

JUSTIÇA & CIDADANIA[®]

Edição 165 • Maio 2014



EDIÇÃO COMEMORATIVA

A CONSTRUÇÃO DE UM LEGADO

REVISTA COMEMORA ANIVERSÁRIO COM NOVOS PROJETOS PARA A PROMOÇÃO DO JUDICIÁRIO

Editorial: Anarquia, não! Basta!



A legitimatio ad causam no Mandado de Segurança

Luiz Fux | Ministro do STF
Membro do Conselho Editorial

1. Legitimidade das partes

A legitimidade das partes é, pois, condição aferida pelo juiz *in abstracto* visando verificar se a ação está sendo travada entre as pessoas pertinentes. A legitimação é, portanto, questão de dupla face, exigindo-se a legitimação quanto aos polos ativo e passivo da relação processual, apurando-se os reais destinatários da sentença de mérito.

Essa coincidência somente perde importância na legitimação extraordinária, porque nesse caso o que marca o fenômeno é exatamente a não coincidência entre os sujeitos

da lide e os sujeitos do processo. A relação processual forma-se com pessoas outras que não os titulares da relação material como, v.g., ocorre com o acionista majoritário que em nome próprio pode demandar em favor da sociedade.

Fenômeno moderno decorrente da nova sociedade de massa e do aparecimento dos novos direitos sociais pertencentes a toda a coletividade ou à determinada categoria de membros da sociedade é o da legitimação para os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos; matéria esta, de extrema relevância, que será mais adiante estudada no que couber ao *mandamus* coletivo.

Destarte, no que tange especificamente ao mandando de segurança, o *caput* do art. 1º da nova lei, que dispõe sobre os legitimados – ativa e passivamente – para figurar na relação processual, não traz nenhuma mudança substancial.

1.1. Legitimidade ativa no Mandado de Segurança

A regra geral em tema de legitimidade é a do art. 6º do CPC analisada a *contrario sensu*; vale dizer: é lícito pleitear-se em juízo, em nome próprio, direito próprio (legitimação ordinária).

Da análise literal dos dispositivos aplicáveis ao Mandado de Segurança (art. 5º, LXIX, da CF/1988 e art. 1º da nova Lei nº 12.016/2009), extrai-se que, em linhas gerais, é atribuída legitimidade ativa a alguém que sofra ou esteja na iminência de sofrer violação de direito seu em decorrência de ato abusivo ou ilegal de autoridade. Note-se ainda que o constituinte brasileiro não restringiu o uso do Mandado de Segurança à pessoa humana (como fez com o *habeas corpus*).

A nova redação do art. 1º conferida pela Lei nº 12.016, no entanto, ao invés de se referir à concessão de mandando de segurança a “alguém”, prefere a expressão à “pessoa física ou jurídica”, que tenha sofrido ou esteja na iminência de sofrer lesão a seu direito líquido e certo.

A alteração da expressão legislativa inaugura polêmica a respeito do sujeito legitimado para impetrar o *mandamus*. Anteriormente, sempre se concebeu que o Mandado de Segurança poderia ser utilizado não apenas por pessoas físicas e jurídicas, como também por órgãos públicos despersonalizados, mas dotados de capacidade processual (como as chefias do Executivo, as presidências das Mesas dos Legislativos, os fundos financeiros, as comissões autônomas e demais órgãos da Administração centralizada ou descentralizada que tenham direitos próprios a defender). O advento do novo texto fez exsurgir a indagação sobre se houve restrição quanto à pessoa que pode figurar como sujeito ativo do Mandado de Segurança.

Respeitadas eventuais opiniões em contrário, entendemos que não houve limitação, posto a novel redação estar em consonância com o disposto no art. 5º, inc. LXIX da Constituição de 1988, no sentido de que todo e qualquer sujeito de direito, pode figurar no polo ativo da ação constitucional *sub examine*.

