

CONDIÇÕES DA AÇÃO DE SEGURANÇA

1. Comentário

Celso Agrícola Barbi considera condições da ação de segurança: a) a liquidez e a certeza do direito; b) a legitimidade *ad causam*; e c) o interesse de agir.⁽¹⁾

Com o respeito que nos merece esse insigne jurista, devemos dizer que discordamos, em parte, da classificação por ele apresentada. As condições indispensáveis ao regular exercício da ação de segurança — como as de qualquer outra ação — compreendem, sob o ponto de vista da legislação vigente em nosso meio: a) a legitimidade *ad causam*; b) o interesse processual (CPC, arts. 17 e 485, VI). Ainda que se possa argumentar, doutrinariamente, *que a possibilidade jurídica do pedido* já não integra o elenco dessas condições, em virtude de Liebman haver reformulado o seu pensamento, no particular, isso não autoriza a incluir-se aí a liquidez e a certeza do pedido.

A existência de direito líquido e certo constitui pressuposto e não condição para o exercício da ação assecuratória. Segue-se que as condições exigidas para o exercitamento da ação em estudo são as previstas no art. 485, VI, do CPC.

Nunca é despidendo recordar que coube ao notável Enrico Tullio Liebman elaborar a prestigiosa doutrina das condições da ação; a estada desse jurista peninsular em nosso país, nos anos de 1940 a 1946, inspirou, a propósito, o surgimento do que Niceto Alcalá-Zamora viria a denominar, mais tarde, de “Escola Processual de São Paulo” — ou “do Brasil”, como indagaram, com razão, Cintra, Grinover e Dinamarco.⁽²⁾

Discípulo de Chiovenda, Liebman conhecia, profundamente, as doutrinas italiana e alemã sobre processo, pois, além de grande estudioso do assunto, era Professor titular de direito processual civil na Universidade de Parma. A extraordinária cultura jurídica e a personalidade afável do jovem mestre italiano logo motivaram a que pensadores brasileiros dele se acercassem, ávidos de entrar

(1) Obra cit., p. 77-110.

(2) *Teoria geral do processo*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 80.

em contacto com as novas ideias florescentes na Europa. Surgiram, então, as reuniões periódicas na casa de Liebman, em São Paulo. Como relata Cândido R. Dinamarco, “Sob sua orientação segura, os discípulos ganharam asas e alcançaram vôos alcandorados no céu da cultura processualística”.⁽³⁾

Alfredo Buzaid, um dos discípulos de Liebman, prestou justa homenagem ao mestre ao incorporar ao texto do anteprojeto do atual estatuto processual civil a doutrina das condições da ação. Devemos, todavia, denunciar algumas contradições intransponíveis, no corpo do CPC vigente, entre a teoria liebmaniana “e o uso da linguagem tradicional, que só se adapta bem à tese chiovendiana da ação”.⁽⁴⁾ Com o intuito, aliás, de eliminar esse antagonismo, Egas Moniz de Aragão redigiu bem fundamentada emenda ao projeto do Código, para harmonizá-lo nesse ponto; tal emenda, apresentada ao Senado pelo Relator Geral, Senador Acioli Neto (sob n. 139), acabou sendo rejeitada sem qualquer justificativa.⁽⁵⁾ Examinemos, a seguir, as condições da ação de segurança.

2. Legitimidade para a causa

A legitimidade para a causa (*ad causam*) não se confunde com a legitimidade para o processo (*ad processum*); a primeira concerne ao direito de ação; a segunda, à relação processual. Um menor de 18 anos, p. ex., embora tenha legitimidade para determinada causa, não a tem para figurar na relação jurídica que se estabelece no processo.

A legitimidade *ad causam* tanto pode ser ativa (autor) quanto passiva (réu) e a sua falta conduz ao decreto judicial de carência da ação (CPC, art. 485, VI). A *legitimatío* passiva significa que somente pode integrar a relação processual a pessoa que seja titular da obrigação relativa ao direito invocado pela parte adversa. Essa “pertinência subjetiva da ação”, a que alude a doutrina, traduz-se na individualização daquele a quem pertence o interesse de agir e daquele diante do qual é formulada a pretensão. Daí vem que, por princípio, somente os titulares dos interesses em antagonismo se encontram legalmente legitimados para atuar em juízo. Liebman já chamava a atenção para o fato de que a legitimidade corresponde a um “problema de dupla face”, pois envolve a pertinência ao autor, no interesse de invocar a tutela jurisdicional, e a pertinência ao réu, no tocante a opor-se, juridicamente, à realização da pretensão *in iudicio deducta*.

(3) *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 8.

(4) BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 32.

(5) *Diário do Congresso Nacional*, ed. de 24.11.1972, p. 4.760.

As considerações que acabamos de expender são apropriadas à legitimidade *ad causam* ordinária; na extraordinária, ou anômala, que configura a substituição processual, a lei atribui legitimidade para agir em juízo a quem não é titular do direito material que dá conteúdo à pretensão (CPC, art. 18); impetra-se, em nome próprio, a tutela jurisdicional para a defesa de direitos ou interesses alheios.

