

A TEORIA DA ENCAMPAÇÃO NO MANDADO DE SEGURANÇA: PONDERAÇÕES NECESSÁRIAS

JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO, Doutor e mestre e em direito (UFPA), professor titular da UNAMA, do CESUPA e da FACI, procurador do Estado do Pará e advogado.

I. Definição do tema

No presente ensaio, pretende-se discutir os requisitos e as conseqüências jurídicas decorrentes da aplicação da teoria da encampação ao mandado de segurança.

No procedimento mandamental desenvolveu-se a teoria da encampação do ato impugnado pela autoridade coatora inicialmente inadequada ou *ilegítima*¹.

Serão enfrentados, dentre outros, os seguintes aspectos: a) partes no mandado de segurança, b) o papel da autoridade coatora, c) a possibilidade de aproveitamento das informações apresentadas pela autoridade *ilegítima* ao adentrar no mérito do ato impugnado judicialmente; c) os problemas ligados à competência absoluta fixada em razão da pessoa da autoridade coatora.

Vamos aos argumentos:

¹ Usa-se o *itálico* tendo em vista que, nos argumentos lançados em seguir, demonstrar-se-á que a encampação não será na condição de parte e sim de terceiro. Logo, não poderia a autoridade ser considerada *ilegítima*.

II- Partes no mandado de segurança

Antes de ser enfrentada a temática central, deve-se aduzir alguns aspectos relacionados ao conceito de parte passiva no mandado de segurança. A pergunta a ser enfrentada é a seguinte: a autoridade que presta informações atua na condição de parte ou terceiro? De acordo com as lições de Hely Lopes Meirelles :

“O *impetrado* é a autoridade coatora, e não a pessoa jurídica ou o órgão a que pertence e ao qual seu ato é imputado em razão do ofício. Nada impede, entretanto, que a entidade interessada ingresse no mandado a qualquer tempo, como simples assistente do coator, recebendo a causa no estado em que se encontra, ou, dentro do prazo para as informações, entre como litisconsorte do impetrado, nos termos do art. 19 da Lei n. 1.533/51”².

Contudo, há críticas ao posicionamento de que ocorre formação de litisconsórcio ou mesmo de assistência entre a autoridade e a pessoa jurídica de direito público, bem como ao que entende ser a própria autoridade coatora ré no *mandamus*³.

² *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, 'habeas data', ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e argüição de descumprimento de preceito fundamental*. 26ª edição. São Paulo : Malheiros, 2003, p.57-58.

³ Após citar a existência de duas correntes de opinião (a primeira de que a autoridade coatora seria o sujeito passivo e a segunda que seria a própria pessoa jurídica) entende Sidou: “parte passiva na ação de mandado de segurança é a autoridade coatora, pessoa natural, do mesmo modo como parte passiva no *habeas corpus* e na ação popular é o agente da coação e o autor do atentado ao patrimônio público. O mandado é concedido contra o executante do ato ilegal, para que ele próprio cumpra o objeto de segurança e o corrija desfazendo-o ou executando-o, o que reforça a convicção de que parte passiva não é o órgão da administração”(SIDOU, J.M Othon. “*Habeas corpus*”, *mandado de segurança, mandado de injunção, “habeas data”, ação popular: as garantias ativas dos direitos coletivos*. 5ª edição. Rio de Janeiro : Forense, 2000, p. 161-162). Em seguida, conclui: “argumentar que o ônus do processo de mandado de segurança são

Destarte, a consequência decorrente da decisão que concede a segurança não é, *a priori*⁴, suportada pela pessoa física da autoridade que àquela altura praticou o ato impugnado, mas sim pela pessoa jurídica de direito público⁵.

Aliás, O STF já decidiu:

“Mandado de segurança: legitimação passiva da pessoa de direito público ou assemelhada, à qual seja imputável o ato coator, cabendo à autoridade coatora o papel de seu representante processual, posto que de identificação necessária: conseqüente possibilidade de sanar-se o erro do impetrante na identificação da autoridade coatora, mediante emenda da inicial, para o que se determina a intimação da parte: voto médio do relator para o acórdão” (Rcl 367 / DF – Rel. Min. Marco Aurélio - Rel. Acórdão Min. Sepúlveda Pertence - J em 04/02/1993 - Tribunal Pleno - DJ de 06-03-1998 pp-00004 Ement. vol -01901-01 pp-00001).