A exegese de que o art. 1º da Lei nº 12.016/2009, de fato tentou restringir a legitimidade ativa somente às pessoas físicas e jurídicas, não revela o melhor resultado hermenêutico, uma vez que qualquer limitação ao exercício dos direitos fundamentais deve ser excepcional. Essas categorias de direitos reclamam do intérprete ampla flexibilidade ideológico-vernacular apta a lhes conferir maior efetividade, consoante “o princípio da proibição

do retrocesso”, segundo o qual uma vez alcançado determinado grau de concretização de uma norma constitucional definidora de direito fundamental, fica o legislador proibido de suprimir ou reduzir essa concretização sem a criação de mecanismo outro que seja equivalente ou substituto.

Desta sorte melhor se nos apresenta a posição doutrinária que advoga a manutenção do entendimento segundo o qual ostentam legitimidade ativa, para o Mandado de Segurança, não só a pessoa física ou jurídica, nacional ou estrangeira, residente no país ou não, como também os órgãos públicos despersonalizados, mas com capacidade processual (como as chefias dos Executivos e as presidências das Mesas dos Legislativos), os agentes públicos que detenham prerrogativas funcionais específicas do cargo ou do mandato (governadores, magistrados, parlamentares, membros do Ministério Público) e as universalidades reconhecidas em lei, tal qual, massas falidas, espólios e condomínios.

O que efetivamente importa para caracterizar a legitimação ativa é, pois, a titularidade do direito subjetivo próprio atingido, seja o impetrante pessoa física, pessoa jurídica, órgão público ou universalidade legal.

Excepcionalmente, consagra-se uma hipótese de substituição processual em sede de Mandado de Segurança, em que o titular de direito recorrente possui legitimidade extraordinária diante da inércia do titular do direito principal, qual seja aquela prevista no art. 3º da Lei nº 12.016, segundo a qual “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”.

O diploma anterior (art. 3º da Lei nº 1.533/1951) previa esta substituição processual, todavia, sem a estipulação de um prazo de “provocação” do *tertius*.

A lei atual legitima a atuação acaso o terceiro notificado não demandar em 30 dias da notificação, novidade erigida pela Lei nº 12.016, por isso que a lei revogada mencionava apenas “prazo razoável” de inércia daquele sujeito.

Outrossim, a Lei nº 12.016, no § 3º do seu art. 1º, reitera a previsão, antes contida no art. 1º, § 2º, da Lei nº 1.533/1951, de legitimidade concorrente na hipótese de comunhão de direitos. Assim, quando o direito ameaçado ou violado couber a várias pessoas, qualquer delas poderá requerer o Mandado de Segurança; com o que, consagra-se a legitimidade de qualquer dos cotitulares de um direito para propor isoladamente o *writ*, não obstante a unitariedade da decisão.

Erguem-se vozes no sentido de que, neste caso, haveria, em verdade, hipótese de substituição processual, sendo

o colegitimado impetrante substituto processual dos demais, com a extensão dos efeitos da coisa julgada aos legitimados, substituídos. O § 3º do art. 1º da Lei nº 12.016 em essência limita-se a afirmar que cada um dos cotitulares poderá, isoladamente, impetrar Mandado de Segurança para defender direito comum; não obstante, em nenhuma passagem preveja que a sua atuação vinculará aos demais, o que nos leva a concluir que não se trata de substituição processual *tout court*, mas, antes, legitimidade concorrente dos cotitulares. O que ocorre é que a concessão da ordem, retira o interesse processual na impetração pelos demais, sendo certo que a recíproca não é verdadeira, na hipótese de denegação.

A *vexata quaestio* do tema, não enfrentada pela nova lei, refere-se à possibilidade de a impetração de Mandado de Segurança ser veiculada por pessoas de direito público. Embora o Mandado de Segurança tenha sido originalmente criado para a proteção do particular contra ato da administração pública, não há como negar que em algumas hipóteses a sua impetração pelos órgãos públicos impõe-se como a única forma de se evitar ilegalidades e abusos de poder praticados em conflitos envolvendo poderes da União, Estados e Municípios entre si.

