PARTE, LITISCONSÓRCIO PASSIVO E ASSISTÊNCIA NO MANDADO DE SEGURANÇA – NOVOS ARGUMENTOS PARA ANTIGOS PROBLEMAS

JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO, mestre e doutor em direito pela UFPA, professor de direito processual civil da UNAMA, CESUPA e FACI. Membro do IBDP. Procurador do Estado do Pará e advogado.

1- Introdução

No presente ensaio, procura-se lançar novos argumentos envolvendo o conceito de parte, terceiro, litisconsorte passivo e assistente no âmbito do mandado de segurança, inclusive enfrentando os problemas práticos decorrentes das diversas interpretações verificas na prática forense.

Destarte, consorte prevê o art. 1º da LMS, é cabível o *mandamus* para defender direito líquido e certo[1] contra ato de autoridade. Contudo, alguns problemas práticos podem advir da conceituação, como: a) a autoridade coatora é ré no mandado de segurança; b) no caso de impetração contra ato judicial, quem é o sujeito passivo? c) é cabível *substituição processual* no procedimento do mandado de segurança? d) é admitida pelo sistema a presença, como sujeito passivo, de pessoa física ou jurídica alheia a qualquer conotação pública? e) havendo interesse jurídico, é admissível a *assistência* no mandado de segurança?

São indagações que ainda não restam totalmente resolvidas em sede doutrinária e jurisprudencial, o que fundamenta a apresentação deste breve trabalho.

2- Parte e terceiro – algumas noções preliminares

Antes de se adentrar no tema central, mister é discutir –mesmo que em poucas palavras – o conceito de parte e terceiro no direito processual civil.

Como é fato, o conceito de parte é estritamente processual: é quem propõe ou contra quem se propõe uma demanda[2]; ou aquele que participa do processo com

---

[1] Em outro trabalho, já se enfrentou o problema da conceituação do *direito líquido e certo* no mandado de segurança, inclusive no que respeita ao processo de formação de coisa julgada material. Sobre o assunto, ver meu *Aspectos envolvendo o direito líquido e certo, a decadência e a coisa julgada no mandado de segurança*. Revista Dialética de Direito Processual nº 16. São Paulo : Editora Dialética, julho/2004.

[2] Segundo Araken de Assis existe "certo consenso em que a noção de parte assume pertinência exclusivamente processual. Ele é fornecido pela posição ativa ou passiva na relação processual". *Cumulação de ações.* 4ª edição. Sao Paulo : RT, 2002, p. 127.

parcialidade, possuindo interesse em determinado resultado do julgamento[3]. Por outro lado, o conceito de parte legítima (no aspecto legitimidade ordinária) requer uma identidade entre direito material e processual, nos moldes estabelecidos no CPC.

Segundo Enrico Tullio Liebman, a posição de parte pode ocorrer: "a) per effetto della domanda introduttiva del processo; b) per effeto di *successione* nella posizione della parte originaria; c) per effeto di *intervento,* voluntario o coatto, in un processo pendente"[4].

Logo, é possível observar que o conceito de parte e terceiro reflete inclusive a possibilidade ou não de imunização do julgado, *ex vi* art. 472 do CPC.

Realmente, os *efeitos* (aqui concebido como a possibilidade de exteriorização do julgado) em tese podem atingir terceiros, mas a imunidade do mesmo apenas pode sujeitar as partes[5].

Para Chiovenda, o problema está na verificação de quem é parte ou terceiro, inclusive para fins de coisa julgada. De acordo com suas lições: "la determinazione del concetto di parte non ha una mera importanza teorica, ma è necessaria per la soluzione di gravi problemi pratici: che una persona sia *parte* in una lite o sia *terzo*, è importante ad. es. Per la identificazione delle azioni (...), come per accertare se essa sia soggeta o no alla cosa giudicata; se vi sia o no litispendenza, ecc"[6].

Considerando que, por vezes, o julgado influencia na esfera jurídica de outrem, mister se torna determinar a sua citação, na qualidade de litisconsorte, cujo regramento é estabelecido pelo CPC, em seus arts. 46 e seguintes.

Apenas para ilustrar, no direito italiano também há a figura do interveniente litisconsorcial, como aquele que intervém em processo alheio para defender direito seu[7].

---

[3] "O conceito de parte deve restringir-se àquele que participa (ao menos potencialmente) no processo com parcialidade, tendo interesse em determinado resultado do julgamento. Saber se esta participação se dá em relação à demanda, principal ou incidental, ou em relação à discussão de determinada questão, não é algo essencial para o conceito puramente processual de parte. Parte é quem postula ou contra quem se postula ao longo do processo, e que age, assim, passionalmente". DIDIER Jr, Fredie. *Recurso de terceiro : juízo de admissibilidade.* São Paulo : RT, 2002, p. 139.

[4] *Manuale di diretto processuale civile,* vol. I. 3ª edição. Milano : Giuffrè, 1973, p. 70.

[5] "Parti, per il diritto processuale civile, sono i soggeto diversi dal giudice che compiono atti di un procedimento giurisdizionale e sono detinatari degli effeti dei provvedimenti del giudice". COMOGLIO, Luigi Paolo, FERRI, Corrado e TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 2° edição. Bologna : Mulino, 1995, p. 287.

[6] CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. Napoli : Jovene, 1980, p. 578.

[7] A figura do interveniente litisconsorcial é bem explicada por Liebman: "*intervento litisconsortile* è quello di chi interviene `in un processo tra altre persone per far valere, in confronto di *alcune* di esse, un diritto relativo all'oggetto o dipendente dal titolo dedotto nel processo medesimo'. È perciò l'intervento di chi avrebe potuto agire unitamente all'attore nello stesso processo untamente al convenuto; e il litisconsorzio attivo o passivo è posto in essere successivamente, appunto a seguito dell'intervvento. L'interveniente propone una domanda, cha va ad affiancarsi a quella di una delle parti contro l'altra. In tutti i casi in cui vi sono più soggetti legittimati rispetto ad un dato rapporto, se uno ha proposto la domanda, gli altri possono intervenire e proporre la loro rispettiva domanda". *Manuale di diretto processuale civile,* vol. I. Cit.p. 88.

Na legislação brasileira a intervenção litisconsorcial também requer a presença de interesse próprio, passando o interveniente a ser tratado como *parte*.

O litisconsórcio configura hipótese de *ampliação subjetiva* da lide, no pólo passivo e/ou ativo da relação processual. Normalmente, em direito processual civil são analisados dois institutos: a cumulação subjetiva e a objetiva, sendo o litisconsórcio o exemplo do primeiro, ao passo que o segundo tem o seu ponto de desenvolvimento nas várias espécies de cumulação de pedidos permitida no sistema[8].

Ainda no aspecto *ampliação subjetiva*, mister é destacar, mesmo que em poucas palavras para evitar o desvio do enfoque destinado ao ensaio, que o sistema estabelece litisconsórcio necessário e facultativo, sendo o primeiro indispensável e o segundo formado apenas por questão de conveniência.

O regramento processual é bastante claro: no litisconsórcio facultativo há o regime de opção e se atende aos reclamos da economia processual. Por outro lado, no litisconsórcio necessário enfrenta-se a impossibilidade de sua dispensa, sob pena de colocar em risco a estabilidade da decisão judicial[9].