Portanto, em que pese a existência de 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 defesa, mas meio de

suportados, não pela autoridade coatora e sim pela pessoa jurídica de direito público, não afiança, por si, que é a pessoa jurídica a parte passiva da demanda, porque, se é verdade que essa é levada a absorver as conseqüências da sentença, não menos verdade é que a administração reserva-se agir regressivamente contra o seu agente, responsável pelos danos causados a terceiros, como previne o art. 37§6º, da Constituição”. (*Idem*, *Ibidem*, p, 162).

⁴ Ressalvada a hipótese de futura demanda regressiva.

⁵ Também aduzindo que é a pessoa jurídica de direito público quem irá suportar os efeitos decorrentes da ação, ver obra clássica de Sérgio Ferraz intitulada *Mandado de segurança (individual e coletivo) - aspectos polêmicos*. 3ª edição. São Paulo : Malheiros, 1996, p. 52.

prova⁶. Sendo informante, exclui-se a alegação de que seria litisconsorte passivo⁷, parte ou assistente litisconsorcial passivo⁸.

Sobre o assunto, vale citar as lições de Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues e Gérson Amaro de Souza:

“Em sede de mandado de segurança, o papel do constritor é, a despeito de ferrenhas e autorizadas vozes em sentido contrário, de mero informante anômalo acerca do ato acoimado de abusivo. Em outras palavras, consubstancia-se o coator em um mero (re)presentante

⁶ Nesse particular, há duas passagens de ensaio de Fredie Didier Júnior que merecem transcrição: “a participação da autoridade coatora restringe-se a prestar informações e completar a citação, comunicando ao ré a existência da demanda contra ele proposta. Empós, sai do processo. No momento da prolação da sentença, por exemplo, já é pessoa totalmente estranha ao feito, fato que a qualifica, neste momento, como terceiro”. E, em seguida, defende corretamente que: “a participação da autoridade coatora, ao que nos parece, pode ser visualizada muito melhor de acordo com a teoria geral da prova: trata-se de colheita de prova, por escrito, feita em momento procedimental anterior ao da apresentação da defesa”. *Natureza jurídica das informações da autoridade coatora no mandado de segurança*. In Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança. Cassio Scarpinella Bueno, Eduardo Arruda Alvim e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord). São Paulo : RT, 2002, pp. 370 e 371.

⁷ Por outro lado, em caso de dúvida objetiva, é possível a impetração contra mais de uma autoridade coatora. Neste caso, se ambas forem vinculadas à mesma pessoa jurídica de direito público, ainda assim é incabível falar-se em litisconsórcio passivo, mas sim em mais de um presentante cujos atos estão sendo impugnados. *A contrário sensu*, há precedente indicando tratar-se de litisconsórcio passivo, senão vejamos: “Mandado de segurança. Impetração contra duas autoridades – Determinação pelo Juiz para que os impetrantes escolham uma autoridade para permanecer no pólo passivo – Litisconsórcio passivo que pode permanecer, com exame da matéria por ocasião da sentença – Decisão reformada – Recurso dos autores provido. Possível o litisconsórcio passivo em mandado de segurança, podendo ser dirimida a dúvida sobre a efetiva autoridade coatora por ocasião da sentença” (TJSP. AI. 110.813-5 – SP, 1ª CDPu., v.u., j. 30.3.99, Rel. Luís Ganzerla. CD/ APMP – In REMÉDIO, José Antonio. *O mandado de segurança na jurisprudência*. 2ª edição. São Paulo : Saraiva, 2003, p. 491.

