisado neste trabalho diz respeito, á análise sobre a exposição de motivos da Lei 12.016, de 07 de agosto de 2009. Assim sendo, é realizada uma análise crítica da exposição de motivos da proposição legislativa, que originou a Lei 12.016, de 07 de agosto de 2009, a fim de estabelecer algumas premissas defensíveis da tese que se busca estabelecer.

Já no segundo capítulo, opta-se por estabelecer os conceitos basilares necessários à compreensão da temática. Em especial, há alusão aos conceitos voltados para a Administração Pública, seja ela Direta ou Indireta, exatamente pelo fato de se estar lidando, durante todo o trabalho, com agentes públicos e com atos emanados deles, assim como de seus superiores hierárquicos.

Por fim, já no terceiro e último capítulo, com a finalidade de defender, após vasta pesquisa, quem

deve ser inserido na condição de réu na ação mandamental, busca-se analisar as questões pontuais que direcionam a conclusão sobre os aspectos processuais que emanam desta identificação. Para que não se trate de um posicionamento isolado, o terceiro capítulo encontra-se devidamente respaldado na doutrina e na legislação infraconstitucional, com o intuito de se estabelecer um parâmetro, minimamente, coerente.

Ante tudo acima delineado, é que se percebe o quão relevante é o trabalho a seguir trabalhado. Isso porque, a depender do ponto de vista que se siga as conseqüências suportadas pela parte podem sofrer alterações, que podem ou não ser benéficas à defesa do direito vindicado. E mais, ao operador do direito, seja ele um advogado, um promotor, um juiz ou qualquer outro, é fundamental que os entendimentos, busquem uma harmonia, a fim de que não ocorram discrepâncias ou julgamentos absurdamente contrários às condições normais estabelecidas pela legislação.

1 ANÁLISE DA EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA NOVA LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA

Como é cediço no ordenamento jurídico, a tramitação legislativa, por vezes, é extremamente demorada, razão pela qual, muitas das leis que entram em vigor, acabam, inclusive, nem mais se adequando à realidade social da época em que passam a existir para fins de sua aplicabilidade.
A Lei 12.016/2009 teve como ponto de partida o ano de 2001. Assim, em 16 de abril de 2001, o então Advogado Geral da União Gilmar Ferreira Mendes (atual Ministro do Supremo Tribunal Federal), em parceria com o Ministro de Estado da Justiça, José Gregori, encaminharam para apreciação do Presidente da República a E.M.I n.º 0006 – AGU/MJ (BRASIL, 2001), submetendo o novo projeto de lei que disciplinaria as disposições concernentes à Nova Lei do Mandado de Segurança.

Vejamos, o projeto de lei foi encaminhado em 16 de abril de 2001, vindo a Nova Lei do Mandado de Segurança a entrar em vigor, somente, na data de 07 de agosto de 2009, ou seja, mais de oito anos do início de seu debate. Ocorre que, as propostas enunciadas na exposição de motivos, ao que parece, não foram possíveis de serem cumpridas, em sua totalidade. Isso porque, o legislador infraconstitucional se propôs a dar uma maior “coerência” ao sistema de normas, adequando as disposições lá inseridas à conjuntura social e jurídica do momento de sua entrada em vigor, conforme é possível depreender das palavras a seguir

> Nesse contexto, o projeto se integra no movimento de reforma legal que busca a maior coerência do sistema legislativo, para facilitar o conhecimento do direito vigente aos profissionais da área e ao cidadão, mediante a atualização, por consolidação em diploma único, de todas as normas que regem a mesma matéria (Brasil, 2001).

No entanto, ao contrário do proposto inicialmente, percebe-se que não foi possível sanar todas as dúvidas que eram esperadas. O ponto fulcral do debate aqui traçado é a má formação da legislação (desde sua redação) e da atecnia do legislador infraconstitucional para o estabelecimento de leis que sejam capazes de obstar ambigüidades e incoerências, que, em detrimento da simplificação e aclaramento do procedimento, torna-o ainda mais dificultoso de atuação, por parte do operador do direito.

Frise-se, a Lei que regia o Mandado de Segurança era a 1.533/1951, ou seja, mais de 50 (cinqüenta) anos o procedimento desta ação foi regido por uma legislação que, por muitos e pela jurisprudência, já se mostrava ultrapassada. Contudo, a novel legislação que poderia ter sido clara e precisa no que se refere a seus pontos duvidosos, como é o caso do réu no mandado de segurança, não o fez.

Da leitura da Exposição de Motivos desta legislação percebe-se que a pretensão dos autores do projeto de lei, era nobre, pois, como ficará demonstrada no transcorrer deste trabalho, a idéia de indicação da pessoa jurídica de direito público é, justamente, facilitar a defesa do ato que está sendo impugnado

> Para que a pessoa jurídica de direito público interessada possa apresentar a defesa de seu ato, o projeto determina que esta receba cópia da petição inicial, extraída dos autos pelo cartório, sem documentos, sendo-lhe facultado o ingresso no feito (art. 7º). Tal medida já é utilizada em alguns Estados e se justifica em virtude das determinações da Constituição vigente, que separaram *as* funções do Ministério Público e da Advocacia-Geral da União.