Nesse aspecto, vale transcrever as lições de Cândido Rangel Dinamarco, ao diferenciar o litisconsórcio necessário e facultativo: "a facultatividade do litisconsórcio constitui regra geral, porque corresponde ao princípio da *liberdade das partes*, não sendo lícito impor sua implantação quando a lei não a exige (Const., art. 5º, inc. II, *supra,* n. 89), e porque a necessariedade importa restrição ao *direito de ação*, também constitucionalmente assegurado. Nos casos de litisconsórcio necessário, o sujeito só poderá agir em associação com outro ou em face de dois ou vários, também em conjunto. Por isso é que se diz que a necessariedade se resolve em uma *legitimidade necessariamente conjunta* (Liebman); e o *caráter excepcional* do litisconsórcio necessário deve conduzir a evitar interpretações que atribuam arbitrariamente a necessariedade a casos não estritamente cobertos pelas duas hipóteses do art. 47 do Código de Processo Civil. O litisconsórcio só será necessário (a) quando a causa versar um *objeto incindível*, conforme disposição genérica contida no art. 47 do Código de Processo Civil ou (b) quando assim a lei o estabelecer de modo específico, embora o objeto não seja incindível"[10].

---

[8] Por outro lado, em que pese não ser o objeto central do presente trabalho, não se deve esquecer que em alguns casos de litisconsórcio (especialmente no ativo facultativo simples) há também a cumulação objetiva. Destarte, trata-se de cumulação subjetiva onde cada um dos litigantes possui sua própria e distinta pretensão processual a ser apreciada pelo Poder Judiciário.

[9] Juan Montero Aroca conceitua o litisconsórcio propriamente necessário, da seguinte forma: "la voluntad de las partes para la constitución de este tipo de litisconsorcio es totalmente inoperante. La pretensión no pude ser ejercitada sino por varios o contra varios, porque la legitimación ha sido conferida por la ley material a todos los litisconsortes en común. No se ejercita sino una única pretensión, y el órgano jurisdiccional dará un solo pronunciamiento, formal y materialmente único. Se trata, evidentemente, de un proceso único con pluralidad de partes". AROCA, Juan Montero. *La intervencion adhesiva simple – contribuicion al estudio de la pluralidad de partes en el proceso civil*. Barcelona : Editorial Hispano Europea, 1972, p. 20

[10] *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, 3ª edição, São Paulo : Malheiros, 2003, p. 353.

O litisconsórcio necessário, portanto, se relaciona com a viabilidade da decisão judicial. A falta de citação gera conseqüências processuais que ultrapassam a ineficácia da sentença prevista no art. 47 do CPC[11].

Mister é observar que o litisconsórcio necessário não se confunde com o unitário, em que pese a redação do art. 47, do CPC[12]. *Unitariedade* diz respeito à conseqüência da decisão, que pode ou não atingir os litisconsortes de forma idêntica, ao passo que *necessariedade* significa obrigatoriedade.

Normalmente o necessário é unitário e o facultativo é simples. Contudo, tais diretrizes possuem exceções, como, *vg. no caso das ações de usucapião* ou mesmo *demarcação*[13].

Ovídio Baptista da Silva indica as situações em que é possível ocorrer o litisconsórcio necessário: "devemos, portanto, conceituar o litisconsórcio necessário como aquele obrigatoriamente formado, seja porque alguma disposição de lei assim o imponha, seja porque a natureza da relação de direito material torne impossível o tratamento da situação litigiosa sem a presença de todos os interessados no processo, formando litisconsórcio, caso em que ele se torna *indispensável*"[14].

Já o assistente simples, como bem prevê o art. 50 do CPC, é mero auxiliar, não defendendo interesse próprio e não se tornando parte no processo. É, portanto, um coadjuvante, auxiliar de uma das partes[15].

A diferença entre os institutos do litisconsórcio e da assistência simples reside exatamente no papel que desempenham na relação processual: o litisconsorte é

---

[11] Sobre a falta de citação de litisconsórcio passivo necessário, ver meu *Meios de defesa do litisconsorte passivo necessário não citado*. In *Aspectos Polêmicos e Atuais sobre os Terceiros no Processo Civil e assuntos afins*. Fredie Didier Jr e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord). São Paulo : Revista dos Tribunais, 2004, p. 517-562.

[12] Como bem esclarece Cassio Scarpinella Bueno: "O fato é que hoje predomina, na doutrina brasileira, o entendimento de que o litisconsórcio necessário não guarda nenhuma relação com o litisconsórcio unitário e vice-versa. Não obstante a redação do art. 47, que, inequivocamente, define o litisconsórcio necessário como o unitário, *os critérios* de *classificação* de uma e de outra espécie de litisconsórcio não são os mesmos e, por isto, podem , ou não conviver ambas autonomamente. Pode haver litisconsórcio necessário sem que ele seja unitário e unitário que não seja necessário. É dizer de forma bastante direta: não é porque um litisconsórcio é necessário que ele também será unitário e não é porque um litisconsórcio é unitário que ele será também necessário". *Partes e Terceiros no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo : Saraiva, 2003, p. 94.

[13] A citação dos confinantes no usucapião visa permitir a demarcação da área objeto da demanda, considerando que poderá atingir o imóvel vizinho. Assim, haverá litisconsórcio necessário simples. Quanto à conseqüência decorrente da falta de citação daquele em cujo nome está registrado o imóvel usucapiendo e dos terceiros, Alexandre Freitas Câmara defende: "deve-se afirmar que a ausência daquele em cujo nome o imóvel está registrado é fator de ineficácia absoluta da sentença de mérito, não se podendo considerar tal provimento jurisdicional capaz de gerar certeza quanto à titularidade do domínio., De outro lado, a ausência de algum dos confinantes gera ineficácia da demarcação, em nada afetando a declaração de aquisição do domínio" *Lições de Direito Processual Civil,* vol. III, 5ª edição, Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2003, p. 429.

[14] *Curso de Processo Civil*. vol. 1. 5ª edição. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000, p. 257.

[15]"Vale aqui anotar que, pela assistência, o terceiro a rigor *não se torna parte* no processo pendente, pois não formula pedido algum, nem pedido nenhum é contra ele formulado. É, isto sim, um *coadjuvante* do litigante a quem assiste". CARNEIRO, Athos Gusmão. *Mandado de segurança. Assistência e amicus curiae*. Revista de Processo 112. São Paulo : RT, 2003, p. 214.

parte, ao passo que o assistente é mero coadjuvante, mesmo não podendo, em regra, discutir posteriormente a *justiça da decisão, ex vi* art. 55 do CPC.

3- Partes no mandado de segurança

Após apresentados os aspectos introdutórios, cumpre enfrentar problema que não encontra unanimidade em sede doutrinária e jurisprudencial: o conceito de *parte* no mandado de segurança, *ex vi* art. 5º, LXIX da CF/88 c/c art. 1º da LMS (Lei 1.533/51).

No que respeita ao pólo ativo do MS, ganha força a discussão da natureza da legitimidade: ordinária ou extraordinária.

O art. 1º da LMS consagra a possibilidade de impetração por quem *sofre* ou *teme* sofrer violação a direito seu.