2.1. Legitimidade ativa

Em princípio, possui legitimidade para ajuizar ação de segurança (ou para impetrar o mandado correspondente, como se preferir) o titular do direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão por ato ilegal ou abusivo de poder praticado por autoridade pública. Sob esse aspecto, podemos dizer que a legitimidade em sede de ação de segurança não difere da que é exigida para o exercício das ações em geral.

A legitimidade para impetrar mandado de segurança é de “qualquer pessoa física ou jurídica” que venha a sofrer lesão de direito líquido e certo ou se encontre na iminência de sofrê-la. Ao aludir a “qualquer pessoa”, o caput do art. 1.º da Lei n. 12.016/2009 não deixou margem para a subsistência da dúvida surgida na vigência da revogada Lei n. 1.533/1951, que fazia menção a “alguém” – pronome *indefinido*.

Estabelece, entretanto, o art. 3.º da Lei n. 12.016/2009 que “O titular de direito líquido e certo decorrente de direito, em condições idênticas, de terceiro poderá impetrar mandado de segurança a favor do direito originário, se o seu titular não o fizer, no prazo de 30 (trinta) dias, quando notificado judicialmente”. A Lei n. 1.553/1951, em seu art. 3.º, aludia a “prazo razoável”, deixando, com isso, margem a muitas controvérsias quanto à definição dessa razoabilidade. O texto atual, mais objetivo, fixa o prazo de trinta dias. Exemplificando: três candidatos são aprovados em concurso para o provimento de cargos de Juiz do Trabalho Substituto, havendo, porém, uma única vaga a ser preenchida, segundo a rigorosa ordem de classificação. Apesar disso, o Presidente do Tribunal nomeia o terceiro candidato aprovado, sem que o primeiro e o segundo houvessem renunciado ao direito de precedência. O primeiro candidato, contudo, não se insurge quanto à nomeação irregular, fazendo com que o segundo, diante disso, se veja obrigado a impetrar mandado de segurança (a favor do direito originário) contra o ato de nomeação do terceiro, sob pena de ser prejudicado em seu direito. Para isso, deverá o segundo candidato promover a notificação judicial do primeiro, a fim de que este exerça o direito de impetrar o *writ*.

O art. 3.º, *caput*, da Lei n. 12.016/2009 revela, pois, um caso de legitimação anômala ou extraordinária, a que a doutrina predominante rotula de substituição processual.

A regra contida nesse dispositivo da Lei n. 12.016/2009 não se confunde com a inscrita no § 3.º do art. 1.º da mesma norma legal, conforme a qual “Quando o direito ameaçado ou violado couber a várias pessoas, qualquer delas poderá requerer o mandado de segurança”. O que se tem aqui é uma referência ao litisconsórcio do tipo ativo-facultativo, hipótese em que não haverá necessidade de a ação de segurança ser posta em juízo por todas as pessoas interessadas, bastando que o faça apenas um dos legitimados. Sobre a formação de regimes litisconsorciais em ação de segurança voltaremos a discorrer mais adiante.

O parágrafo único do art. 3.º da Lei n. 12.016/2009 esclarece que o exercício do direito previsto no *caput* fica submetido ao prazo de cento e vinte dias, fixado pelo art. 23 da mesma norma legal. Em rigor, não havia necessidade deste parágrafo, pois, mesmo sem ele, o prazo seria o fixado pelo art. 23. Todavia, uma dúvida poderá tomar de assalto o espírito dos intérpretes do texto em questão. Ocorre que o *caput* alude ao prazo de trinta dias e o parágrafo único afirma que o exercício do direito deve dar-se no prazo de cento e vinte dias. Pergunta-se, então: os trinta dias devem estar compreendidos dentro dos cento e vinte dias, ou somente passarão a ser contados após o exaurimento destes? Além disso, a quem incumbe tomar a iniciativa de notificar, judicialmente, o titular do direito originário para exercer a ação mandamental? Mais duas observações se impõem: a) embora a Lei n. 1.533/1951 também aludisse à notificação judicial do titular do direito originário, tudo sugeria que essa notificação pudesse ser realizada *extra-judicialmente*, por ser menos onerosa e menos formalista; vale dizer, por ser mais rápida. Cumpre à jurisprudência, pois, corrigir essa falha do legislador, admitindo que a notificação possa ser realizada por meio *extrajudicial*; b) a fixação do prazo de trinta dias, feita pelo parágrafo único do art. 3.º, tem laivos de inconstitucionalidade, uma vez que restringe, gravemente, o prazo para o exercício da ação por parte da pessoa ali legitimada.

Não basta, contudo, que a pessoa legitimada nos termos do art. 3.º da Lei n. 12.016/2009 notifique o titular do direito originário; é indispensável que demonstre seu interesse processual (CPC, art. 17) em impetrar mandado de segurança para a defesa de direito próprio, líquido e certo. Com vistas a isso, no instrumento de notificação judicial incumbir-lhe-á, entre outras coisas: a) indicar qual seja o ato coator e, também, b) as consequências prejudiciais que terá de suportar caso o notificado não atue na defesa do direito que a este corresponde. Ainda nesse mesmo instrumento, o notificante deverá alertar o notificado para que impetre o mandado de segurança no prazo de trinta dias, sob pena de ele, notificante, ingressar com a ação mandamental. Os autos da notificação serão entregues ao notificante 48 horas após o pagamento das custas processuais. Os autos da notificação deverão ser juntados à petição inicial da ação de mandado de segurança que o notificante vier a ajuizar. Será com fundamento nessa notificação que o juiz da causa examinará a legitimidade desse impetrante.