Constata-se, com isso, que os legisladores, imaginaram na possibilidade de se inserir no texto legal, uma prática já utilizada pelos tribunais, com o intuito de estabelecer uma melhor argumentação técnica por parte da autoridade coatora e, assim, garantir o contraditório e ampla defesa de forma efetiva, conforme estatuído pelo art. 5º, inciso LV, da Carta Constitucional de 1988 (BRASIL, 2001).

Como observado, o enunciado normativo da Lei n.º 12.016/2009, quando estabelece a necessidade de indicação do ente de representação jurídica da pessoa de direito público, o faz sem qualquer propriedade jurídica. Nestes termos, a dúvida passa a surgir no cenário jurídico: quem seria o réu no mandado de segurança.

E essa dúvida surge, mais uma vez, pelo fato de o operador do Direito trabalhar com a linguagem. Ao trabalhar com linguagem, não espera que a inserção de determinados termos tenha o condão de gerar tamanha dúvida. Mas esse fenômeno é absolutamente normal, na concepção de Umberto Eco (2007, p. 86)

> Quando um texto é posto dentro de garrafa – e isso não acontece apenas com a poesia ou com a narrativa, mas também com a *Crítica da Razão Pura* – isto é, quando um texto é produzido não para um único destinatário mas para uma comunidade de leitores, o autor sabe que este texto será interpretado não segundo suas intenções mas segundo uma complexa estratégia de interações que co-envolve também os leitores, juntamente com a competência destes em relação à língua como patrimônio social.

Portanto, quando todos estes problemas de ordem lingüística, jurídica e terminológica surgem, os profissionais do Direito devem debater o tema, com o objetivo de elucidar a questão e evitar prejuízos a suas atividades profissionais. Esse, então, é uma das principais finalidades deste estudo.

2 FINALIDADE, DIREITOS TUTELÁVEIS, PREVISÃO CONSTITUCIONAL, NATUREZA JURÍDICA, RITO

O indivíduo só deve manejar o mandado de segurança, desde que consiga comprovar, de plano, o direito pelo qual almeja. Isso porque, caso a comprovação deste alegado, demande a produção de prova documental, oral, testemunhal ou qualquer outra, para a formação da convicção do magistrado, não faz sentido algum o seu manejo. Pedro Roberto Decomain (2009, p. 31) corrobora o entendimento fixado acima, trazendo ao debate a informação que

> como o direito nasce de fatos e, para que seja considerado líquido e certo, necessita ser comprovável de plano, a conclusão que se extrai é que os fatos, a partir dos quais pretende o impetrante ver nascido esse seu direito, necessitam ser passíveis de comprovação mediante simples exibição de documentos. [...] Em decorrência disso, apenas prova documental se admite seja nele produzida. No mandado de segurança efetivamente não é possível a produção de prova pericial ou de prova oral (depoimento pessoal do impetrante, da autoridade coatora ou inquirição de testemunhas). Se, para comprovação dos fatos a partir dos quais pretende ver reconhecida a existência de seu direito, o impetrante do *writ* necessitar de provas desta índole, o mandado de segurança não será cabível para que submeta à solução do Judiciário a lide na qual está envolvido com a Administração Pública.

E também não faria sentido algum. Se a ação mandamental surge com o objetivo de tornar o rito mais célere, na medida em que seja facultada a produção de outras provas que não a documental, o procedimento acaba se mostrando similar ao procedimento ordinário, o que retiraria sua finalidade.

No que se refere à natureza jurídica do mandado de segurança, a doutrina apresenta divergência quanto a esta caracterização, prevalecendo a sua caracterização como ação (BARBI, 2008, p. 42). No entanto, o problema surge quando se identifica que espécie de ação o mandado de segurança se enquadra, ou melhor, qual a tutela ele busca efetivar[1]. Para fins epistemológicos resta necessário estabelecer o que prepondera entre os autores, advertindo que, regra geral,

> A conclusão final a que chegamos, depois da análise feita é que o mandado de segurança é "ação de cognição", que se exerce através de um procedimento especial da mesma natureza, de caráter documental, pois só admite prova dessa espécie, e caracterizado também pela forma peculiar da execução do julgado (BARBI, 2008, p. 47).