No caso do mandado de segurança coletivo, há a permissão de legitimidade aos entes coletivos, como associações e sindicatos, que atuam em regra na qualidade de legitimados extraordinários.

Contudo, em que pese pouco utilizada na prática forense, há hipótese de legitimidade extraordinária (substituição processual) ligada ao direito individual, prevista no art. 3º da LMS.

Destarte, como bem aponta Montavanni Colares Cavalcante: "há situações, contudo, em que é prevista a substituição processual, o que ocorre no caso de omissão do primeiro interessado na proteção de direito liquido e certo, bem como na conjuntura do mandado de segurança coletivo"[16].

Realmente, prevê o art. 3º da LMS importante instrumento de defesa de interesse do legitimado ordinário quando este, notificado, deixa de impetrar seu *mandamus*[17]. Assim, é possível identificar a possibilidade de impetração, apenas em decorrência da omissão do legitimado prioritário, comprovada pelo não atendimento à notificação em prazo razoável.

Cassio Scarpinella Bueno conclui, ao comentar o art. 3º da LMS que: "nessas condições, a hipótese é de verdadeira *substituição processual*, espécie de legitimidade extraordinária, porque o titular do direito originário deixa de poder impetrar seu próprio mandado de segurança, ficando adstrito ao que for decidido naquele impetrado pelo terceiro. Certamente que pode pretender intervir no feito pendente, quando deverá fazê-lo na qualidade de assistente litisconsorcial (CPC,

---

[16] *Mandado de segurança*. São Paulo : Dialética, 2002, p. 57.

[17] Referida legitimidade é extraordinária, na modalidade substituição processual, e apenas pode ser discutida judicialmente em razão da inércia do primeiro legitimado. Já decidiu o STF que se trata de legitimação decorrente de inação do substituto. RTJ 152/493. In NEGRÃO, Theotônio. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 2ª edição. São Paulo : Saraiva, 2001, p. 1676.

art. 54), uma vez que a sentença produzirá efeitos diretamente em sua própria esfera jurídica"[18].

De toda sorte, no mandado de segurança há a presença do impetrante, atuando na qualidade de legitimado ordinário ou mesmo extraordinário, impugnando ato praticado ou na iminência de sê-lo, pela autoridade coatora.

Nesse mister, cumpre nesse momento enfrentar outra questão controvertida: *quem é o sujeito passivo no mandado de segurança*, a autoridade coatora ou a pessoa jurídica de direito público?

Interessante é a discussão, por vezes travada, no sentido de indagar se a autoridade coatora é ré ou mera informante no mandado de segurança. 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"[19].

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

Destarte, Lúcia Valle Figueiredo ensina que: "o sujeito passivo do mandado de segurança será, sempre, a pessoa jurídica que deverá suportar os encargos da decisão do mandado de segurança. Destarte, sujeitos passivos serão sempre União, Estados, Municípios ou delegados de serviço público, sejam dirigentes de estatais ou concessionárias de serviço"[20].

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 pessoa jurídica de direito público[21][22].

---

[18] *Mandado de segurança*. São Paulo : Saraiva, 2002, p. 40.

[19] *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.

[20] *Mandado de segurança*. 5ª edição. São Paulo : Malheiros, 2004, p. 23.

[21] 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).

[22] 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.

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 sendo qualificadas as informações como peça de defesa, mas meio de prova[23]. Sendo informante, não deve ser qualificada como litisconsorte[24], nem parte e nem mesmo assistente litisconsorcial passivo[25].

Ademais, a legitimidade recursal é da pessoa jurídica de direito público, podendo a autoridade coatora também apresentar recurso, mas na qualidade de terceiro interessado[26] evitando, quem sabe, eventual procedimento administrativo em decorrência da sentença judicial ou mesmo ação de regresso a ser proposta pelo poder público, ou mesmo alguma conseqüência impeditiva de promoção.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça é possível encontrar o entendimento de que a pessoa jurídica de direito público que suportar o ônus da impetração é o sujeito passivo do *mandamus*[27]. Contudo, ainda segundo posicionamento

---

[23] 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.

[24] 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.

[25] "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.

[26] No mesmo sentido, 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*. Cit. p. 133.

[27]"Processual - Mandado de segurança - Litisconsórcio entre a autoridade coatora e o Estado - impossibilidade. I - O processo de mandado de segurança tem como partes, de um lado, o impetrante e de outro, o Estado. Nele, a denominada "autoridade coatora" atua como órgão anômalo de comunicação processual. II - o recurso interposto pelo estado, no processo de mandado de segurança desde que adimplidos seus requisitos, e de ser conhecido como apelo da parte sucumbente - não de litisconsorte ou de terceiro interessado" (REsp 83632 - 1ª Turma – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – J. em 10/09/1996 – DJ de 21.10.1996 p. 40204 - RSTJ vol. 89 p. 91). No mesmo sentido, outros precedentes de relatoria do Min. Humberto Gomes de Barros: REsp 132.296 – 1ª Turma – J. em 17.02.1998 – DJ de 27/04/1998 e REsp 159.951 – 1ª Turma – J. em 10.02.1998 – DJ de 13.04.1998.

jurisprudencial, o ente público independe de citação específica, funcionando a autoridade coatora como sua substituta processual[28].

4- Mandado de segurança contra ato judicial. A posição do adversário do impetrante na demanda originária

A discussão das partes no mandado de segurança ganha mais fôlego quando se trata de mandado de segurança contra ato judicial, onde a pessoa jurídica de direito público por vezes é indiferente à solução do *writ.*

Destarte, imagine hipótese de impetração de mandado de segurança contra ato judicial (art. 5º, II, LMS). Indaga-se: quem é a parte passiva? Qual o papel do adversário do impetrante na demanda geradora do *writ*?

In casu, ao elaborar as informações a autoridade normalmente demonstra a situação fática que corroborou com a decisão impugnada pelo sucedâneo recursal e a pessoa jurídica de direito público pouco ou nada aduz em relação à situação envolvendo a causa geradora do mandado de segurança. Logo, a falta de interesse processual em regra demonstra o esvaziamento da *defesa* neste mandado de segurança.