Como se percebe, a legitimidade do notificante surgirá com o decurso dos trinta dias assinados ao notificado. Entendemos, todavia, que a despeito da exaustão dos trinta dias, sem que o notificado impetre a segurança, este não decai do direito de impetrar o *mandamus*, exceto se já tenha se esgotado o prazo de cento e vinte dias a que se refere o art. 23 da Lei n. 12.016/2009. Caso isso ocorra, haverá dois mandados de segurança impetrados por pessoas distintas, com o mesmo objeto, o que não constitui nada teratológico, se levarmos em conta que cada uma dessas pessoas estará promovendo a defesa de direito próprio em face de um ato (ou fato) comum.

Ainda dentro do assunto respeitante à legitimidade ativa, devemos lançar algumas considerações sobre o fenômeno jurídico da substituição processual, ou da legitimação anômala.

A Constituição Federal em vigor trouxe a figura do mandado de segurança *coletivo* e atribuiu legitimidade para impetrá-lo: a) aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional; e b) às organizações sindicais, às entidades de classe ou associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados (art. 5.º, LXX). A Lei n. 12.016/2009 trata da matéria nos arts. 21 e 22.

Em tais situações, as referidas entidades atuam na qualidade de substitutas processuais dos titulares dos direitos materiais subjetivos, cuja tutela se busca mediante a ação de segurança.

Ao mandado de segurança coletivo dedicaremos capítulo específico, no qual procuraremos investigar os diversos aspectos desse *writ* — que não é, em rigor, um novo instituto e, sim, uma variação do *mandamus* clássico.

Voltemos ao mandado de segurança tradicional (individual) para observar que se o impetrante vier a falecer no curso do processo, não será admissível a habilitação (CPC, arts. 687 a 692) dos seus herdeiros, em virtude da natureza jurídica da ação assecuratória e da correspondente sentença. Cuida-se, pois, de uma ação *intuitu personae*.

Convém lembrar que a legitimidade para o exercício da ação mandamental (ativa, portanto) tanto pode ser de pessoa física como de pessoa jurídica.

O ingresso de litisconsorte ativo, em processo de mandado de segurança, só será admitido se a petição inicial ainda não tiver sido despachada (Lei n. 12.016/2009, art. 10, § 2.º). Com vistas a isso, o legislador buscou preservar o princípio da *estabilização da lide*, de que nos falava o art. 264 do CPC de 1973. A possibilidade de constituição de um regime litisconsorcial ativo após a inicial ter sido despachada poderia acarretar consequências tumultuárias do processo, prejudicando, com isso, a indispensável celeridade do procedimento. Além disso, transgrediria o princípio do juiz natural.

Aquele que pretendia ingressar nos autos, na qualidade de litisconsorte ativo, mas já encontrou a inicial despachada poderá, em princípio, impetrar mandado de segurança próprio, cuja inicial deverá, em virtude de prevenção, ser distribuída ao mesmo juiz do outro *mandamus*.

2.2. Legitimidade passiva

A legitimidade para integrar o polo passivo da relação jurídica processual decorrente do exercício da ação de segurança será sempre a autoridade pública praticante de ato que tenha lesado, ou ameace lesar, direito líquido e certo do impetrante (Lei n. 12.016/2009, art. 1.º, *caput*). Equiparam-se, para esse efeito, 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, unicamente no que disser respeito a essas atribuições (art. 1.º, § 1.º). O § 1.º do art. 1.º da Lei n. 1.533/1951 utilizava a expressão “consideram-se autoridades”, que possuía um sentido algo restritivo e peremptório. Em melhor técnica, o texto atual diz: “equiparam-se às autoridades”, dando, com isso, um senso mais amplo à expressão. Tanto é certa esta nossa afirmação, que o § 1.º do art. 1.º da Lei n. 12.016/2009 incluiu no elenco dessas autoridades os representantes ou órgãos de partidos políticos e os dirigentes de pessoas jurídicas, ausentes do texto anterior.

A Súmula n. 627 do STF esclarece que “No mandado de segurança contra a nomeação de magistrado da competência do Presidente da República, este é considerado autoridade coatora, ainda que o fundamento da impetração seja nulidade ocorrida em fase anterior do procedimento”.

Outra observação a ser lançada é quanto ao fato de a nova Lei não fazer referência às pessoas “com funções delegadas do Poder Público”, que eram referidas na Lei anterior, revogada. Ao aludir às pessoas “no exercício de atribuições do poder público”, o art. 1.º, § 1.º, da Lei n. 12.016/2009, a nosso ver, ampliou o rol das pessoas cujos atos podem ser objeto de mandado de segurança. Cumpre rememorar, a propósito, que na vigência da Constituição Federal de 1967 os sindicatos exerciam “funções delegadas de poder público” (art. 166, *caput*).