Seguindo esse mesmo entendimento se revela o posicionamento de Hely Lopes Meirelles, ao debater a natureza jurídica do mandado de segurança. Conjugando-se o entendimento de Pedro Roberto Decomain, com o trecho a seguir, não pairam mais dúvidas de que se trata de uma ação cível comum, porém estando sendo regida por meio de um rito especial estabelecido pela Lei 12.016/2009

> O *mandado de segurança*, como a lei regulamentar o considera, é ação civil de rito sumário especial, destinada a afastar ofensa ou ameaça a direito subjetivo individual ou coletivo, privado ou público, através de ordem corretiva ou impeditiva da ilegalidade, ordem esta, a ser cumprida especificamente pela autoridade coatora, em atendimento a notificação judicial. Sendo ação civil, o mandado de segurança enquadra-se no conceito de causa, enunciado pela Constituição da República, para fins de fixação de foro e juízo competentes para o seu julgamento quando for interessada a União Federal (art. 109, I e VIII) e produz todos os efeitos próprios dos efeitos contenciosos (MEIRELLES, 2010, p. 32-33).

Estabelecidas as devidas premissas, importante destacar alguns dos pontos importantes que demonstram o trâmite do mandado de segurança. A Lei 12.016/2009 estabelece, em seu art. 23, que a pretensão a ser deduzida no mandado de segurança, deve preservar prazo decadencial.

---

[1] Além do reconhecimento da ação do mandado de segurança como uma ação de cognição que se desenvolve por um rito especial, outros autores possuem entendimentos diversos do acima estabelecido. Para Sebastião de Sousa (SOUSA, Sebastião. **Dos Processos Especiais**. Rio de Janeiro: Forense, 1957. p. 52) a ação do mandado de segurança possui natureza jurídica constitutiva. Ao contrário dele, Lopes da Costa (LOPES DA COSTA, Alfredo Araújo. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 2. ed Rio de Janeiro: Forense, 1959. p.341) a estabelece como sendo mandamental e Temístocles Cavalcanti (CAVALCANTI, Temístocles. **Do mandado de segurança**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1957, p. 22) informa seu caráter executório. Divergindo dos três autores, estabelece Castro Nunes (CASTRO NUNES. **Do mandado de segurança**. 5. ed. Rio de Janeiro:Forense, 1957. p. 71-75) que se tratam de ações prejudiciais e declaratórias , mas ainda assim, defende sue caráter executório. De acordo com Ada Pellegrini Grinover, o mandado de segurança é *ação de eficácia potenciada*, tendo em vista que "a) por ele, a Constituição firma o princípio da inviolabilidade do direito líquido e certo ao mesmo tempo fustigando a ilegalidade ou abuso de poder; b) ao proteger o direito líquido e certo (entendido como aquele que exsurge de simples prova documental), a Constituição desde logo impõe um procedimento abreviado, sem qualquer dilação probatória para a fase instrutória; c) a Constituição promete um provimento jurisidicional que elimine ou evite a lesão e que restaure efetivamente o direito mediante tutela *in natura* e não pelo equivalente monetário". (GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 98).

Assim sendo, a novel legislação estabelece que somente é possível o ajuizamento da ação do mandado de segurança, em 120 (cento e vinte) dias da ocorrência do ato. Essa indicação de prazo, nos deixa claro que, mesmo que haja desrespeito a direito líquido e certo, este somente pode ser utilizado para fins mandamentais, desde que observe o prazo decadencial estabelecido pela legislação.

Nestes termos, alguns doutrinadores entendem que o estabelecimento desta limitação seria inconstitucional, pois estaria restringindo o direito de agir do cidadão. Cássio Scarpinella Bueno (2010, p. 184) é defensor dessa corrente, e afirma que

> como a nova regra pretende, a exemplo das que lhe eram anteriores, *limitar* o exercício do andado de segurança a determinado prazo, não há como negar a sua *inconstitucionalidade*. A previsão do andado de segurança como direito e garantia individual e coletivo, não aceita, máxime diante do que se extrai do §1º, do art. 5º da Constituição Federal, limitações.

Muito embora haja o posicionamento estabelecido por Cássio Scarpinella Bueno, o Supremo Tribunal Federal, através da Súmula n.º 632[2], já estabelece como constitucional o prazo para impetração, do artigo da antiga lei, que teve sua redação mantida na nova legislação. Divergências doutrinárias acerca do prazo para impetração da ação mandamental à parte, o importante a definir é que transcorrido o lapso temporal determinado, petição inicial será indeferida (EIRELLES, 2010, p. 111), demonstrando-se a existência de carência de ação.

2 ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS NA LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA: A IDENTIFICAÇÃO DO RÉU NO MANDADO DE SEGURANÇA E AS CONSEQÜÊNCIAS PROCESSUAIS DESTA IDENTIFICAÇÃO

2.1 LEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA: DEBATE DOUTRINÁRIO

Como afirmado até aqui, o ponto central da discussão travada nesse trabalho acadêmico, diz respeito à identificação do réu no mandado de segurança e as possíveis repercussões jurídicas decorrentes dessa classificação. Ocorre que, a matéria não é pacífica e existem várias correntes doutrinárias que surgiram com o objetivo de dar uma resposta ao problema ocasionado.