Ademais, direitos e garantias fundamentais não admitem interpretação restritiva; se a Constituição da República não fez restrições ao uso do Mandado de Segurança por pessoa jurídica de direito público, não cabe ao intérprete fazê-lo. Nesta linha de raciocínio, o remédio constitucional pode ser utilizado por um ente público contra ato de outro ente público, vedada a utilização do *writ* contra ato de particular despido de caráter publicizado.

A regra da legitimação ativa no Mandado de Segurança pressupõe que o impetrante, pessoa natural ou jurídica, seja efetivamente o titular do direito subjetivo violado e não que tenha “mero interesse”. Em outras palavras, o impetrante, para ter legitimidade ativa, há de se atribuir direito individual ou coletivo, líquido e certo, para o qual pede proteção via Mandado de Segurança.

1.2. Legitimidade passiva no Mandado de Segurança

O Mandado de Segurança pode ser impetrado contra atos praticados por qualquer agente do Estado, em qualquer nível (federal, estadual, municipal ou distrital) e por quem atue em seu nome, isto é, entidades estatais que não componham a administração direta, como autarquias (incluídas as agências reguladoras), fundações estatais, empresas públicas e sociedades de economia mista, prestadoras de serviço público ou exploradoras de atividades econômicas (art. 1º, *caput* e § 1º, da Lei nº 12.016/2009).

A questão das funções delegadas é solvida pelo entendimento pacífico de que o desempenho de funções

delegadas coloca o agente delegado como autoridade coatora dès que nessa qualidade pratique o ato impugnado, consoante o enunciado na Súmula nº 510 do STF. Assim, se uma autoridade municipal aceitar delegações do Estado-membro ou da União, responderá por essas atribuições como autoridade estadual ou federal, perante os juízos privativos dessas entidades.

Os particulares também poderão figurar no polo passivo do Mandado de Segurança, desde que o ato impugnado tenha sido praticado no exercício de função pública. Por essa razão, é que prevalece o entendimento na jurisprudência relativo à admissibilidade, no polo passivo do Mandado de Segurança, *v.g.*, do diretor de escola particular ou de particulares prestadores de serviço público, porquanto, o que prevalece para efeitos de legitimidade passiva é que o ato tenha feição pública.

Quanto à administração indireta, importa ressaltar que, em relação às sociedades de economia mista e às empresas públicas, prevalece o entendimento de que estas podem figurar no polo passivo do Mandado de Segurança – independentemente de sua condição como pessoa jurídica de direito privado, equiparando-se à autoridade pública – sempre e toda vez que, agindo em nome do Estado, no exercício de função pública, na forma dos art. 37, *caput*, II e XXI, da Constituição Federal, praticarem ato ilegal ou abusivo, e desde que o ato não encerre mera atividade de gestão comercial.

Doutrina e jurisprudência divergem sobre quem efetivamente deve figurar no polo passivo da demanda; se a “autoridade coatora”, ou a pessoa jurídica, ou o órgão público a que esta pertence.

Há diferentes entendimentos sobre quem de fato é o legitimado passivo no *mandamus* sintetizados em quatro correntes, a saber: a primeira sustenta que a legitimidade passiva é da pessoa jurídica a que pertence a autoridade coatora uma vez que o agente ocupante do cargo público é o responsável pelo ato que submete a pessoa jurídica à condição de ré; a segunda corrente argumenta que o próprio agente coator seria o legitimado passivo; a terceira corrente, por sua vez, entende que há um litisconsórcio passivo entre o agente coator e a pessoa jurídica a ele vinculada; e a quarta e última corrente sustenta que o agente coator é mero informador no processo.

A primeira corrente tem como fundamento o art. 2º da Lei nº 12.016/2009, porquanto referido dispositivo assenta expressamente que as consequências decorrentes da ilegalidade ou do abuso de poder serão suportadas pela pessoa jurídica e não pela pessoa física que exerce a função pública em seu nome. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal decidiu, encampando a referida tese no julgamento do RE nº 233.319, de relatoria da Exma. Min^ª Ellen Gracie, publicado no DJU, 12.09.2003, p. 524.