Não menos importante é o fato de o § 3.º do art. 6.º da Lei n. 12.016/2009 haver esclarecido que se considera autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado *ou* da qual tenha emanado a ordem para a sua prática – ou para a sua abstenção, acrescentamos. Ao contrário do que se possa imaginar, não se cuida, aqui, de *facultatividade*, como parece fazer crer a conjunção *ou*, utilizada na redação do texto legal. Coator, para os efeitos de definir a legitimidade em sede de ação mandamental, não é o simples executor material do ato impugnado, senão que a pessoa que determinou a prática do ato ou a sua abstenção. Sob esse aspecto, é oportuno referir o disposto no art. 1.º, § 2.º, III, da Lei n. 9.748/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, segundo o

qual autoridade é “o servidor público dotado de *poder de decisão*” (destacado no original). Desse modo, impugnar o ato praticado pelo mero executor material da ordem é algo como ignorar que uma imagem formada na superfície de um lago constitui mero reflexo do objeto real.

Em termos processuais, significa dizer que quando a ação mandamental indicar como autoridade coatora o executor do ato material, este poderá alegar a sua ilegitimidade, que, se não for corrigida, acarretará o indeferimento da petição inicial e a extinção do processo sem pronunciamento sobre o mérito (CPC, arts. 330, II, e 485, I e VI; e, em alguns casos, Lei n. 12.016/2009, art. 10, *caput*). Conquanto o § 4.º do art. 6.º desta última norma legal – que permitia a emenda da inicial para corrigir erro na indicação da autoridade apontada como coatora – tenha sido vetado, mantemos o nosso ponto de vista de que essa emenda poderá ser feita no processo do trabalho, que deve, sempre, preservar os princípios da simplicidade e da celeridade. É preciso recordar que, não raro, a realidade tem conspirado, com sucesso, contra o legislador. A propósito, como ponderava o notável Georges Ripert: “Quando a lei ignora a realidade, a realidade se rebela ignorando a lei”. O art. 329, I, do CPC, por sempre prestar bons serviços ao escopo do processo do trabalho, deve ser prestigiado e aplicado também em tema de mandado de segurança.

Embora, como visto, o § 3.º do art. 6.º da Lei n. 12.016/2009 considere autoridade coatora não apenas a que tenha praticado o ato impugnado, mas, quando for o caso, aquela da qual proveio a ordem para a prática (ou abstenção) do ato, parece-nos que subsiste a orientação jurisprudencial cristalizada na seguinte ementa do STF: “105068153 JCF.102 JCF.102.I.D – MANDADO DE SEGURANÇA – RECURSO DE AGRAVO (...) Autoridade coatora é aquela que realiza, concreta e especificamente, certa conduta fundada em instruções revestidas de conteúdo genérico, impessoal e abstrato – Se agentes públicos, civis ou militares, atuando na esfera de sua competência, dão cumprimento a instruções genéricas emanadas de superior hierárquico, causando, assim, com esse ato de execução, ofensa a direito líquido e certo, qualificam-se como autoridades coadoras para efeito de impetração de mandado de segurança. É que autoridade coatora, em tal contexto, é aquela que, em estrita observância do comando normativo, vem a concretizar as regras gerais, impessoais e abstratas editadas pelo superior hierárquico, dando-lhes exequibilidade e fazendo-as incidir sobre determinada situação individual. Doutrina. Precedentes”. (STF – MS-AgR 22536-DF – TP – Rel. Min. Celso de Mello – DJU 19.12.2006 – p. 35)

No particularismo da terminologia jurídica, *autoridade* (do latim *auctoritas*) é o poder legalmente concedido a determinada pessoa, para, em virtude do seu estado ou situação, decidir, ordenar, comandar, exercer, enfim, as atribuições inerentes ao seu cargo. Autoridade pública é o órgão do poder público que tem a faculdade de decidir; é o poder ou a fração de poder público que a lei comete a certas pessoas, em função de seu estado ou situação dentro da organização

estatal, que compreende a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, a administração pública direta e indireta e as fundações (CF, art. 37, *caput*).

Como demonstramos anteriormente, a Lei n. 12.016/2009 (art. 1.º, § 1.º) equipara à autoridade os representantes ou órgãos dos partidos políticos, os administradores das entidades autárquicas, os dirigentes de pessoas jurídicas ou as naturais no exercício de atribuições do poder público, no que disserem respeito a essas atribuições.

Agente é a pessoa física que atua em nome da pessoa jurídica de direito público ou de direito privado; essa atuação se faz mediante *atribuições*: a) que lhe são diretamente concedidas; b) que são inerentes ao cargo por ele ocupado; c) que são próprias dos órgãos integrantes da estrutura da pessoa jurídica, cujas funções ele desempenha.⁽⁶⁾

Para os efeitos do mandado de segurança, devemos observar que a pessoa jurídica pode ser pública (União, Estado membro, Distrito Federal, Município ou autarquia) ou privada, contanto que no exercício de atribuições do poder público. A atual Constituição da República, ao estabelecer que “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços público” (art. 175), deixa evidente a possibilidade de o poder público delegar funções ou atribuições, hipótese em que se o agente da pessoa jurídica, no exercício de funções delegadas, praticar ato que viole ou ameace violar direito líquido e certo do indivíduo, este poderá fazer uso do mandado de segurança para restaurar o direito ou afastar o risco de lesão. Dentro dessa linha de argumentação, é oportuno observar que a própria Lei n. 12.016/2009 considera autoridade coatora “aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática” (art. 6.º, § 3.º). Embora não tenhamos, aqui, a figura jurídico-administrativa da delegação de atribuições, revela-se como autoridade coatora não a que praticou o ato impugnável, e sim aquela que determinou a prática do ato.