---

[28] Portanto, não postula em seu nome, mas apenas apresenta as informações necessárias ao julgamento do feito. A defesa do ente público a rigor não deve ser feita por quem não o representa em juízo, mas por seus procuradores e no prazo legal, diverso do decêndio previsto na lei 1533/51. O STJ tem defendido a desnecessidade de citação da pessoa jurídica de direito público, considerando a autoridade coatora agir como sua *substituta*. Mister registrar a discordância com o posicionamento de que se trata de *substituição processual*, já que este instituto está ligado à legitimidade extraordinária. No caso envolvendo o mandado de segurança, entende-se que a autoridade coatora atua como presentante, com as informações envolvendo o ato impugnado judicialmente. De toda sorte, há a dispensa de citação da pessoa jurídica, como se observa nos seguintes precedentes: "Recurso especial. Processual civil. Mandado de segurança. Ente público. Citação do Estado como litisconsorte. Desnecessidade. Embargos declaratórios. Questões analisadas. Violações não caracterizadas. Conforme inúmeros precedentes desta Corte, em casos tais, não há falar-se em citação do Estado como litisconsorte em mandado de segurança, pois a autoridade apontada como coatora age como substituta processual daquele. O acórdão encontra-se devidamente fundamentado, não se concretizando as omissões apontadas nos embargos declaratórios, que foram bem rejeitados pela Corte a quo. Violações não caracterizadas. Recurso desprovido"(STJ – REsp 256107 – 5ª Turma – Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca – J. em 13/03/2002. DJ de 29.04.2002 p. 274). "Processual civil. Agravo regimental. Agravo de instrumento. Mandado de segurança. Liquidez e certeza do direito. Súmula nº 07/STJ. Ausência de citação da pessoa jurídica de direito público à qual pertence a autoridade coatora. Litisconsórcio passivo necessário. Inexistência. I - Tendo o v. acórdão recorrido, com base no conjunto probatório dos autos, constatado a ausência de certeza e liquidez do direito invocado, a apreciação da pretensa contrariedade ao artigo 1º da Lei nº 1.533/51 implicaria, necessariamente, reexame de prova, o que é vedado na via especial (Súmula nº 07/STJ). II - No mandado de segurança, não há litisconsórcio passivo necessário entre a pessoa jurídica de direito público e a autoridade apontada como coatora, pois esta age como substituta processual daquela. Precedentes. Agravo regimental desprovido" (AgRg no Ag 582947 – 5ª Turma – Rel. Min. Felix Fischer. J. em 24/08/2004. DJ de 20.09.2004 p. 324). Por fim, no julgado seguinte, entendeu o STJ que a notificação da autoridade coatora acarreta a citação da pessoa jurídica de direito público: "Processual civil. Mandado de segurança. Inexistência de litisconsórcio passivo necessário entre a autoridade coatora e a pessoa jurídica de direito público a qual pertence o órgão coator. A autoridade coatora, como tal indicada na ação de mandado de segurança, faz parte do ente publico sujeito passivo no mandamus. Por isso, a sua notificação acarreta a citação da pessoa jurídica de direito público a qual pertence. Precedentes jurisprudenciais. Recurso improvido". REsp 56205 – 1ª Turma – Rel. Min. Cesar Asfor Rocha – J. em 07/12/1994 – DJ de 13.02.1995 p. 2221 - RSTJ vol. 77 p. 110).

A reflexão aprofunda um pouco mais quando, em sede recursal, a legitimidade é da pessoa jurídica de direito público, que nada tem a ver com a demanda originária. Nesse caso, as razões ou mesmo contra-razões recursais pouco demonstram *interesse recursal,* considerando a falta de participação do ente público no feito originário[29].

Logo, importante discutir o papel do adversário do impetrante e mesmo do magistrado que proferiu (ou deixou de proferir) a decisão guerreada.

Quanto ao magistrado que proferiu o ato impugnado, ratifica-se que é a de autoridade coatora que presta as informações necessárias ao julgamento do *writ*. Contudo, consoante já mencionado, as informações não têm natureza de defesa, sendo apenas peça informativa ligada ao aspecto probatório.

A autoridade coatora continua sendo alheia à qualificação de sujeito passivo, sendo certo que a pessoa jurídica deve figurar nessa qualidade, mesmo que inexista defesa a ser apresentada[30].

Destarte, a autoridade coatora figura como presentante, devendo ser instada a pessoa jurídica a atuar no feito, mesmo que diretamente não diga respeito a ato ligado ao serviço ou atividade pública[31].

No que respeita ao adversário do impetrante, não resta dúvida que deve intervir no feito. Mas na qualidade de réu, litisconsorte passivo ou assistente simples?

Não se trata de assistente, considerando a inexistência da circunstância prevista no art. 50 do CPC[32]. O adversário do impetrante pode ser atingido em *seu direito próprio* pela decisão a ser proferida no mandado de segurança[33].

---

[29] Enfrentando o problema do mandado de segurança contra ato judicial, Celso Agrícola Barbi afirma que: "maior gravidade ainda assume o problema nos mandados de segurança contra ato judicial, pois o interessado direto, principal, na manutenção do ato impugnado, é a outra parte no processo em que se praticou o ato. Podemos dizer, mesmo, que o interesse é exclusivamente dessa outra parte, porque o juiz, pela natureza de suas funções, não tem, nem pode ter, interesse na decisão da causa a ela submetida. E, na prática, verificamos que o Estado, que é considerado comumente como sujeito passivo nessa espécie de mandado, não manifesta também nenhum interesse na manutenção ou reforma do ato judicial impugnado. Foi mesmo costume, em Minas Gerais, o advogado do Estado, quando ouvido sobre o recurso interposto contra a decisão de mandados de segurança contra ato judicial, afirmar a inexistência de interesse do Estado na causa. Encontramos, assim ações de mandado de segurança propostas, sem que a posição do principal interessado no processo seja claramente definida". *Do mandado de segurança.* 10ª edição. Rio de Janeiro : Forense, 2000, p. 126.

[30] Em sentido contrário, entende Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz: "O juiz, e somente ele, é o responsável pelo ato praticado, devendo arcar com as consequências advindas do seu ato, e por conseguinte sendo não somente autoridade coatora como parte passiva nesse mandado de segurança contra o ato que praticou". *Legitimidade passiva em mandado de segurança contra ato judicial*. 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, . 502.

[31] Esta hipótese diverge daquela em que o mandado de segurança é impetrado contra ato praticado pelo Poder Judiciário, mas em conduta atípica, como, *vg.,* aquele impetrado por empresa excluída da licitação perpetrada por aquele Poder. Nesse caso, ao contrário da demanda provocada contra ato advindo da função típica, a discussão envolve a eventual ilegalidade de procedimento administrativo ou mesmo a continuidade de serviço público, sendo que a pessoa jurídica de direito público por certo irá apresentar defesa encampando a tese de legalidade do ato. Por outro lado, quando advindo de ato jurisdicional, a defesa, o recurso ou mesmo as contra-razões recursais podem restar-se esvaziadas, considerando que a causa versa circunstância alheia à atividade pública.

Portanto, o adversário do impetrante deve ser citado no mandado de segurança, na qualidade de *parte* e não de mero assistente. Na verdade, entende-se que há litisconsórcio necessário passivo simples envolvendo a pessoa jurídica e o adversário do impetrante, devendo ser promovida a citação deste último, sob pena de extinção do processo, consoante previsão contida na Súmula 631 do STF.

Fala-se em *litisconsórcio simples* considerando que a decisão não precisa atingir os litisconsortes de forma idêntica. Tal raciocínio justifica as hipóteses em que a pessoa jurídica não possui interesse recursal, mesmo sendo concedida a segurança, ficando apenas o adversário do impetrante com a possibilidade real de interposição de recurso[34][35].

O raciocínio no sentido de determinar a participação do adversário do impetrante evita qualquer discussão envolvendo cerceamento de defesa e é atitude a ser incentivada, inclusive por força do art. 19 da LMS[36].

5- Litisconsórcio e assistência no mandado de segurança contra ato administrativo

Alem das situações já enfrentadas (parte, litisconsórcio e informante), ainda restam alguns pontos geradores de polêmica no procedimento do mandado de segurança e que merecem novos argumentos neste breve ensaio, senão vejamos:

5.1- O beneficiado pelo ato impugnado. Sua posição do mandado de segurança

---

[32] *A contrário sensu*, entende Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz: "no mandado de segurança contra ato jurisdicional, o magistrado é tanto a autoridade coatora quanto parte passiva. A parte interessada, então, atuará, se for o caso, como mero assistente". *Legitimidade passiva em mandado de segurança contra ato judicial*. Cit. p. 503.