Observe-se que a identificação de quem será o réu no mandado de segurança, influenciará,

[2] Súmula 632 do Supremo Tribunal Federal: É constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração do mandado de segurança.

decisivamente, para que o particular possa pleitear a correção do ato impugnado. Como já fora delimitado, esse particular, ao demandar em juízo, o faz pelo fato de o objeto do mandado de segurança nada mais é que "*a correção de ato ou omissão de autoridade, desde que ilegal e ofensivo a direito individual ou coletivo, líquido e certo, do impetrante*" (MEIRELLES, 2010, p. 39). Sendo a finalidade precípua a correção do ato, necessário é identificar para quem deve emanar a ordem decorrente do provimento jurisdicional que se espera.

Nestes termos, em relação à legitimidade ativa para a proposição da ação do mandado de segurança não se vislumbra maiores problemas de ordem terminológica. O art. 1º, da Lei 12.016/2009, é claro ao estabelecer que

> Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por **habeas corpus** ou **habeas data**, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça (grifo nosso).

Nestes termos, constata-se uma forte alteração trazida em relação à legislação revogada, haja vista que, o mesmo dispositivo da Lei 1.533/1951, estabelecia que a ação mandamental serviria para a tutela dos direitos de ***"alguém"***[3]. Ocorre que, conforme observado, a novel legislação estabelece que poderá intentar a ação do mandado de segurança, qualquer pessoa seja ela física ou jurídica. O próprio Eurico Ferraresi (2010, p. 11) ao tratar do assunto enuncia essa importante alteração

> com razão a nova legislação. A palavra "alguém" evoca a ideia de pessoa física, de indivíduo, excluindo de seu alcance a pessoa jurídica.
> É certo que, há muito tempo, doutrina e jurisprudência se pacificara no entendimento de que o vocábulo "alguém" previsto no art. 1º da lei n. 1.533/1951, abrangia qualquer pessoa física ou jurídica. A substituição operada pela nova lei, porém, está correta e define, de uma vez por todas, a legitimidade das pessoas jurídicas para a impetração, inclusive, as pessoas jurídicas de direito público..

Nestes termos, quanto à identificação de quem pode ser o impetrante desta ação, não pairam maiores dúvidas. O grande problema surge quando da identificação do polo passivo da demanda. Isso porque, o legislador não foi preciso ao estabelecer essa identificação na legislação que regula o procedimento, a Lei n.º 12. 016/2009, ao estabelecer que

> Art.6º A petição inicial, que deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual, será apresentada em 2 (duas) vias com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda e indicará, **além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições**.(grifo nosso)

---

[3] Art. 1º - Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas-corpus, sempre que, ilegalmente ou com abuso do poder, **alguém** sofrer violação ou houver justo receio de sofre-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça (grifo nosso).

Nessa mesma linha de raciocínio, está o disposto no art. 7º, inciso II, complementarmente, a seguinte enunciação: "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**" (grifo nosso).

O que se observa, nesta hipótese, é uma alteração legislativa significativa em detrimento da legislação que regulava a matéria. Enquanto na nova legislação, há um estabelecimento obrigatório da ciência do feito ao órgão de representação jurídica da pessoa interessada, a Lei 1.533/1951, trazia redação na qual somente se fazia necessário indicar o coator, sendo a petição inicial somente à ele direcionada, consoante se observa da redação abaixo

> Art. 6º - A petição inicial, que deverá preencher os requisitos dos artigos 158 e 159 do Código do Processo Civil, será apresentada em duas vias e os documentos, que instruírem a primeira, deverão ser reproduzidos, por cópia, na segunda.
> Art. 7º - Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:[...] I - que se notifique o coator do conteúdo da petição entregando-lhe a segunda via apresentada pelo requerente com as cópias dos documentos a fim de que no prazo de quinze dias preste as informações que achar necessárias.

É com essa necessidade de indicar o órgão de representação jurídica da pessoa interessada que a doutrina passou a divergir. Os autores, na tentativa de entender o que, de fato, o legislador buscou estabelecer ao enunciar essa necessidade, passaram a defender correntes completamente díspares.

Foram, no mínimo três as correntes que surgiram, buscando delimitar se a pessoa que figura no polo passivo da relação jurídico-processual deve ser a autoridade coatora, a pessoa jurídica de direito público ou mesmo, teria sido inserido no sistema processual uma regra em que determina a formação de um litisconsórcio passivo necessário entre a autoridade coatora e a pessoa jurídica de direito público.

Esse questionamento brota na doutrina, em decorrência do fato de que, regra geral, grande parte defendia a indicação apenas da autoridade coatora no polo passivo, pois a legislação não enunciava, em sua literalidade, qualquer outra indicação, de que o correto seria outra pessoa, seja ela física ou jurídica. Assim, o legislador ao estabelecer que deverá ser indicado na petição inicial o órgão de representação jurídica, problemas de ordem processual passam a surgir.