Em diversos dispositivos constitucionais são encontrados casos de delegação (de poderes ou de serviços), como, *v.g.*, no art. 197 (serviços de saúde); 208 (de educação); 216, § 1.º (proteção do patrimônio cultural brasileiro); 217, § 3.º (incentivo ao lazer); 223 (serviço de radiodifusão); 227 (assistência à infância); 236 (serviços notariais e de registro) etc.

Como o sujeito passivo na relação processual existente na ação de segurança é a autoridade pública, que tenha praticado o ato lesivo ou molestador de direito, fica vetado, em princípio, o uso do *mandamus* em relação à pessoa jurídica

(6) PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 125.

de direito privado. É o caso, digamos, dos hospitais: estes, ainda que declarados de utilidade pública, são entidades de direito privado, motivo por que os atos de seus diretores não podem ser considerados de autoridade pública.

Na lição de Hely Lopes Meirelles, “Necessário se torna distinguir os atos praticados com autoridade decorrente de delegação dos atos realizados no interesse interno e particular do estabelecimento, da empresa ou da instituição. Aqueles podem ser atacados por mandado de segurança; estes, não. Assim, quando o diretor de uma escola particular nega ilegalmente uma matrícula, ou a instituição bancária rejeita ilegitimamente uma operação de crédito, ou a empresa comete uma ilegalidade no desempenho da atribuição delegada, cabe mandado de segurança. Mas quando tais entidades, por seus dirigentes, realizam atividade civil ou comercial estranha à delegação, respondem perante a Justiça como particulares desvestidos de autoridade pública, e por isso só se sujeitam às ações comuns, excluído o *mandamus*. Tal é o caso de uma escola, de um banco, de uma sociedade de economia mista, ou de empresa pública que pratica um ato ou celebra um contrato de direito privado, no mesmo plano dos particulares e sem qualquer privilégio administrativo”.⁽⁷⁾De acordo com a orientação jurisprudencial compendiada pela Súmula n. 510 do Supremo Tribunal Federal, “Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial”; todavia, se se tratar de empresa pública estadual, constituída em pessoa jurídica de direito privado, agindo por delegação do Poder Público Federal, o mandado de segurança deverá ser impetrado à Justiça Federal, pois aquela empresa se apresenta, para os efeitos da ação de segurança, como autoridade pública federal. Uma coisa, portanto, é a legitimidade *ad causam* (STF, Súmula n. 510) e outra, a competência para apreciar a ação assecuratória de direito líquido e certo.

Se a autoridade executora da lei houver agido de maneira contrária a esta, é elementar que coatora será essa autoridade, pois foi o seu ato que lesou direito líquido e certo do impetrante; na hipótese de a autoridade aplicar corretamente lei inconstitucional, será coatora essa mesma autoridade e não o órgão ou Poder elaborador da norma legal. Caso o ato violador de direito tenha sido praticado em consonância com regulamento, instrução, portaria etc., o mandado de segurança deverá ser impetrado contra o ato da autoridade que aplicou esses atos normativos e não contra o elaborador deles. É que, na espécie, a lesão do direito decorreu não do regulamento, da instrução ou da portaria, e sim de ato da autoridade que os aplicou.

Sendo o ato praticado por autoridade, em cumprimento a determinação de outra, hierarquicamente superior, coatora será esta e não aquela. Por outros

(7) *Obra cit.*, p. 26.

termos, coatora será a que ordenou a realização do ato e não a que, simplesmente, cumpriu essa ordem. Dispõe a esse respeito o § 3.º do art. 6.º da Lei n. 12.016/2009: “*Considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática*” (destacamos). Se, por exemplo, o oficial de justiça, no estrito cumprimento de mandado executório, procede ao arrombamento do prédio do devedor, para efeito de penhora dos bens que lá se encontram, o devedor, entendendo ter ocorrido violação de direito líquido e certo, poderá impetrar o *mandamus*, cuja autoridade coatora será o juiz que determinou o arrombamento e a penhora, nunca o oficial de justiça, mero executor dessa ordem. Diversa será a solução, todavia, se o oficial de justiça agir em desacordo com o mandado judicial, vale dizer, de maneira arbitrária: aqui, o mandado de segurança deverá ser impetrado contra o ato desse auxiliar do juízo e não contra o ato do juiz, que a nenhum direito violou.