[33] Destarte, é possível que a decisão venha atingir sua esfera jurídica que está sendo discutida no processo originário, posto ser possível que o pronunciamento judicial impugnado seja anulado, emprestado efeito suspensivo a recurso, dentre uma série de conseqüências práticas.

[34] E sem a possibilidade de contagem do prazo em dobro, considerando que apenas o adversário foi sucumbente. Aliás, a Súmula 641 do STF consagra: "não se conta em dobro o prazo para recorrer, quando só um dos litisconsortes haja sucumbido".

[35] A mesma falta de interesse poderá ocorrer nas contra-razões recursais, haja vista que a pessoa jurídica de direito público pode também apresentar simples petição informando o desinteresse na lide. *In casu*, deverá ser instado a apresentar as contra-razões o próprio impetrante, haja vista que a decisão recursal poderá atingir sua esfera jurídica.

[36] Caso não seja citado, será considerado *terceiro*, inclusive podendo impetrar outro mandado de segurança para garantir direito líquido e certo seu (garantia de defesa no primeiro *mandamus*). Bem a propósito, observa Hely Lopes Meirelles: "o *terceiro prejudicado* por decisão em mandado de segurança para o qual não foi citado pode recorrer do julgado no prazo de que dispõem as partes como, também, pode utilizar-se do *mandamus* para impedir lesão a direito seu, líquido e certo, mesmo que a sentença ou o acórdão admita recurso ao seu alcance. Tratando-se de litisconsorte *necessário* não chamado a integrar a lide, é cabível até mesmo o recurso extraordinário, em razão da nulidade do processo". *Mandado de segurança*. Cit. p. 64.

Não se deve esquecer que na hipótese de mandado de segurança impetrado contra ato judicial há a necessidade de citação do adversário, haja vista que seu direito poderá ser atingido pelo demanda mandamental. Conclusão semelhante envolve os casos em que o MS é impetrado visando discutir ato administrativo típico, podendo a decisão judicial atingir a esfera jurídica de *terceiros* – eventuais beneficiados pelo ato impugnado.

As hipóteses práticas comumente envolvem o interesse do servidor nomeado, cujo concurso se impugna judicialmente, ou da empresa vencedora da licitação impugnada judicialmente por outra licitante.

Nesses casos, considerando que o *writ* é impetrado visando discutir *ato de autoridade* (art. 1º LMS), qual será a posição processual desses sujeitos *eventualmente atingidos pela decisão judicial*: são terceiros, assistentes ou litisconsortes passivos necessários?

Ora, considerando que não há a litisconsórcio entre a autoridade coatora e a pessoa jurídica de direito público, sendo esta verdadeira ré, o *litisconsórcio* previsto no art. 19 da LMS por certo envolve hipóteses como as indicadas acima, onde um *terceiro*[37] poderá ser atingido pelo julgado.

Logo, o candidato aprovado, a empresa vencedora da licitação ou qualquer outra hipótese em que o ato impugnado gera direitos a terceiros, estes devem ser *citados na qualidade de litisconsortes passivos necessários* no mandado de segurança, inclusive atendendo ao disposto na Súmula 631 do STF[38]. Tal raciocínio é semelhante ao defendido para o caso de mandado de segurança contra ato judicial.

Aliás, analisando o art. 19 da Lei 1.533/51, ensina Cassio Scarpinella Bueno, ao responder a indagação sobre qual litisconsórcio se refere a lei: "o litisconsórcio a que a lei faz remissão só pode ser aquele que se forma a partir da análise do ato impugnado no mandado de segurança, e se a aptidão de sua invalidação afetar direitos de outras pessoas que não a pessoa jurídica a cujos quadros pertença a autoridade coatora e que, por essa razão, é réu no mandado de segurança, independentemente de sua citação específica"[39].

Também é importante a manifestação de Celso Agrícola Barbi: "ora, nos casos freqüentes em que o mandado de segurança é requerido contra nomeação ou promoção de funcionário, ou concessão de serviço público a outrem, a demanda

---

[37] Utiliza-se a expressão *terceiro*, considerando que ainda não foi citado, ocasião em que poderá ser considerado parte passiva. Ademais, o conceito de parte, como visto anteriormente, é tipicamente processual.

[38] "Questão de suma importância teórica e prática é a da existência ou não de 'litisconsórcio necessário' no mandado de segurança, quando a sentença tiver eficácia direta quanto à situação jurídica de outras pessoas. É o que se dá, por exemplo, no mandado requerido por funcionário que perdeu o cargo, ou deixou de ser nomeado ou promovido, se o cargo pretendido já estiver ocupado por outrem. Igualmente, no mandado requerido contra a concessão de serviço público a outrem, hipótese em que o deferimento implica cancelar a concessão". BARBI, Celso Agrícola *Do mandado de segurança*. Cit. p. 126.

[39] *Mandado de segurança.* Cit. p. 152.

implica anular a nomeação ou promoção, ou cancelar a concessão, vale dizer, extinguir a relação jurídica existente entre o Poder Público e o funcionário, ou concessionário. Parece-nos fora de dúvida que, nas hipóteses figuradas, há exemplos típicos de litisconsórcio 'necessário', sendo, portanto, indispensável a participação daqueles interessados como réus, sem o que a sentença será ineficaz"[40].

Ainda nesse sentido, entende Carlos Alberto Menezes Direito: "o litisconsorte passivo necessário, que deve ser citado, é aquele em favor do qual foi praticado o ato da autoridade apontada como coatora"[41].

Não se deve olvidar que se trata de litisconsórcio necessário *simples* (ex vi art. 47 do CPC), considerando que a decisão poderá ou não ser uniforme em relação aos réus. Logo, torna-se obrigatória a citação de todos os beneficiados, sob pena de comprometer a legalidade do procedimento.

De outra banda, dependendo do caso concreto, a necessidade de citação de todos os que podem ser atingidos pela decisão a ser concedida no mandado de segurança poderá significar o próprio comprometimento da celeridade buscada neste procedimento especial. Necessário mencionar duas situações hipotéticas e abstratas que contribuem para este argumento: caso um Município pretenda discutir a sua cota decorrente do fundo de participação (FPM), impetrando mandado de segurança contra o Estado, em tese devem ser citados todos os demais entes municipais, considerando que o aumento da quota do impetrante poderá atingir o percentual dos demais. Também pode ser mencionado como exemplo a impetração do *writ* por candidato visando impugnar a legalidade ou a ordem de classificação de determinado concurso público, onde os candidatos eventualmente atingidos pela decisão devem ser citados como litisconsortes necessários[42].

Como nos casos em questão há formação de litisconsórcio passivo necessário, não será possível sequer limitar o número de demandados. Por outro lado, as inúmeras citações, contestações (sem falar nos recursos) e demais atos

---

[40] *Do mandado de segurança*. Cit. p. 129.

[41] *Manual do mandado de segurança.*4ª edição. Rio de Janeiro : Renovar, 2003, p. 111.