Capitaneando a tese de que a autoridade coatora é a parte que deve ser considerada como ré no mandado de segurança, é possível citar a obra de Hely Lopes Meirelles como seu defensor, que

mantém em sua atualização da defesa do mesmo posicionamento. Isso porque, muito embora o autor já seja falecido, seus atualizadores mantêm entendimento condizente com o que já defendia Hely Lopes em vida, procurando manter seu entendimento intacto. Sendo assim, constata-se, através da leitura da referida obra que

> o impetrado é a *autoridade coatora*, a quem se determina a prestação de informações no prazo da lei, e não a pessoa jurídica ou o órgão a que pertence e ao qual seu ato é imputado em razão do ofício, a qual, contudo, a partir da edição da Lei n. 12.016/2009, deve ser necessariamente cientificada do feito, de acordo com art. 7º, inciso II, podendo ingressar no mandado de segurança dentro do prazo para as informações, como litisconsorte do impetrado (MEIRELLES, 2010, p. 67).

Analisando o pensamento de Hely Lopes Meirelles, percebe-se que, a despeito das alterações legislativas observadas no contexto da Nova Lei do Mandado de Segurança, o autor permanece entendendo que é a autoridade coatora que deve figurar no polo passivo da relação jurídica processual. Vários são os julgados dos tribunais superiores que seguem este mesmo entendimento, que serão analisados posteriormente.

Assim como Hely Lopes Meirelles, importante consignar o posicionamento estabelecido por Pedro Roberto Decomain (2009, p. 120), que, expressamente, estabelece que

> Noutras palavras, o requerido no mandado de segurança, ao menos do ponto de vista formal (aquele que figurará nessa qualidade na petição inicial e nessa condição atuará no processo, no mínimo até a decisão judicial – sentença ou acórdão) será não a própria pessoa jurídica de direito público ou privado, mas sim aquele que em seu nome agiu ou omitiu-se.

O enunciado por Decomain, nada mais fez que complementar o que Hely Lopes já havia consignado. Ainda assim, importante ressaltar que outros autores vêm se debruçando sobre o tema e estabelecendo que o réu no mandado de segurança, segue essa mesma sistemática, dos quais, é possível citar: José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo (2009, p. 39-40), Odete Medauar (2001, p. 473) e Dógenes Gasparini (2006, p. 912). Para eles, o réu no mandado de segurança sempre foi e sempre será autoridade coatora.

Apesar das obras de alguns destes autores datarem de período anterior à alteração legislativa no mandado de segurança, seus entendimentos permanecem inalterados, tendo em vista que, na concepção do que fora defendido, as premissas estabelecidas são plenamente aplicáveis ao novo modelo da ação mandamental e não existiria qualquer diferença em relação a sobre quem a determinação judicial emanada.

Ao que tudo indica a determinação de indicação da pessoa jurídica de direito público representativa da autoridade coatora, não teve o condão de modificar o entendimento de boa parte dos doutrinadores, mesmo deixando dúvidas em relação a seu texto.

Logicamente que, ao se consignar que é a autoridade coatora que deve ser identificada como réu no mandado de segurança, não se está a afirmar que ela não possui um papel de relevância dentro deste cenário. De acordo com Eurico Ferrares (2010, p. 47)

> está claro que a ciência ao representante judicial da pessoa jurídica interessada configura mais uma oportunidade para o diálogo entre todos os interessados no *mandamus*. Permite que todos os sujeitos interessados no ato objeto de questionamento participem do processo, se houver interesse.

Sendo assim, Ferraresi não se furta a entender a importância da indicação do representante judicial da autoridade coatora, haja vista que a garantia do contraditório e da ampla defesa são fundamentais à Administração e ao administrado nos processos judiciais. Tudo isso, levando-se em conta o estabelecido pelo art. 5º, inciso LV, do diploma constitucional, ante a real garantia de contraditório e ampla defesa à pessoa, preceito fundamental que deve ser garantido à todos, sem exceção, seja pessoa física ou jurídica.

No entanto, há se consignar que a nova disciplina estabelecida pela lei gera divergência substancial, sobre a qual o autor se furtou em debater, ao pretexto de que a doutrina administrativista de peso, já havia firmado suas premissas sobre o tema (FERRARESI, 2010, p. 46).

Ocorre que, a doutrina processualista brasileira diverge do entendimento de que é apenas a autoridade coatora a ré no mandado de segurança, em vários traços, estabelecendo outros contornos.

Por autoridade coatora a legislação infraconstitucional foi feliz, ao conceituar no §3º, do art. 6º que "considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática". Quanto à esta denominação, não pairam dúvidas, haja vista que a autoridade coatora seria, portanto, o agente público responsável pela prática do ato ilegal ou abusivo, ou de quem emanou a ordem para o fazê-lo.

Contudo, como já infirmado, são três as correntes aquelas que buscam identificar o réu do mandado de segurança. Precursor da segunda corrente doutrinária sobre a matéria é possível citar o autor Cássio Scarpinella Bueno.