Como bem argumenta Rodolfo de Camargo Mancuso, “autoridade coatora pode ser o agente que praticou o ato ou a omissão (...), mas, não necessariamente: haverá casos em que esse agente será mero executor material de ordem emanada de superior hierárquico. Como funcionário subalterno, ele não participou do processo de tomada de decisão, não pode questionar a decisão tomada, não pode, *sponte sua*, reformá-la ou negar-lhe aplicação de sorte que não pode ser equiparado à autoridade coatora, em eventual mandado de segurança; e isso, *brevitatis causa*, porque, em essência, não é dele a coação” (destaques no original; *RePro* 44, p. 74).

Por outras palavras, em concreto, a definição de quem seja a autoridade coatora, para efeito de impetração de mandado de segurança, exigirá que o interessado saiba separar, entre si, as figuras do proferidor da decisão e do mero executor. A legitimidade passiva é apenas do primeiro. Se o escopo da ação de mandado de segurança é promover a defesa de direito líquido e certo, lesado ou na iminência de sê-lo, e, para isso, há necessidade de que se dirija a pretensão à pessoa responsável pela lesão ou pela ameaça, é evidente que essa pessoa é a que ordenou a prática do ato contra o qual se rebela o impetrante ou se absteve de praticá-lo, quando o contrário deveria ter feito. Coatora, pois, é a autoridade dotada de *poder de decisão*, e não o simples executor material do que foi decidido.

Tratando-se de ato materialmente administrativo, dissimulado sob a forma de lei, regulamento, portaria etc., autoaplicável, e que independa de executor, autoridade coatora será a que produziu o ato, seja esta do Poder Legislativo ou do Poder Executivo.

Os pareceres emitidos por autoridade pública, ou por esta encomendados, entretanto, não podem ser objeto de mandado de segurança, pois são destituídos de força vinculante, equivale a afirmar, a nada e a ninguém obrigam.

Certo segmento da doutrina vem sustentando que a autoridade coatora atua como substituta processual da pessoa jurídica de direito público (eventualmente, também as de direito privado, como os estabelecimentos de ensino superior). José Ignácio Botelho de Mesquita é um dos integrantes dessa corrente de opinião: “Na relação jurídica processual, o sujeito passivo é a autoridade coatora. Mas, na lide, no conflito de interesses, nem sempre, e, aliás, na maioria dos casos, não é sujeito passivo a autoridade coatora. Segundo a distinção que Carnelutti faz entre sujeitos da lide e sujeitos do processo, verificamos que o sujeito da lide no mandado de segurança não é o mesmo que o sujeito do processo. Sujeito da lide é sempre a pessoa jurídica de direito público interessada e sujeito do processo é a autoridade coatora. Há uma exceção, naturalmente, quando o mandado de segurança é impetrado contra ato de autarquia. Nessa hipótese, então, verifica-se uma identidade entre os sujeitos da lide e os sujeitos do processo, mas esse não é o caso mais importante do mandado de segurança, nem é o caso que surge com maior frequência. Para explicar essa diferença que existe entre sujeito passivo do processo e sujeito passivo da lide no mandado de segurança, formularam-se algumas teorias, das quais me parece digna de nota a do Prof. Luís Eulálio de Bueno Vidigal. Para ele existe uma figura de substituição processual e, também, de litisconsórcio necessário. Para Luís Eulálio Vidigal, a autoridade coatora comparece no processo de mandado de segurança em nome próprio, mas defendendo direito alheio, ou seja, defendendo interesse da entidade pública à qual ela presta serviços, em nome de quem ela atuou, praticando o ato quem está sendo impugnado porque ilegal, porque praticado com abuso de poder”.⁽⁸⁾

Acrescentam outros autores que a tese segundo a qual a autoridade coatora age na qualidade de substituta processual da pessoa jurídica de direito público permite resolver importantes questões processuais: “Primeiramente, é de ver-se que a sentença contra o substituto processual atinge o substituído. De outra parte, nada impede que a pessoa jurídica ingresse no processo como litisconsorte da autoridade coatora. Aliás, há caso em que a autoridade coatora pode-se confundir com o próprio representante do ente público; é o caso dos Prefeitos. Isso não se dá quanto aos Chefes dos Executivos federal e estaduais, pois estes não representam em Juízo as entidades que governam; quem as representa são os seus procuradores (CPC, art. 12, I)”.⁽⁹⁾

A despeito de todos esses argumentos, divergimos dos escritores que veem na atuação da autoridade coatora um caso típico de substituição processual, esse

(8) Revista dos Tribunais, 418-423.

(9) RIBEIRO, Antônio de Pádua. Mandado de segurança: alguns aspectos atuais. *Mandados de segurança e de injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 152. A referência, agora, é ao art. 75, I, do CPC de 2015.

fenômeno jurídico estudado, pioneiramente, por Köhler, e cuja denominação foi dada por Chiovenda.

Sem que nos mova o propósito de criar polêmica estéril, aliás, devemos dizer que o fenômeno a que temos chamado de substituição processual traduz, na verdade, mero mandato legal *ad litem*, pois na substituição processual genuína a existência do direito do substituto está condicionada à existência do direito material do substituído. No caso do mandado de segurança e das demais ações em que não haja coincidência entre os sujeitos da relação processual e os da relação material controvertida, só se pode falar, verdadeiramente, de uma *falsa* substituição, ou de uma *aparente* substituição, exceto se anatematizarmos as bases históricas em que se apoia esse fenômeno jurídico-processual.