⁸ “Acolhida a tese de que o sujeito passivo é a pessoa jurídica, não é admissível o ingresso da autoridade como assistente litisconsorcial, porque ela não é titular de qualquer relação jurídica com o adversário do assistido. Por outras palavras, a autoridade a quem se atribui a prática do ato integra a pessoa jurídica (parte passiva), não tendo, pois, qualidade para agir nem como parte, nem como assistente”. LOPES, João Batista. *Sujeito passivo no mandado de segurança*. In Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança. Cassio Scarpinella Bueno, Eduardo Arruda Alvim e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords). São Paulo : RT, 2002, . 418.

em juízo da entidade pública (ou privada, com funções públicas delegadas).

Sendo assim, a notificação da autoridade coatora para prestar informações não se equivale à citação. Aquela se destina a obter dados a respeito do ato ilegal, a serem prestados pelo próprio praticante da ação abusiva. Por outro lado, a citação deve ser dirigida à pessoa jurídica, visando à defesa do ato legítimo, tal como prevê, embora equivocadamente no termo empregado, o art. 3º da Lei nº 4.348/1964”⁹

Em decorrência deste raciocínio, o erro na indicação da autoridade não deverá gerar a extinção do processo por ilegitimidade (desde que não seja alterada a pessoa jurídica indicada no pólo passivo), sendo possível a decretação de incompetência do Órgão Jurisdicional a quem foi distribuído o feito.

III- Requisitos para aplicação da teoria da encampação no MS

Após a análise do papel da autoridade coatora, cumpre, neste momento, enfrentar os requisitos necessários para a aplicação da teoria da encampação no mandado de segurança.

Para tanto, mister partir de duas premissas: a) a competência no mandado de segurança é estabelecida pela autoridade apontada como coatora pelo impetrante, b) o sujeito passivo é a pessoa jurídica, ressalvados os posicionamentos anteriormente apontados.

Neste fulgor, a simples indicação errônea da autoridade coatora, a rigor, não poderia gerar a decretação de ilegitimidade passiva, até pelo fato de

⁹ RODRIGUES, Daniel Gustavo de Oliveira Colnago e SOUZA, Gérson Amaro de. *Situação jurídica da autoridade coatora no mandado de segurança: aspectos processuais*. Repertório de Jurisprudência IOB, 2ª quinzena de outubro, n. 20, 2008, p. 670.

que esta não seria parte. A ilegitimidade apenas seria decretada em caso de erro na indicação da pessoa jurídica¹⁰ (que deve ser citada como parte).

Por outro lado, a errônea menção da autoridade coatora poderá gerar a decretação de incompetência absoluta do Órgão Jurisdicional originário.

Explica-se.

Dependendo do caso concreto, a alteração da autoridade apontada como coatora, *v.g.*, de uma que detém prerrogativa de processamento em Tribunal (Local ou Superior) para outra que não a detém e vice-versa.

Os Tribunais pátrios (especialmente no STJ) têm enfrentado o cabimento da chamada teoria da encampação, nas hipóteses em que a autoridade superior, apesar de indicada incorretamente, ultrapassa as preliminares processuais e adentra no mérito do ato impugnado pelo impetrante, não devendo ser extinto o processo por ilegitimidade¹¹.

Contudo, três indagações devem ser enfrentadas para o correto enfrentamento da questão: a) qualquer autoridade pode encampar o ato supostamente imputado a outra ou apenas aquela com competência hierárquica superior? b) amplia-se a competência no caso de modificação da autoridade? c) a encampação (aproveitamento, economia) será na condição de parte ou de terceiro?

As duas primeiras perguntas devem ser desde logo enfrentadas, deixando a terceira para fomentar algumas considerações pessoais no item final deste ensaio.

IV) Encampação pela autoridade hierarquicamente superior: o problema ligado à competência absoluta

¹⁰ Este tema foi tratado, pelo STJ, no julgamento do RMS 19.378/DF (J. em 01/03/2007 – DJ de 19.04.2007). Da ementa, transcreve-se o item 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”.

¹¹ Neste sentido, ver, no STJ, o EDcl no RMS 16057, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 1ª Turma, J. em 07.10.2003, Dj de 17.11.2003; AgRg no REsp 697.931/MT, Rel. Min. LAURITA VAZ, 5ª Turma, J. em 28.02.2008, DJ 07.04.2008.