Para o autor, a leitura do art. 7º da Lei n.º 12.016/2009, não deixa margem à outra interpretação. Sendo assim, a inovação legislativa trazida, nada mais fez que estabelecer um litisconsórcio passivo necessário entre a autoridade coatora e a pessoa jurídica representativa dela.

Essa afirmação é facilmente observada, ao analisarmos a passagem da obra do processualista, ao estabelecer "que se extrai da previsão normativa atual, contudo, é que a Lei n. 12.016/2009, mesmo que involuntariamente, acabou cedendo à prática do foro e retornando ao sistema da Lei n. 191/1936 e do Código de Processo Civil de 1939 (v. n.7, *supra*) ao estabelecer um litisconsórcio passivo e *necessário* entre a autoridade coatora e o órgão ou pessoa jurídica a que pertence" (BUENO, 2010, p. 60).

Cássio Scarpinella Bueno, portanto, estabelece a existência de um litisconsórcio passivo necessário, instituto este que não é de difícil compreensão. Na prática, o que se observa é que deve, necessariamente, estar elencada no polo passivo da ação do mandado de segurança a autoridade coatora e a pessoa jurídica de direito público, pois a primeira é aquela que comete o ato ou de quem emanou a ordem e a segunda seria a que, de fato, arcaria com as consequências jurídicas decorrentes do ato impugnado.

Somando-se à isso, é interessante consignar o que a doutrina processual chama de litisconsórcio necessário, em linhas gerais. Fredie Didier Jr. (2008, p. 301) Informa que

> Já o *litisconsórcio necessário* está ligado mais diretamente à indispensabilidade da integração do pólo passivo por todos os sujeitos, seja por conta da própria natureza desta relação jurídica (unitariedade), seja por imperativo legal.[...] O *litisconsórcio necessário* revela casos de legitimação *ad causam conjunta* ou *complexa*.

O que se percebe é que o autor entende que quando a legislação informa que é necessário cientificar o órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, estaria o legislador firmando a premissa de que a hipótese seria de um litisconsórcio passivo necessário, não sendo a demanda apta a prosseguir, sem a indicação da pessoa jurídica de direito público correta.

O próprio Cássio Scarpinella Bueno (2010, p. 504) em outra de suas obras, estabelece, em breve síntese, que o conceito de litisconsórcio necessário, diz respeito a "quando a lei ou a própria relação jurídica de direito material impõe o litígio conjunto". Porém, há que se informar que o autor é isolado na defesa deste ponto de vista.

Fortemente contrária a esse entendimento está Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz (2009, p. 69-70),

apresenta certa dúvida em relação à novel legislação, criticando o posicionamento de Cássio Scarpinella Bueno, quanto a existência do suposto litisconsórcio passivo necessário

> 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.
> Entendemos, portanto, que a exigência de que constem da petição inicial tanto a autoridade coatora quanto a pessoa jurídica é apenas para evitar que não seja corretamente identificada a autoridade responsável. Isto porque, a uma, não há como desvincular a autoridade coatora da pessoa jurídica, até porque ela é quem, pessoalmente, e em nome da pessoa jurídica, pratica o ato, a duas, porque quem de fato figura no pólo passivo é a pessoa jurídica, sendo a autoridade coatora a que, por questões fáticas, presta informações e, por essa razão, deverá obrigatoriamente ser indicada na petição inicial.

Com o questionamento acerca do litisconsórcio passivo necessário, Luana Pedrosa abre portas para a terceira corrente que defende que a pessoa jurídica de direito público é que deve figurar no polo passivo da demanda relativa ao mandado de segurança. Entretanto, antes de adentra-se à análise da terceira corrente, importante tecer críticas sobre os autores dos comentários à legislação. Na mesma obra, Luís Otávio Sequeira de Cerqueira, ao comentar o art. 7º, inciso II, que é complementar do disposto no art. 6º, nos traz um posicionamento um tanto quanto divergente de Luana Pedrosa, o que faz com que o defendido caia por terra.

Isso porque, se há a afirmação de que se figura no polo passivo a pessoa jurídica de direito público, não há como se entender de maneira diversa, na sequencia da mesma obra. Isso demonstra certas incoerências relativas ao argumento defendido pelos autores conforme demonstra o trecho que segue

> 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. (CRUZ, 2009, p. 86)

Ora, o instituto jurídico da assistencial litisconsorcial é diverso do litisconsórcio passivo necessário. Como já afirmado anteriormente, o litisconsórcio passivo necessário, diz respeito ás hipóteses estabelecidas pela legislação ou pela relação jurídica formada, em que, obrigatoriamente, deve figurar no polo passivo da ação do mandado de segurança, as pessoas que estariam interligadas.