Seja como for, não nos parece haver substituição processual no polo passivo da relação jurídica que se constitui em sede de ação de segurança. A autoridade dita coatora atua nesse processo defendendo, em nome próprio, interesse também próprio, pois o que ela faz, ao prestar as informações de que cogita o art. 7.º, I, da Lei n. 12.016/2009, nada mais é do que defender o ato que praticou, ou justificar a omissão alegada pelo impetrante. Numa ação trabalhista, em que o juiz haja, mediante ato ilegal ou abusivo de poder, indeferido a produção de prova a que tinha direito líquido e certo a parte, vindo esta a impetrar mandado de segurança, perante o tribunal competente, o que será objeto de conhecimento, na ação de segurança, será, exclusivamente, o ato praticado pelo juiz na ação trabalhista. O juiz atua na qualidade de órgão do Poder Judiciário, ou melhor, como integrante de órgão da Justiça do Trabalho (CF, art. 111, III), razão por que o processo se desenvolve perante o mencionado órgão (Vara do Trabalho); no processo relativo ao mandado de segurança, todavia, a relação processual, no exemplo mencionado, está circunscrita ao impetrante e ao magistrado, monocraticamente considerado. Este, como dissemos, agirá aí em nome próprio, defendendo ato que praticou (na ação trabalhista). Seria desarrazoado imaginar que o juiz, aqui, devesse agir na qualidade de substituto processual. Substituto de quem? Do Poder a que está vinculado? Certamente que não. A ninguém ou a nada o juiz substitui quando, em ação de segurança, é apontado como autoridade coatora.

Ademais, na substituição processual pressupõe-se que o substituído (= titular do direito material subjetivo *in iudicio deducta*) possa promover, pessoalmente (= em nome próprio), a defesa do direito de que é titular; ora, que “direito próprio” haveria para ser defendido pela Justiça do Trabalho (no exemplo referido), ou pela pessoa jurídica de direito público, em geral, na ação de segurança ajuizada em virtude de ato praticado por autoridade pública? Seguramente, nenhum.

Logo, a legitimidade da autoridade pública, apontada como coatora, em tema de mandado de segurança, é ordinária e não extraordinária ou anômala — significando, as duas últimas, a presença do fenômeno da substituição processual.

A salientar-se a declaração contida no art. 2.º da Lei n. 12.016/2009 de que se considera federal a autoridade coatora se as consequências de natureza patrimonial do ato contra o qual se impetra o *mandamus* houverem de ser suportadas pela União ou entidade por ela controlada.

Estabelecia o § 4.º do art. 6.º da Lei n. 12.016/2009 que quando a autoridade indicada como coatora suscitasse a sua ilegitimidade, o impetrante poderia emendar a inicial no prazo de dez dias, respeitado o prazo decadencial. Este dispositivo, contudo, foi vetado pelo Presidente da República, que argumentou: “A redação conferida ao dispositivo durante o trâmite legislativo permite a interpretação de que devem ser efetuadas no correr do prazo decadencial de 120 dias eventuais emendas à petição inicial com vistas a corrigir a autoridade impetrada. Tal entendimento prejudica a utilização do remédio constitucional, em especial, ao se considerar que a autoridade responsável pelo ato ou omissão impugnados nem sempre é evidente ao cidadão comum”. Não concordamos, *data venia*, com as razões do veto. Parece-nos que a possibilidade de o impetrante corrigir a indicação da autoridade coatora atendia ao interesse daquele. Sabemos que, em alguns casos, o impetrante não sabe ao certo qual seja a autoridade que está a coagir um seu direito líquido e certo, motivo por que acaba por dirigir a petição à autoridade diversa daquela que deveria constar nessa qualidade. Destarte, nada mais elogiável do que se permitir ao impetrante emendar a inicial, para corrigir a indicação dessa autoridade. Note-se que essa emenda deveria ocorrer dentro do prazo decadencial de cento e vinte dias, a que se refere o art. 23 da Lei n. 12.016/2009. Assim, ao contrário do afirmado no veto, a possibilidade de emenda à inicial não prejudicaria “a utilização do remédio constitucional”. Aliás, há uma incongruência manifesta no veto, pois reconhece que “a autoridade responsável pelo ato ou omissão impugnados nem sempre é evidente ao cidadão comum”. Ora, justamente por isso é que se deveria permitir a emenda à inicial. Desse modo, paradoxalmente, o argumento utilizado no veto é o que sustentava a existência do texto legal e sua manutenção. Ademais, se o art. 329 do CPC permite a modificação do próprio pedido ou da causa de pedir (até citação, ou até o saneamento do processo, com a anuência deste), por mais forte razão se deveria consentir, em sede de ação de mandado de segurança, a simples retificação da autoridade apontada como coatora. A despeito do veto presidencial, estamos serenamente convencidos de que a jurisprudência – especialmente a trabalhista – bem fará se permitir essa retificação. A não ser assim, qual seria a solução: indeferir a petição inicial e extinguir o processo sem exame do mérito? E se, quando do indeferimento, já houver decorrido o prazo decadencial de cento e vinte dias para a impetração do *mandamus*? Não são raros os casos em que a jurisprudência corrigiu equívocos do legislador; já é hora de corrigir, também, as cincadas de quem tem o poder de vetar disposições legais.