A aplicação dessa teoria tem importância e relevância, como instrumento de economia processual e visa o aproveitamento dos atos praticados no mandado de segurança.

Partindo-se dessa afirmação é possível aduzir que a encampação pressupõe a atuação de autoridade hierarquicamente superior. De nada adianta, para aplicação da teoria, falar em aproveitamento quando o correto é figurar como ACO no mandado de segurança a autoridade superior, sendo notificada nesta qualidade a inferior. Por questão de hierarquia, mesmo se nas informações estiver impugnação do mérito, parece ser inaplicável a teoria.

Sobre o assunto, vale transcrever o item 2 do acórdão proferido pelo STJ no EDcl no MS 13101 / DF (Rel. Min. Eliana Calmon – 1ª Seção – J. em 13/05/2009 – DJe de 25/05/2009):

2. Aplica-se a Teoria da Encampação quando a autoridade hierarquicamente superior apontada coatora, ao prestar informações, defende o mérito do ato impugnado.

Em outro julgado, o Superior Tribunal de Justiça entendeu inaplicável a teoria exatamente pelo fato de que a autoridade era de hierarquia inferior e não poderia encampar ato que deveria ser praticado pela superior:

“ Processual civil. Recursos ordinário e especial em mandado de segurança. Art. 535 do CPC: Súmula 284/STF. Legitimidade ativa do contribuinte de fato para questionar a alíquota do ICMS. Mandado de segurança com efeitos patrimoniais pretéritos: Descabimento. Súmulas

269 e 271 do STF. Teoria da encampação: inviabilidade. Alteração, pelo Judiciário, de ato normativo: Descabimento. 1. O contribuinte de fato, por suportar o encargo financeiro do ICMS, tem legitimidade para questionar judicialmente a alíquota do imposto. 2. Não cabe mandado de segurança objetivando efeitos patrimoniais pretéritos (súmulas 269 e 271 do STF). 3. A chamada "teoria da encampação" não pode ser invocada quando a autoridade apontada como coatora (e que "encampa" o ato atacado), é hierarquicamente subordinada da que deveria, legitimamente, figurar no processo. Não se pode ter por eficaz, juridicamente, qualquer "encampação" (que melhor poderia ser qualificada como usurpação) de competência superior por autoridade hierarquicamente inferior. 4. Não cabe mandado de segurança objetivando, sob fundamento de inconstitucionalidade, substituir por percentual menor as alíquotas de ICMS fixadas em ato normativo (decreto estadual). A sentença que atendesse a tal pedido produziria efeitos semelhantes ao da procedência de ação direta de inconstitucionalidade, e, mais ainda, transformaria o Judiciário em legislador positivo. 5. Recurso ordinário improvido. Recurso especial provido. (RMS 28745 / AM – Rel. Min. Teori Albino Zavascki – 1ª Turma – J. em 19/05/2009 – DJ de DJe 01/06/2009).

Realmente, não é possível a aplicação da teoria em duplo sentido. Trata-se de via de mão única, ligada à competência da autoridade superior de se sobrepor à informar que deveria figurar no mandado de segurança, aproveitando-se as informações que impugnam o mérito do ato discutido em Juízo.

Deve o intérprete, ao analisar um caso concreto, realizar duas ponderações antes de concluir pela aplicação ou não da teoria em comento: i) se a

autoridade que figura como coatora é de hierarquia superior ou inferior em relação à que deveria atuar no *mandamus*; b) se as informações impugnam o mérito do ato, ou apenas alega a *ilegitimidade*.

Outrossim, assunto que também provoca reflexão respeita a consequência processual em casos de (in) competência absoluta.

Destarte, em que pese ser discutido posteriormente em qual papel há a encampação, cumpre desde já informar que a competência em razão da pessoa é fixada de acordo com a autoridade coatora. Portanto, apenas é aplicável a encampação nos casos de inexistência de modificação da competência do órgão jurisdicional.