Ocorre que a hipótese de assistência litisconsorcial, por sua vez, estabelece um requisito fundamental que a diferencia

> A assistência litisconsorcial cabe quando o terceiro alegar a existência de um interesse jurídico imediato na causa. Diz-se que há esse tipo de interesse jurídico quando a decisão

> puder afetar relação jurídica de que seja o terceiro, também ou só ele, titular. Mantém, o terceiro, relação jurídica com a parte adversária daquela a quem pretende ajudar. […] A assistência litisconsorcial é hipótese de litisconsórcio unitário facultativo ulterior. (DIDIER JR, 2008, p. 332-333)

Assim, enquanto na hipótese do litisconsórcio passivo necessário, há uma obrigatoriedade de formação de um grupo de pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas no polo passivo da demanda, a assistência litisconsorcial, além de ser ulterior, é facultativa, podendo ou não ser formada, razão pela qual a doutrina acaba não se entendendo em relação ao tema.

Porém, há que se consignar que os autores, apesar de apresentarem proposta no sentido de estabelecerem um pensamento uníssono para descrever as alterações legislativas sofridas no bojo do mandado de segurança, não se desincumbiram desse ônus, apresentando, portanto, inconsistências argumentativas. Se os dispositivos são complementares o mais correto ao se firmar um argumento deve ser no sentido de ou se afirma, expressamente, que discorda do posicionamento anteriormente defendido, ou então procura corroborar o ponto de vista do colega que trouxe o debate anterior, com a finalidade de manter uma lógica ao leitor.

Ainda assim, o debate acima estabelecido abre portas, como afirmado, a mais uma corrente doutrinária acerca do tema. Uma terceira corrente doutrinária, adotada por José Henrique Mouta Araújo e seguida por Lúcia Valle Figueiredo (2009, p. 26). Entendem os autores de maneira diversa das duas primeiras correntes acima enunciadas. Na verdade, os autores entendem que jamais a autoridade coatora pode ser considerada como ré no mandado de segurança, tendo em vista que, quando comete o ato ilegal ou abusivo, age representando o ente público estatal.

Sendo assim, na medida em que o agente público representa uma entidade, seja ela da Administração Pública Direta ou Indireta, é a pessoa jurídica de direito público que arcará com as consequências decorrentes do provimento jurisdicional que advém do ajuizamento da ação do mandado de segurança. Portanto, o réu do mandado de segurança seria, apenas, a pessoa jurídica de direito público, conforme é possível depreender do trecho abaixo transcrito

> Toda a consequência decorrente da decisão que concede a segurança não é suportada pela pessoa física da autoridade que àquela altura praticou o ato impugnado, mas sim pela PJDP. Portanto, em que pesem as manifestações em sentido contrário, acompanha-se o posicionamento de que a autoridade coatora não é *ré* no procedimento do mandado de segurança, mas mera informante, não devendo ser considerada a peça informativa como peça de defesa, mas meio de prova, mas meio de prova. Sendo informante, exclui-se a condição de litisconsorte passivo, de parte e mesmo de assistente litisconsorcial passivo. (ARAÚJO, 2010, p. 202)

O autor, ao atualizar a discussão no que se refere ao tema relativo à identificação do réu no mandado de segurança, manteve-se no mesmo sentido que defendido anteriormente ao advento desta legislação, continuando a entender que é a pessoa jurídica de direito público que deve ser considerada ré, para efeitos da ação do mandado de segurança (ARAÚJO, 2010, p. 202).

Nesse sentido, José Henrique Mouta (2010, p. 202), enfaticamente, estabelece que "a autoridade coatora não é ré no mandado de segurança, mas sim a pessoa jurídica, devendo seu representante ser intimado das decisões nele proferidas".

Contudo, importante consignar que os problemas de ordem prática no que se refere à identificação do réu no mandado de segurança não se manifestam, exclusivamente, em relação ao prosseguimento válido da ação mandamental. Entender quem é o legítimo para apresentar recursos na ação do mandado de segurança, ou mesmo quem deve arcar com as consequências jurídico-patrimoniais em caso de descumprimento de ordem judicial, está inserido nesta lógica.

Nestes termos, a fim de que o tema reste ainda mais aclarado, interessante a demonstração de como é realizada a defesa processual nesta matéria.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante tudo até aqui trabalhado, algumas conclusões lógicas são possíveis de serem extraídas. Em primeiro lugar, importante ressaltar, mais uma vez, a importância do intérprete do Direito em nossa sociedade atual.

Em decorrência do grande número de normas que apresentam lacunas, incongruências ou inconsistências terminológicas, cabe ao aplicador do direito a função de julgar o caso, em consonância com os padrões normais da sociedade. Quando não existem normas regendo a contenda, o magistrado deve se valer de outros meios como a analogia, as regras de experiência, os princípios, entre outros, para buscar estabelecer justiça ao caso concreto.