No capítulo seguinte (VII), concernente aos pressupostos processuais na ação de segurança, retomaremos o assunto da legitimidade passiva, para examinar, detidamente, os casos em que o ato ilegal ou abusivo de poder é praticado por autoridade pública ligada aos Poderes: a) Executivo; b) Legislativo; ou c) Judiciário.

Por enquanto, faz-se de fundamental importância uma análise da formação de regimes litisconsorciais na ação de segurança.

A separação do litisconsórcio em classes variará segundo o critério que, para isso, se adote. Assim, se levarmos em conta:

1) o momento da constituição do regime, teremos: 1.1) o litisconsórcio originário (ou inicial), que nasce na própria petição inicial, ou no instrumento de resposta do réu; e 1.2) o superveniente, que se constitui após o ingresso da inicial em juízo;

2) a exigência, ou não, de formação do regime: 2.1) litisconsórcio necessário (ou indispensável), que não pode ser evitado, ainda que todos os interessados assim queiram. Nessa modalidade, é absolutamente imprescindível a citação de todas as pessoas vinculadas à relação jurídica, sob pena de ineficácia da sentença; 2.2) litisconsórcio facultativo (ou dispensável), que pode ser formado, ou não, de acordo com a exclusiva vontade dos litigantes, pois a sua existência não acarretará nenhuma repercussão prejudicial no provimento da jurisdição;

3) a posição das partes, no plano de direito material: 3.1) litisconsórcio simples, quando a causa puder ser decidida de maneira diversa, quanto a cada litisconsorte; e 3.2) litisconsórcio unitário, quando a lide deva ser solucionada de modo uniforme para todos os compartes;

4) a posição das partes na relação processual: 4.1) litisconsórcio ativo, havendo mais de um autor; 4.2) litisconsórcio passivo, havendo mais de um réu; e 4.3) litisconsórcio misto, havendo mais de um autor e mais de um réu.

O § 3.º do art. 1º da Lei n. 12.016/2009 insinua a possibilidade de formação de regime litisconsorcial em ação de segurança ao estatuir que “Quando o direito ameaçado ou violado couber a várias pessoas, qualquer delas poderá requerer o mandado de segurança”. O art. 10, § 2.º, da mesma Lei adverte que o ingresso do litisconsorte ativo não será admitido após o despacho da petição inicial. O art. 24 manda aplicar ao processo de mandado de segurança os arts. 46 a 49 do CPC, que regulam o litisconsórcio. Essa remissão, agora, deve ser entendida como sendo aos arts. 113 e 118 do CPC de 2015.

Como a Lei n. 12.016/2009 ordena a aplicação ao processo de mandado de segurança das normas do diploma processual civil regentes do litisconsórcio, impõe-se o exame crítico de algumas dessas normas.

2.3. Mandado de segurança e litisconsórcio

O CPC define assim os regimes litisconsorciais dos tipos *necessário* e *unitário*:

Art. 114. O litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes.

O art. 47 do CPC de 1973 declarava que haveria litisconsórcio necessário quando, por disposição de lei ou da natureza da relação jurídica, o juiz tivesse de decidir a lide de maneira uniforme para todas as partes. Sempre criticamos essa definição legal, que confundia o litisconsórcio necessário com o unitário. Toda vez que a decisão deva ser uniforme para os compartes, estaremos diante de regime litisconsorcial do tipo unitário; será necessário quando todas as pessoas vinculadas à mesma relação jurídica material devam ser citadas para integrar a relação processual.

O texto atual afirma ser necessário o litisconsórcio: a) por disposição de lei; ou b) quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes.

Continua atual o que escrevemos em outro livro: “Será necessário o litisconsórcio que não puder ser dispensado, mesmo que todos os interessados concordem com a dispensa. É, portanto, irrecusável. Assim se dá porque se torna absolutamente imprescindível que todas as pessoas vinculadas à relação jurídica material submetida à apreciação jurisdicional sejam citadas, a fim de integrar a relação processual. Se tais pessoas comparecerão a juízo, ou não, é algo que não tornará nulo o processo, pois, como se afirmou, o que se exige é que sejam citadas”.⁽¹⁰⁾ Art. 116. O litisconsórcio será unitário quando, pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir o mérito de modo uniforme para todos os litisconsortes.

O tema era tratado na primeira parte do art. 47 do CPC revogado. Na verdade, este Código incidiu no equívoco de conceituar o litisconsórcio *unitário* como sendo o *necessário*.

Um litisconsórcio é *unitário* quando o mérito tiver de ser decidido de maneira uniforme para todos os compartes.

Mutatis mutandis, é o que consta do texto atual, *sub examen*: será unitário quando a situação jurídica submetida à apreciação judicial tiver de receber solução jurisdicional uniforme.

(10) *Curso de direito processual do trabalho*: processo de conhecimento. vol. I. São Paulo: LTr Editora, 2009, p. 264.