A segunda corrente, consoante destacado, sustenta que a parte legítima para figurar no polo passivo da ação é a pessoa física (própria autoridade coatora) que praticou o ato, e não a pessoa jurídica de direito público a que ela pertença. Isso porque, a notificação para prestar as informações, bem como as ordens de execução da segurança ou da própria liminar são sempre endereçadas à própria autoridade coatora, em que pese os efeitos patrimoniais serem suportados pela pessoa jurídica de direito público a ela vinculada. Essa tese, portanto, desconsidera que a autoridade seja apenas agente da pessoa jurídica responsável pelo desempenho da função pública, desprezando a teoria do órgão consagrada em nosso ordenamento jurídico.

Os defensores da terceira corrente, por seu turno, entendem que há litisconsórcio passivo entre a autoridade coatora e a pessoa jurídica a ela vinculada, sendo, portanto, ambos réus no *mandamus*, à luz de alguns dispositivos da nova lei, em especial os seus arts. 6º, *caput*, 7º, incs. I e II, e 13, *caput*, que, de fato, sugerem ser esta a tese adotada no atual regime. Contudo, as críticas a esse posicionamento aparentemente vigente com a nova lei perpassam pelo inconveniente inaugurado pela interpretação literal da norma em análise, segundo a qual o Mandado de Segurança passaria a demandar, sem exceção, litisconsórcio passivo necessário, o que culminaria em inúmeros transtornos processuais ao impetrante, evidentemente incompatíveis com a sumariiedade e celeridade, pressupostos imprescindíveis deste instrumento garantístico representado pela ação ora *sub examine*. O Superior Tribunal de Justiça

já havia consolidado entendimento de que não haveria litisconsórcio entre a autoridade coatora e o ente público legitimado, pois este último é a própria parte, da qual a primeira é mero órgão.

A quarta e última corrente aproxima-se da primeira ao concluir que a parte ré é a pessoa jurídica, e não o agente coator, sendo este mero fornecedor de informações no curso do processo, razão pela qual se justifica a necessidade de citar a pessoa jurídica (e não apenas notificar a autoridade coatora), bem como fornecer a ela a oportunidade própria para contestar (e não somente exigir a prestação de informações pela autoridade coatora).

Do exposto, parece-nos que a novel lei veio dissipar vetusta controvérsia consoante a jurisprudência predominante, bem como em consonância com os institutos processuais básicos. Assim, é sabido que a autoridade coatora, de regra, não detém capacidade processual nem personalidade judiciária. É apenas a responsável pelo ato que faz reclamar a impetração do *writ*. A pessoa jurídica a que pertence, por seu turno ostenta *legitimatío ad causam e ad processum*, ou seja, tem legitimação e capacidade de ser parte e de estar em juízo.

Consequentemente, o que a lei explicitou é que a parte é a pessoa jurídica a que pertence a autoridade coatora, muito embora nos dispositivos já citados permita à mesma (autoridade coatora) praticar outros atos além da prestação de informações, reforçando a defesa da entidade pública ou de quem lhe faça as vezes. Evidentemente que, de acordo com os atos praticados por ambas, é que a segurança poderá ser concedida ou denegada.



Foto: Felipe Santoro / SC05/STF
Luiz Fux, ministro do STF

Assim, *v.g.*, o art. 14, § 2º, prevê o direito de recorrer também extensivo à autoridade coatora.

Na mesma linha de raciocínio, o art. 9º, segundo o qual:

As autoridades administrativas, no prazo de 48 horas da notificação da medida liminar, remeterão ao Ministério ou órgão a que se acham subordinadas e ao Advogado-Geral da União ou a quem tiver a representação judicial da União, do Estado, do Município ou da entidade apontada como coatora cópia autenticada do mandado notificatório, assim como indicações e elementos outros necessários às providências a serem tomadas para a eventual suspensão da medida e defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo de poder.

O dispositivo retrotranscrito substitui o art. 3º da Lei nº 4.348/1964 na parte em que este último previa que o órgão judicial deveria comunicar a liminar ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica, estando o mesmo agora incorporado ao texto da nova lei do *mandamus*.