São esses os direcionamentos que a própria legislação enuncia, com o objetivo de que seja realizado um julgamento, mais apropriado aos padrões gerais de todo o sistema. O problema mais grave que decorre desse fenômeno diz respeito à valoração dos termos inserido nas normas, uma vez que ela é realizada pelo intérprete que, nem sempre, se adéqua ao real significado inserido pelo legislador.

Parte ele de suas pré-concepções, o que pode trazer insegurança àquele que dependa da tutela jurisdicional pretendida.

Foi diante desse cenário de inconsistências lingüísticas e terminológicas que surge a Lei 12.016/2009. Promulgada com o objetivo de solucionar graves problemas que não mais conseguiam ser solucionados pela Lei 1.533/1951, a novel legislação apresentou vários traços problemáticos, sendo possível destacar, o foco deste trabalho, que é a identificação do réu no mando de segurança.

Ocorre que, com essa dificuldade de identificação, foi possível perceber o surgimento de três correntes doutrinárias que almejavam determinar o que o legislador buscou enunciar ao editar a Lei 12.016/2009, no que pertine à identificação do réu. Enquanto uns entendem que é a pessoa jurídica de direito público, outros entendem que se trata da autoridade coatora e, por último, existe quem defenda que é uma hipótese de litisconsórcio passivo necessário.

Essa última corrente, minoritária, é seguida por Cássio Scarpinella Bueno. No entanto, como observado, até mesmo a jurisprudência dos tribunais superiores não vêm admitindo a possibilidade de que exista o referido instituto jurídico, na hipótese da ação do mandado de segurança. E, nesse sentido, entende-se que faz bem os tribunais ao refutarem este entendimento.

O grande problema surge quando o debate se insere na identificação do réu, com base nas duas doutrinas remanescentes. Ambas apresentam fundamentos bastante consistentes para defenderem seus pontos de vista e são capitaneadas por doutrinadores de peso

Enquanto José Henrique Mouta e Lúcia Valle Figueiredo são precursores da tese de que é a pessoa jurídica de direito público que é o réu do mandado de segurança. Os atualizadores da obra de Hely Lopes Meirelles mantêm consignado, seguindo o pensamento estabelecido à luz da Lei 1.533/1951, de que é a autoridade coatora que seria a ré no mandado de segurança.

Confrontando esse entendimento, com os ensinamentos de Eurico Ferraresi, percebe-se que o autor, muito embora não se manifeste expressamente seu ponto de vista, dá a entender que concorda com a tese de que é a autoridade coatora a ré na ação mandamental.

Na medida em que a novel legislação estabelece a notificação do órgão de representação jurídica do ente público, pauta-se essa lógica em uma maior garantia de contraditório e ampla defesa do ato impugnado. Trata-se de garantir, ao máximo, a manutenção do ato administrativo praticado, nos

moldes com que foi fixado.

Por esse motivo, é muito cômodo à autoridade coatora não ser considerada ré. Em caso de descumprimento de ordens judiciais, quaisquer prejuízos ao erário sofridos, serão arcados, exclusivamente, pelo ente público. Caso, mais à frente, queira, poderá vir à juízo e ingressar ação de regresso, o que demanda tempo e não demonstra a eficiência esperada.

Nesse sentido é que parece mais adequado permitir, aos moldes como estatuídos pela Lei da Ação Popular, que o Ente Público atue do lado em que estiver convencido, seja do impetrante ou do impetrado. Inclusive, permitindo que, ainda que inicie atuando ao lado de uma das partes, seja-lhe facultado o direito de alternar entre os pólos, a depender das circunstâncias observadas no caso concreto.

Sendo possível estabelecer essa flexibilidade, chega-se à conclusão de que a identificação do réu no mandado de segurança trará, acima de tudo, uma maior efetividade à prestação da tutela jurisdicional. Com isso, o processo conseguirá atingir seu escopo, que é servir de instrumento para serem deduzidos os direitos em juízo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Mandado de segurança:** questões controvertidas. Salvador: *Jus*PodVm, 2010.

BARBI. Celso Agrícola. **Do mandado de segurança**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRASIL. **Exposição de motivos n.º 006 – AGU/MJ, de 16 de abril de 2001,** Ministério da Justiça. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 8. abr. 2012.

BUENO, Cássio Scarpinella. **A nova lei do mandado de segurança**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. Comentário ao art. 6º. In: 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.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Mandado de segurança:** o tradicional, o novo e o polêmico na Lei n.º 12.016/2009. São Paulo: Dialética, 2009.

DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil:** teoria geral do processo e processo de conhecimento. 10. ed. Salvador: *Jus*PodVm, 2008.

ECO, Umberto. **Os limites da interpretação**. 2.ed. São Paulo: Perspectiva, 2004.

FERRARESI, Eurico.**Do mandado de segurança:** comentários à Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Mandado de segurança**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GASPARINI, Dógenes. **Direito Administrativo** 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001,

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas. **Mandado de segurança individual e coletivo**:comentários à Lei 12. 016, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 33.ed.São Paulo: Malheiros, 2010.