[42]Sobre a necessidade de citação dos demais candidatos (inclusive os aprovados e já empossados) como litisconsortes necessários em mandado de segurança, o STJ já decidiu: "Embargos de declaração em recurso em mandado de segurança. Ausência de citação de litisconsortes necessários - art. 47 CPC. Nulidade. Provimento. Efeitos modificativos. Tendo o recurso sido provido para, concedendo a ordem como requerida, anular-se o discutido item do edital que conferia pontos diferenciados aos diversos candidatos, e certo que os demais candidatos aprovados (alguns até mesmo já empossados) que se beneficiaram com os referidos pontos. Deveriam ter sido citados para integrarem a lide como litisconsortes necessários, já que a concessão da ordem culminou por afetá-los. Tal ponto fora colocado pelo estado em suas contra-razões, e omisso no julgado. Embargos conhecidos e providos para, dando efeito modificativo ao "decisum", anular o processo a partir da sentença de 1º Grau inclusive, com o fim de proceder-se a citação dos litisconsortes passivos necessários". EDcl no RMS 7940 / MG – 5ª Turma – Rel. Min. Ministro José Arnaldo da Fonseca – J. em 10/06/1997 – DJ de 12.08.1997 p. 36278. Ainda sobre a necessidade de citação dos demais candidatos, ver RMS 2339 / BA – 5ª Turma – Relator Min. Felix Fischer – J. em 10/03/1998 – DJ de DJ 11.05.1998 p. 131 e RESP. 11.369 – 5ª Turma – Rel. Min. Felix Fischer – J. em 15.03.2001- DJ de 02.04.2001.

processuais poderão comprometer a celeridade buscada no procedimento, inclusive com incidentes processuais por vezes insuperáveis[43].

Logo, em que pese ser o *mandamus* impetrado contra ato advindo do poder público, nada impede que figure no pólo passivo um particular, desde que sua esfera jurídica seja atingida[44].

5.2- O cabimento de assistência no mandado de segurança

Por fim, outro aspecto a ser enfrentado refere-se a possibilidade de assistência no mandado de segurança, especialmente considerando que o art. 19 da LMS apenas mencionar : "aplicam-se ao processo do mandado de segurança os artigos do Código de Processo Civil que regulam o litisconsórcio".

As grandes questões a enfrentar são as seguintes: a) o art. 19 da LMS engloba também as hipóteses de assistência? b) a permissão da intervenção do assistente poderá gerar atraso ou mesmo tumulto procedimental, comprometendo a celeridade busca no *writ*?

O assunto não é novo, já havendo vários precedentes em sentido contrário ao cabimento da assistência, com interpretação restritiva à previsão contida no art. 19 da LMS[45].

---

[43] Como o tempo decorrido para a citação de todos os municípios ou todos os candidatos do concurso – mantendo-se os exemplos anteriormente apresentados.

[44] Assim vem se comportando a jurisprudência do STJ: "Recurso especial em mandado de segurança. Licitação. Homologação e adjudicação. Prova da contratação. Dispensa. Perda de objeto. 1. No processo de mandado de segurança**,** é obrigatória a citação da pessoa em favor de quem foi praticado o ato impugnado, em razão de ser litisconsorte necessário, uma vez que a anulação do mencionado ato interferirá na sua esfera jurídica, violando seu direito. 2. A extinção do processo ante a falta da citação somente poderá ser decretada se a parte intimada para providenciar a citação, nos termos do art. 47, parágrafo único do Código de Processo Civil, quedar-se inerte. 3. Recursos especiais parcialmente providos"(REsp 493679 / RS – 2ª Turma – Relator Ministro João Otávio de Noronha – J. em 16/11/2004 – DJ de 17.12.2004). "Recurso ordinário. Processual. Mandado de segurança. Litisconsórcio passivo necessário. Aplicabilidade. Decisão que afeta situação jurídica de terceiros. Citação. Prazo para defesa. Art. 225, VI. Ausência. Nulidade da citação. Matéria de ordem pública. No caso em que a anulação do ato inquinado de violar direito líquido e certo implica em prejuízo para terceiros; ou o contrário, a manutenção do ato implica em vantagem para aqueles, fica demonstrada a necessidade de se instaurar litisconsórcio. Não há, em mandado de segurança, regra específica, diversa da regra geral do art. 46 e seg do CPC, para se apurar a necessidade do litisconsórcio. A citação há que conter, expresso, o prazo para defesa (art. 225, IV, do CPC), sob pena de nulidade. Recurso ordinário provido em parte" (RMS 14106 / MS. 6ª Turma – Rel. Ministro Paulo Medina – J. em 09/12/2003. DJ de 02.02.2004 p. 363).

[45]"1. Intervenção de terceiro. Assistência. Mandado de segurança. Inadmissibilidade. Preliminar acolhida. Inteligência do art. 19 da Lei nº 1.533/51. Não se admite assistência em processo de mandado de segurança. 2. Legitimidade para a causa. Passiva. Caracterização. Mandado de segurança. Impetração preventiva contra nomeação de juiz de Tribunal Regional do Trabalho. Ato administrativo complexo. Presidente da República. Litisconsorte passivo necessário. Competência do STF. Preliminar rejeitada. Aplicação dos arts. 46, I, e 47, caput, do CPC, e do art. 102, I, "d", da CF. O Presidente da República é litisconsorte passivo necessário em mandado de segurança contra nomeação de juiz de Tribunal Regional do Trabalho, sendo a causa de competência do Supremo Tribunal Federal. 3. Mandado de segurança. Caráter preventivo. Impetração contra iminente nomeação de juiz para Tribunal Regional do Trabalho. Ato administrativo complexo. Decreto ainda não assinado pelo Presidente da República. Decadência não consumada. Preliminar repelida. Em se tratando de mandado de segurança preventivo contra iminente nomeação de juiz para Tribunal Regional do Trabalho, que é ato administrativo complexo, cuja perfeição se dá apenas com o decreto do Presidente da República, só com a edição desse principia a correr o prazo de decadência para impetração. 4. Magistrado. Promoção por merecimento. Vaga única em Tribunal Regional

Também em sede doutrinária há posicionamentos contrários à admissão de assistência no mandado de segurança. Carlos Alberto Menezes Direito, após citar argumentos pró e contra o cabimento da assistência, conclui que "a lei 6.071/74, alterando a redação do art. 19 da lei especial, sem meias-palavras, não alcançou a assistência limitando-se a determinar a aplicação ao processo do mandado de segurança dos artigos do Código de Processo Civil que regulam o litisconsórcio. Desse modo, na linha do precedente do Supremo Tribunal Federal[46], entendo não ser admissível o assistente em mandado de segurança"[47].

Antes de manifestar opinião favorável à assistência, não se deve olvidar que referido instituto não enseja, sempre e sempre, tumulto no andamento processual; ou, pelo menos, não gera maior ou menor tumulto do que aquele havido em decorrência da determinação da citação dos litisconsortes necessários[48].