Na prática esta afirmação é de curial importância. Normalmente ocorre a alteração de competência nos casos em que a autoridade (correta ou a equivocadamente indicada na inicial) possui prerrogativa, como nos mandados impetrados em face de Governadores, Secretários, Ministros e Presidente da República. *In casu*, verificada a incorreta indicação destas autoridades, não será aplicada a teoria, mesmo se as informações impugnarem o mérito do ato administrativo discutido em juízo.

Nos julgados a seguir, o STJ, indica quais são requisitos para a aplicação da teoria, dentre os quais a impossibilidade de alteração da competência¹²:

“Processual Civil e Tributário. Mandado de segurança. Contribuição previdenciária. "Custas" percebidas por oficiais de justiça e avaliadores do Estado do Rio de Janeiro. Ilegitimidade passiva ad causam. Teoria da encampação. Inaplicabilidade. Extinção do processo sem julgamento de mérito.
1. A teoria da encampação é aplicável ao mandado de segurança tão-somente quando preenchidos os seguintes requisitos: (1) existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do

¹² No mesmo sentido, ver, dentre outros, o RMS 18563 / RS – Rel. MIn. Herman Benjamin – 2ª Turma – J. em 03/03/2009 – Dje de 24/03/2009.

ato impugnado; (2) ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal; e (3) manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas. 2. In casu, conforme restou consignado pelo juízo de primeira instância, a autoridade legítima para figurar no pólo passivo do writ é o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que determinou ao Departamento de Pagamento de Servidores do Tribunal a inclusão das denominadas "custas" (gratificação de locomoção) na base de cálculo dos descontos previdenciários sobre a verba recebida pelos oficiais de justiça (parecer e determinação de fls. 51/52), estando seus atos sujeitos, na via do mandado de segurança, à competência originária daquela Corte, à luz das Súmulas 41/STJ e 624/STF. 3. O recorrido impetrou o mandamus no juízo de primeira instância, apontando como autoridade coatora o Diretor do Departamento de Pagamento de Servidores do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 4. Destarte, ressoa incabível a adoção da "teoria da encampação" ao caso sub judice, porquanto implicaria indevida modificação ampliativa de competência absoluta fixada na Constituição, conforme orientação firmada na jurisprudência desta E. Corte. Precedentes: Precedentes da Primeira Seção: MS 12779 / DF, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 03/03/2008; MS 10.484/DF, Rel. Min. José Delgado, DJ de 26/09/2005. 5. Recurso especial provido, determinando-se a extinção do Mandado de Segurança sem resolução do mérito”(REsp 967984 / RJ – Rel. Min. Luiz Fux – 1ª Turma – J. em 14/04/2009 – DJe de 06/05/2009).

Processual civil e administrativo. Cebas. Cancelamento de isenção. Necessidade de dilação probatória. 1. São três os requisitos para aplicação da teoria da encampação no mandado de segurança: existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal; e manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas. Precedente da Primeira Seção: MS 10.484/DF, Rel. Min. José Delgado. 2. O ato coator apontado foi exarado pelo Chefe da Seção de Orientação da Arrecadação Previdenciária, da Delegacia da Receita Previdenciária de Niterói/RJ, vinculada à Secretaria da Receita Previdenciária do Ministério da Previdência Social. 3. O conhecimento do writ esbarra na alteração de competência estabelecida pela Carta da República. 4. A documentação colacionada pelo impetrante mostra-se insuficiente para comprovar a ilegalidade do ato administrativo que revogou a isenção tributária que lhe fora concedida com base em cancelamento do Cebas. 5. A alegação de inexistência de cancelamento esbarra em documento acostado pela própria impetrante, que atesta situação inversa. 6. Ordem denegada” (MS 12.779/DF, Rel. Ministro Castro Meira- 1ª Seção, julgado em 13.02.2008, DJ 03.03.2008 p. 1).