Deveras, embora o ato contestado pelo Mandado de Segurança tenha sido praticado por autoridade, esta não será a parte processual, senão a própria pessoa jurídica que ocupa o polo passivo no processo e será esta quem suportará os efeitos da sentença.

A indicação equivocada da autoridade coatora ainda gera controvérsia quanto às suas consequências; discute-se se o processo deve ser extinto por carência de ação, ou se é possível a correção do vício da ilegitimidade viabilizando o seu prosseguimento em face da verdadeira autoridade coatora. A jurisprudência tem flexibilizado a possibilidade de correção em homenagem aos princípios da efetividade e da economia processual, tendo em vista a notória complexidade dos órgãos públicos, que muitas vezes dificulta a correta visualização jurídica do agente que, de fato, é o coator.

Adotando-se o entendimento de que a definição de autoridade coatora não se relaciona à legitimidade passiva no Mandado de Segurança, o que implica grande relevância prática: eventual erro na indicação desta não acarretará a extinção do processo. A indicação da pessoa jurídica a que pertence a autoridade coatora torna indiferente o equívoco na indicação desta última, na maioria dos casos.

O STF e o STJ vêm consolidando a jurisprudência no sentido de que a errônea indicação da autoridade coatora implica a extinção do processo por ilegitimidade passiva *ad causam*, quando altera a competência *ratione personae* não cabendo ao juiz ou tribunal determinar, de ofício, a substituição da parte impetrada (MS nº 9.450-DF, rel. Luiz Fux, publicado no DJ, 06.09.2004). Entretanto, não havendo essa influência sobre a competência, a efetividade

dessa garantia constitucional conspira em favor do aproveitamento do *writ* com a correção do vício através de mecanismo semelhante à emenda da petição inicial. Destaque-se, contudo, que se a autoridade apontada como coatora prestar as informações, não questionando a sua ilegitimidade e defender a legalidade do ato impugnado, legítimo será o prosseguimento do *mandamus* por força da teoria da encampação, fundamentada pelo princípio da economia processual, ressalvada a *vexata quaestio* relativa à alteração da competência *ratione personae*.

Retomando o tema central, fato é que os critérios para a definição da autoridade coatora, no entanto, não estavam veiculados por nenhuma regra da lei anterior. Com a nova norma, mais especificamente em seu art. 6º, § 3º, fica sedimentado o entendimento já antes acolhido pela doutrina e jurisprudência, segundo o qual a autoridade coatora é aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática.

A prática judiciária permite-nos concluir que é autoridade coatora: (i) quem ordena o ato, ainda que incompetente para a sua prática, ou omite a prática do ato impugnado e não o superior que recomenda, ou baixa normas para a sua execução; (ii) quem adota o comportamento coator por deliberação própria; (iii) o presidente da República, uma vez por ele consumado o processo administrativo; (iv) quem pratica o ato considerado lesivo ao direito do contribuinte no âmbito tributário, e não aquele que expediu resolução de caráter genérico e abstrato; (v) aquele que tem a responsabilidade funcional de defender o ato impugnado; (vi) aquele que comparece aos autos para, além de atribuir a legitimidade passiva *ad causam* a inferior hierárquico seu, defender o ato objeto da impetração, fato que torna aplicável a teoria da encampação; (vii) nos órgãos colegiados, o presidente que subscreve o ato e responde pela sua execução; (viii) tratando-se de atos complexos (aqueles cujo aperfeiçoamento só ocorre com a conjugação de vontades de duas ou mais autoridades), todos os órgãos participantes; (ix) nos atos compostos, aquele que pratica o ato principal; e (x) nos procedimentos administrativos, a autoridade que preside a sua realização.

Cumprido ressaltar que, excluída a *vexata questio* da identificação da autoridade coatora do âmbito da legitimidade passiva, a mesma continua a ter importância quanto à definição do foro competente, bem como quanto à possível anulação de atos processuais praticados por juízo incompetente.

A Lei nº 12.016/2009, a nosso ver, de maneira acertada e condizente com a jurisprudência já consagrada, previu no seu art. 7º, inc. II, a obrigatoriedade da ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica, ordenada pelo despacho do juiz.