Federal. Lista tríplice. Composição. Escolha entre três únicos juízes que cumprem todos os requisitos constitucionais. Indicação de dois outros que não pertencem à primeira quinta parte da lista de antiguidade. Recomposição dessa quinta parte na votação do segundo e terceiro nomes. Inadmissibilidade. Não ocorrência de recusa, nem de impossibilidade do exercício do poder de escolha. Ofensa a direito líquido e certo de juiz remanescente da primeira votação. Nulidade parcial da lista encaminhada ao Presidente da República. Mandado de segurança concedido, em parte, para decretá-la. Inteligência do art. 93, II, "b" e "d", da CF, e da interpretação fixada na ADI nº 581-DF. Ofende direito líquido e certo de magistrado que, sendo um dos três únicos juízes com plenas condições constitucionais de promoção por merecimento, é preterido, sem recusa em procedimento próprio e específico, por outros dois que não pertencem à primeira quinta parte da lista de antiguidade, na composição de lista tríplice para o preenchimento de uma única vaga"(MS 24414/DF – Relator Min. Cezar Peluso. J. 03.09.2003 – Tribunal Pleno – DJ de 21.11.2003 pp 00009. Ement. vol 2133-03 pp 00440). "Processual civil. Mandado de segurança. Concessão de serviço público. Interesse na causa alegado pela união federal. Pedido de assistência (inadmissibilidade). Mostra-se correto o entendimento firmado pelo v. Acórdão recorrido no sentido do descabimento de assistência no mandado de segurança, tendo em vista o que dispõe o art.19 da lei n. 1533/51, na redação dada pela lei n. 6701/74, que restringiu a intervenção de terceiros no procedimento do writ ao instituto do litisconsórcio. Sendo parte ilegítima para recorrer, como assistente, considera-se inexistente o recurso extraordinário interposto pela união federal. RE não conhecido". (RE 111778 / SP – Relator Min. Célio Borja – J. em 08/09/1987 – 2ª Turma – DJ de 30-10-1987 PG-23814 ement vol-01480-03 PG-00646). **"**Processual civil. Mandado de segurança. Assistência. 1. A assistência não cabe em mandado de segurança, por: a) o art. 19, da Lei 1533, referir-se, exclusivamente, à admissão de litisconsórcio; b) o CPC, em face das dicções dos arts. 19 e 20, da Lei 1533, não é supletivo da lei que regula o procedimento do mandado de segurança; c) a lei prevê procedimento específico para o mandado de segurança, não cabendo ao intérprete ampliá-lo; d) a admissão de assistência em mandado de segurança cria obstáculo para a consecução da celeridade imposta para o seu curso. 2. Precedentes jurisprudenciais pela não admissão: RTJ 123/722/ STF-RT 626/242; RDA 170/132; RSTJ 85/364; STJ RT 732/186; TFR – MAS 106.842, DJU 19.12.85, AI 90.01.11636-1, DJU 24.9.90, P. 22.063, TRF – 1ª R; REO EM MS 8.851, DJU 12.9.95, P. 59.865 TRF 2ª R, AI 94.04. 10.202.4, DJU 29.6.94, TRF – 4ª R; AI 44.240, DJU 19.11.82, p. 16.182, TFR; AI 90.01.024378, DJU 1.10.90, P. 22.817, TRF, 1ª Reg. 3. Posição contrária de Sérgio Ferraz, Alfredo Buzaid e Hely Lopes, além dos precedentes seguintes: AI 43.009, DJU 14.10.82, P. 10361, TFR; MS 90.01.03405-5, P. 22.060, TRF, 1ª Região; AI 89.01.22703-7, DJU 12.2.90, P. 1726, TRF, 1ª Região; RE 78.620, RTJ 72/220; REsp 39.937-8, DJU 5.6.95, P. 16.635, STJ. 4. Apanhado jurisprudencial da obra de Theotônio Negrão (Código de Processo Civil.....31ª edição) e de Sérgio Ferraz (Mandado de Segurança – aspectos polêmicos). 5. Agravo regimental improvido" (AgRg no MS 5690 / DF ; – Rel. Min. Ministro José Delgado – 1ª seção – J. em 13.06.2001 – DJ de 24.09.2001, p. 232.

[46] O precedente citado foi o acórdão lavrado pela 2ª Turma do STF, com o voto condutor do Ministro Célio Borja, disponível em RTJ 123/722.

[47] *Manual do mandado de segurança*. Cit. p. 117.

[48]Sérgio Ferraz também refuta os argumentos contrários à aceitação da assistência no mandado de segurança, aduzindo que: "I- muito mais que a assistência, o litisconsórcio, sim, é suscetível de dilargar o rito da ação, e nem assim foi aqui excluído. II- ademais disso, como realça o art. 50 do CPC, a assistência tem lugar em todos os tipos de procedimento e todos os graus de jurisdição – sem exceção. E por sobre tudo isso paira a moldura constitucional do mandado de segurança, que esteia sempre os parâmetros mais amplos, de realização dessa garantia fundamental". *Mandado de segurança e acesso à justiça*. 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, p. 769.

Ora, consoante já exposto, a citação de vários litisconsortes passivos também pode gerar atraso na tramitação do feito e nem por isso é dispensável tal conduta, sob pena de gerar vício processual.

Realmente, a assistência é admitida em todos os tipos de procedimentos (comum –sumário e ordinário, e especial), não se encontrando razões para a interpretação restritiva ao art. 19 da LMS[49]. E mais, não se deve olvidar que a autoridade coatora, caso apresente recurso, atuará na qualidade de terceiro[50] e não de parte, pelo que será espécie de *assistência em sede recursal*[51][52].

Ademais, importante é observar que o art. 19 LMS expressa menos do que deveria, considerando que não é apenas em relação ao litisconsórcio que se aplica o Código de Processo Civil, sendo este subsidiariamente utilizado em outros incidentes processuais, como: a) recurso e seu respectivo prazo; b) coisa julgada; c) execução de eventual reflexo pecuniário. Ora, não se vê razões para não aplicar a legislação adjetiva tão-somente em relação à assistência.

A rigor, não há maior delonga no andamento processual ao se aceitar a intervenção do assistente[53], inclusive em sede recursal. O incidente que poderá ocorrer, mas que não deve ser considerado óbice a esta modalidade interventiva, é o indeferimento do requerimento de assistência e eventual recurso por parte do interessado (art. 51 do CPC).

Conclui-se observando que, se é admitida a assistência em sede recursal (inclusive o recurso da própria autoridade coatora), não se vislumbra óbice para

---

[49] Hely Lopes Meirelles também defende que: "quanto ao *assistente* – já o dissemos -, pode ingressar nos autos a qualquer tempo, com aquiescência das partes, recebendo o processo no estado em que estiver e manifestando-se sempre na linha do assistido, pois não é parte na ação e não pode inovar a lide. Pode apenas reforçar a postulação da parte a que assiste. Não se confunda, portanto, *assistente* com o *litisconsorte*, pois cada um tem situação processual diferente na demanda". *Mandado de segurança*. Cit. p. 67. Também Cassio Scarpinella Bueno manifesta-se sobre o cabimento da assistência no mandado de segurança, ao comentar o art. 19 da LMS. De acordo com suas lições: "como quer que seja, muito menos pela literalidade do dispositivo e muito mais pela natural aplicação subsidiária do Código de Processo Civil a toda e qualquer legislação processual extravagante naquilo que não conflitar com sua especialidade, também o instituto da assistência tem aplicação no mandado de segurança". *Mandado de segurança*. Cit. p. 150.