“Processual civil e tributário. ICMS. Substituição tributária. Valores pagos a maior. Restituição. Secretário de Fazenda. Ilegitimidade passiva. Teoria da encampação. Inaplicabilidade. 1. Hipótese em que a empresa pretende a restituição de valores indevidamente recolhidos a título de ICMS no regime de substituição tributária "para frente". Impetrou writ contra o Secretário de Fazenda. O TJ extinguiu o feito sem julgamento de mérito, por ilegitimidade passiva. 2. O Diretor

do Departamento de Receita Pública é a autoridade responsável pela fiscalização e imposição tributária no Rio Grande do Sul, nos termos do art. 14 do Decreto Estadual 37.297/1997. O Secretário de Fazenda secunda o Governador na elaboração e implantação das políticas fiscais, o que não se confunde com lançamento, cobrança de ICMS ou análise de pedidos de restituição. 3. Inviável aplicar a Teoria da Encampação, pois haveria ampliação indevida da competência originária do Tribunal de Justiça. Precedentes do STJ. 4. Nos termos do art. 95, XII, "b", da Constituição Estadual, o TJ julga originariamente Mandado de Segurança impetrado contra Secretários de Estado, mas não contra Diretor de Receita Pública. 5. Não procede o argumento a favor da legitimidade passiva do Secretário de Estado, a pretexto de que seria responsável por dar cumprimento à legislação tributária local. O Governador, assim como diversos outros agentes públicos, tem o dever de respeitar e fazer cumprir a legislação, mas nem por isso confunde-se com autoridade coatora para fins de impetração do mandamus, que deve ser direcionado ao agente que efetivamente realiza o ato impugnado e tem competência para revertê-lo. 6. Recurso Ordinário não provido” (RMS 18563 / RS – Rel. Min. Herman Benjamin – 2ª Turma, J. em 03/03/2009 – DJe de 24/03/2009).

Ora, levando em conta que *encampação* está ligada aos conceitos de aproveitamento, economia, etc., realmente estranho é defender a aplicação da teoria em casos de alteração de competência. Assim, apenas em algumas situações pode ser aproveitado o mandado de segurança impetrado em face de autoridade equivocada.

Bem a propósito, vale informar que esta teoria também pode ser utilizada no *habeas data*, além do mandado de segurança, com semelhantes requisitos¹³.

IV) Encampação na qualidade de terceiro (informante) e de não parte

Como já mencionado, a encampação, no mandado de segurança e também no *habeas data*, está ligada ao aproveitamento e economia processual, estando sujeita, contudo, a certos requisitos. Portanto, em casos específicos, é possível a superação de eventual alegação de inadequada (para não falar *ilegítima*) indicação da autoridade coatora, quando esta adentra no mérito do ato impugnado.

Contudo, está pendente de resposta uma indagação feita anteriormente e ora ratificada: em qual papel será feito o aproveitamento da manifestação da autoridade (parte ou terceiro)?

Defende-se a *relativa* aplicação da *teoria da encampação*, caso a autoridade compareça e, além de alegar a *ilegitimidade*, impugne o mérito do ato discutido no *mandamus*.

¹³ “Habeas data. Legitimidade passiva do Comandante do Exército. Aplicação, *mutatis mutandis*, da teoria da encampação. Ausência de demonstração de recusa, na via administrativa, de acesso a informação. Súmula 2/STJ e art. 8º, I, da Lei nº 9.507/97. Pedido de cópia de parecer que teria dado causa à exoneração do impetrante. Deferimento. 1. A teoria da encampação aplica-se ao *habeas data*, *mutatis mutandis*, quando o impetrado é autoridade hierarquicamente superior aos responsáveis pelas informações pessoais referentes ao impetrante e, além disso, responde na via administrativa ao pedido de acesso aos documentos. 2. A demonstração da recusa de acesso a informação pela autoridade administrativa é indispensável no *habeas data*, sob pena de ausência de interesse de agir. Aplicação, quanto a um dos documentos pleiteados, da Súmula 2/STJ e do disposto no artigo 8º, I, da Lei nº 9.507/97. 3. Deve ser deferido o pedido de acesso a cópia de parecer que teria dado causa à exoneração do impetrante. A possibilidade de acesso das informações será sua garantia à defesa de sua honra e imagem, uma vez que esclarecerá os motivos pelos quais, segundo alega, teria sofrido prejuízos tanto morais como materiais. 4. Habeas data deferido em parte” (HD 84 / DF – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – 3ª Seção – J. em 27/09/2006 – DJ de 30/10/2006 p. 236). Ver também HD 147 / DF – Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima – 3ª Seção - J. em 12/12/2007, DJ de 28/02/2008 p. 69.