[50] Humberto Theodoro Júnior também defende que: "o recurso do terceiro interessado apresenta-se como forma ou modalidade de 'intervenção de terceiro'na fase recursal. Equivale à assistência, para todos os efeitos, inclusive de competência". *Curso de direito processual civil.* volume I, 40ª edição. Rio de Janeiro : Forense, 2003, p. 507. Já Nelson Nery Jr e Rosa Maria de Andrade Ney expressamente defendem, nos comentários ao art. 499, §1°, do CPC, que: "a norma regula, portanto, a legitimidade e o interesse recursal do terceiro prejudicado. O terceiro prejudicado não é assistente". *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor.* 6ª edição. São Paulo : RT, 2002, p. 831.

[51] Este recurso será fundado no art. 499, §1°, do CPC. *In casu*, a autoridade coatora recorre não na qualidade de parte, mas de terceiro prejudicado, considerando que em decorrência da decisão no mandado de segurança alguma conseqüência administrativa (*v.g,* instauração de processo disciplinar visando a apuração da responsabilidade administrativa decorrente do mesmo ato objeto do *mandamus*) ou mesmo judicial (*v.g,* ação de regresso) pode lhe ser imputada.

[52] Tal raciocínio não se aplica ao litisconsorte necessário não citado, que poderá recorrer (ou mesmo impetrar outro MS) visando a declaração de nulidade processual, como já mencionado anteriormente.

[53] No mesmo sentido, defende Athos Gusmão Carneiro: "não há, destarte, *data venia*, como sustentar o entendimento de que a assistência seria instituto menos compatível com a natureza do mandado de segurança, prejudicando sua simplicidade procedimental. Ao contrário, sem prejuízo da desejável rapidez em sua tramitação, a aceitação da assistência virá, como o litisconsórcio, a ampliar a eficiência do *writ* como moderno instrumento de busca da justiça". *Mandado de segurança. Assistência e amicus curiae*. Cit. p.218.

admissão desta modalidade interventiva durante o próprio procedimento originário do *mandamus.*

De toda sorte, havendo hipótese enquadrável no art. 50 do CPC, deve-se admitir o cabimento de assistência no mandado de segurança[54], não apenas durante o seu procedimento originário, mas também em sede recurso, com a possibilidade de recurso pela própria autoridade coatora[55], ou pelo assistente que intervém no feito desde (ou a partir) da impetração.

BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Mandado de segurança e autoridade coatora*. São Paulo : LTr, 2000.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Aspectos envolvendo o direito líquido e certo, a decadência e a coisa julgada no mandado de segurança*. Revista Dialética de Direito Processual nº 16. São Paulo : Editora Dialética, julho/2004.

_____. *Meios de defesa do litisconsorte passivo necessário não citado*. In *Aspectos Polêmicos e Atuais sobre os Terceiros no Processo Civil e assuntos afins*. Fredie Didier Jr e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord). São Paulo : Revista dos Tribunais, 2004.

AROCA, Juan Montero. *La intervencion adhesiva simple – contribuicion al estudio de la pluralidad de partes en el proceso civil*. Barcelona : Editorial Hispano Europea, 1972.

ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações.* 4ª edição. Sao Paulo : RT, 2002.

---

[54] Edmir Netto de Araújo defende que: "é admissível também no mandado de segurança a figura da *assistência* de órgão ou entidade, ou de interessado, para auxiliar o impetrado ou o impetrante, a qualquer tempo, em princípio sem a extensão dos efeitos da sentença a esse interveniente. Naturalmente, para a admissão do assistente, deve ser comprovado o legítimo interesse, mesmo que indireto, na decisão da lide". *Mandado de segurança e autoridade coatora*. São Paulo : LTr, 2000, p. 70.

[55] Registra-se julgado de 1974 onde o STF entendeu o cabimento de assistência da pessoa jurídica de direito público ao seu funcionário apontado como autoridade coatora. Esta é a decisão: "Mandado de segurança. - assistência. Pode a pessoa jurídica de direito público interior como assistente de seu funcionário, apontado como coator em mandado de segurança. Recurso extraordinário conhecido e provido". RE 78.620 / GB – Guanabara – Relator Min. Rodrigues Alckmin – J. em 20/09/1974 - 1ª Turma – DJ de DJ 11-10-1974). Já no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, em precedente mais recente, admitiu a intervenção assistencial da pessoa jurídica de direito público: "Mandado de segurança - Processual civil - Assistência – Legitimidade para apelar - lei 1.533/51 (art. 19). 1. Embora regido por lei especial, ao processo do mandado de segurança aplicam-se os dispositivos do Código de Processo Civil versando o litisconsórcio e a assistência (art. 19, lei 1.533/51; arts. 46 a 55, CPC). A pessoa jurídica de direito público pode intervir como assistente. 2. A legitimidade para recorrer cabe a pessoa jurídica de direito publico e não a autoridade coatora. No caso, a fazenda estadual não tem a representação judicial da pessoa jurídica de direito publico, representada pela procuradoria geral do estado. 3. Admissão da fazenda estadual, como assistente, sem obediência ao incidental procedimento de impugnação (art. 51, CPC), viciando o processamento da sua apelação e do conseqüente recurso especial. 4. Recurso não conhecido". (REsp 39937 / SP – 1ª Turma – Rel. Ministro Milton Luiz Pereira – J. em 17/05/1995 – DJ de 05.06.1995 p. 16635).

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Curso de Processo Civil*. vol. 1. 5ª edição. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000.

BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança.* 10ª edição. Rio de Janeiro : Forense, 2000.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e Terceiros no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo : Saraiva, 2003.

_____. *Mandado de segurança*. São Paulo : Saraiva, 2002.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil,* vol. III, 5ª edição, Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2003.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Mandado de segurança. Assistência e amicus curiae*. Revista de Processo 112. São Paulo : RT, 2003.

CAVALCANTE, Montavanni Colares. *Mandado de segurança*. São Paulo : Dialética, 2002

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. Napoli : Jovene, 1980, p. 578

COMOGLIO, Luigi Paolo, FERRI, Corrado e TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 2° edição. Bologna : Mulino, 1995.

CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. *Legitimidade passiva em mandado de segurança contra ato judicial*. 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

DIDIER Jr, Fredie. *Recurso de terceiro : juízo de admissibilidade.* São Paulo : RT, 2002.

_____. *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.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, 3ª edição, São Paulo : Malheiros, 2003.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Manual do mandado de segurança.*4ª edição. Rio de Janeiro : Renovar, 2003.

FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança (individual e coletivo) - aspectos polêmicos*. 3ª edição. São Paulo : Malheiros, 1996.

_____. *Mandado de segurança e acesso à justiça*. 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.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança*. 5ª edição. São Paulo : Malheiros, 2004.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diretto processuale civile,* vol. I. 3ª edição. Milano : Giuffrè, 1973.

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 (coord). São Paulo : RT, 2002.

MEIRELLES. Hely Lopes. *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.

NEGRÃO, Theotônio. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 2ª edição. São Paulo : Saraiva, 2001

NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor.* 6ª edição. São Paulo : RT, 2002.

REMÉDIO, José Antonio. *O mandado de segurança na jurisprudência.* 2ª edição. São Paulo : Saraiva, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. volume I, 40ª edição. Rio de Janeiro : Forense, 2003.