A ressalva interpretativa a ser feita, portanto, é no sentido de que a encampação, caso prevaleça o entendimento de que a autoridade coatora não é parte e sim informante, seria nesta condição, não passando a ser considerada legitimada passiva aquela que, na peça informativa, adentrou no mérito da causa discutida no MS.

Neste particular, se a pessoa jurídica (sujeito passivo) não for alterada, mas apenas a autoridade coatora¹⁴, inexistirá ilegitimidade, em que pese a possibilidade de decretação de incompetência¹⁵.

É razoável aduzir que, mesmo em caso de aplicação da teoria da encampação na qualidade de informante – e não de parte – o caso concreto poderá demonstrar a necessidade de decretação de incompetência absoluta como consequência da alteração da autoridade.

De outro prisma, não se deve esquecer que a legitimidade recursal é da pessoa jurídica, podendo a autoridade apresentar apelo, mas na qualidade de terceiro interessado¹⁶ evitando, quem sabe, eventual procedimento administrativo em decorrência da decisão judicial ou mesmo ação de regresso a ser eventualmente proposta pelo poder público.

Em última análise, a autoridade coatora não é parte passiva no mandado de segurança, mas sim a pessoa jurídica, devendo seu representante ser

¹⁴ A leitura do art. 3º da Lei 4.348/64 parece caminhar no sentido de que a parte é a pessoa jurídica de direito público, tanto que consagra a necessidade de intimação de seu representante judicial, no prazo de 48 (quarenta e oito horas), caso seja concedida alguma decisão judicial nas causas em que figure como autoridade coatora alguma de suas autoridades administrativas. Ademais, o art. 4º do mesmo diploma legal consagra a possibilidade de suspensão a ser manejada pela pessoa jurídica e não pela autoridade coatora.

¹⁵ Trata-se de mais um aspecto interessante em relação ao procedimento do mandado de segurança: a competência não é fixada em relação à parte passiva, mas sim a autoridade indigitada como coatora.

¹⁶ No tema, entende Fredie Didier Jr: “podemos afirmar que a autoridade coatora somente tem legitimidade recursal enquanto terceira juridicamente interessada, jamais como parte; nesta condição, apenas a pessoa jurídica de direito público”. *Recurso de terceiro: juízo de admissibilidade*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002, p. 133.

intimado nos casos de concessão da segurança¹⁷. A encampação, quando cabível, será na qualidade de informante (terceiro) e não de parte passiva.

¹⁷ O STF já decidiu: “Mandado de segurança. Legitimidade passiva para a causa. Pessoa jurídica de direito público a que pertence a autoridade. Representante processual do ente público. Falta de intimação da decisão concessiva da segurança. Violação do justo processo da lei (due process of law) Nulidade processual absoluta. Pronúncia. Jurisprudência assentada. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Aplicação do art. 3º da Lei nº 4.348/64, com a redação da Lei nº 10.910/2004. Inteligência do art. 5º, incs. LIV e LV, da Constituição da República. É nulo o processo de mandado de segurança a partir da falta de intimação, quanto à sentença, da pessoa jurídica de direito público, que é a legitimada passiva para a causa”. (AI 431264 AgR-segundo / PE - Pernambuco - Segundo Ag.Reg.no Agravo de Instrumento Relator(a): Min. Cezar Peluso – J. em 30/10/2007 – 2ª Turma - DJe-147 DIVULG 22-11-2007 PUBLIC 23-11-2007 - DJ 23-11-2007 PP-00117 EMENT VOL-02300-04 PP-00809).