

VARIÁVEIS ACARCA DO CABIMENTO DE INTERVENÇÃO DE TERCEIROS NO MANDADO DE SEGURANÇA

JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO, pós-doutor (Universidade de Lisboa), doutor e mestre em direito (Universidade Federal do Pará), professor titular da UNAMA, CESUPA e FACI. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Procurador do Estado do Pará e advogado.

1- Colocação do tema

No presente ensaio, procura-se enfrentar aspectos ligados ao cabimento de intervenção de terceiros no mandado de segurança, em decorrência da especialidade procedimental.

Consoante previsão do art. 1º da LMS, é cabível o *mandamus* para defender direito líquido e certo¹ contra ato de autoridade. Contudo, alguns problemas práticos podem advir da conceituação, como: a) a autoridade coatora é ré no mandado de segurança? b) é admitida pelo sistema a presença, como sujeito passivo, de pessoa física ou jurídica alheia a qualquer conotação pública? c) é admissível intervenção de assistente e de *amicus curiae* no mandado de segurança?

São indagações que ainda não restam totalmente resolvidas em sede doutrinária e jurisprudencial, mesmo com a promulgação da nova Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/09) e merecem aprofundamento neste trabalho.

2- Partes no mandado de segurança

O primeiro aspecto a ser enfrentado, e que já desafia a doutrina especializada, diz respeito ao conceito de *parte* no mandado de segurança, *ex vi* art. 5º, LXIX da CF/88 c/c art. 1º da nova Lei do Mandado de Segurança (LMS).

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

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

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.

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 (art. 21 da LMS).

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 Mantovanni 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 líquido e certo, bem como na conjuntura do mandado de segurança coletivo”².

Realmente, prevê o art. 3º da LMS importante instrumento de defesa de interesse do legitimado ordinário quando este, notificado, deixa de impetrar seu *mandamus*³. Assim, é possível identificar a possibilidade de impetração pelo interessado decorrente, apenas em decorrência da omissão do legitimado prioritário, comprovada pelo não atendimento à notificação em prazo razoável⁴.

Cassio Scarpinella Bueno conclui, ao comentar o art. 3º da antiga Lei do Mandado de Segurança, 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, art. 54), uma vez que a sentença produzirá efeitos diretamente em sua própria esfera jurídica”⁵.

Assim, 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.

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

As reformas advindas da Lei 12.016/09 ampliam esta discussão. Pela análise da nova lei, a participação do representante judicial da pessoa jurídica foi ampliada, eis que: a) recebe cópia da petição inicial (art. 6º), b) toma ciência do despacho da inicial (art. 7º, II) e da própria decisão que conceder o mandado (art. 13). O art. 14, §2º, estende à autoridade coatora o direito de recorrer. Contudo, a ampliação da participação do representante judicial da pessoa jurídica (aliada a legitimidade recursal da autoridade coatora), inclusive em condutas que anteriormente eram dirigidas apenas à autoridade coatora, é na condição de parte ou de litisconsorte?

² *Mandado de segurança*. São Paulo : Dialética, 2002, p. 57.

³ 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.

⁴ Está tramitando o Projeto de Lei da Câmara 125/2006, que pretende alterar a legislação referente ao mandado de segurança. No que respeita ao aspecto ora em comento, o projeto pretende fixar o prazo de 30 (trinta) dias para a manifestação do titular do direito líquido e certo, quando notificado judicialmente (art. 3º).

⁵ *Mandado de segurança*. São Paulo : Saraiva, 2002, p. 40.

A atuação do representante judicial da pessoa jurídica e da própria autoridade coatora permite a provocação acerca do papel de cada um no mandado de segurança. A autoridade, *v.g.*, é parte ou mera informante? 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”⁶.

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

Destarte, Lúcia Valle Figueiredo assevera 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”⁷.

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 público⁸⁻⁹.

Portanto, parece mais razoável o entendimento 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 prova¹⁰. Sendo informante, não deve

⁶ *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, 'habeas data', ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. 26ª edição. São Paulo : Malheiros, 2003, p.57-58.

⁷ *Mandado de segurança*. 5ª edição. São Paulo : Malheiros, 2004, p. 23.

⁸ 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).

⁹ 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.

¹⁰ 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.

ser qualificada como litisconsorte¹¹, nem como parte e nem mesmo como assistente litisconsorcial passivo¹².

Outrossim, a legitimidade recursal é da pessoa jurídica de direito público, podendo a autoridade coatora também apresentar recurso, mas na qualidade de terceiro interessado¹³ 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 consequência impeditiva de promoção. Logo, a permissão recursal prevista na nova LMS (art. 14,§2º), é na condição de terceiro e por meio de advogado contratado.

3- Litisconsórcio, assistência e *amicus curiæ* no mandado de segurança: variações sobre o tema

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

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

Questão a ser enfrentada no momento refere-se ao papel do terceiro eventualmente atingido pelo mandado de segurança.

É muito comum, na prática forense, encontrarmos situações que dizem respeito a servidor público nomeado, cujo concurso é objeto de impugnação judicial, 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*

¹¹ 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.

¹² “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.

¹³ 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*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002, p. 133.

pela decisão judicial: são terceiros totalmente alheios ao procedimento mandamental, assistentes ou litisconsortes passivos necessários?

Ora, considerando s que não há litisconsórcio entre a autoridade coatora e a pessoa jurídica de direito público, o *litisconsórcio* previsto no art. 24 da LMS por certo envolve hipóteses como as indicadas acima, em que um *terceiro* poderá ser atingido pelo julgado.

Logo, nos casos em que o ato impugnado gera direito a terceiros, estes devem ser *citados na qualidade de litisconsortes passivos necessários*, inclusive atendendo ao disposto na Súmula 631 do STF¹⁴.

Aliás, analisando o art. 19 da antiga LMS (Lei 1.533/51), ensinou 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 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”¹⁵.

Não se deve olvidar que se trata de litisconsórcio necessário *simples* (*ex vi* do 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 necessários¹⁶.

¹⁴ “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*. 10ª edição, Rio de Janeiro : Forense, 2000, p. 126.

¹⁵ *Do mandado de segurança*. 10ª edição, Rio de Janeiro : Forense, 2000, p. 129.

¹⁶ 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. Provitamento. 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 omissis no julgado. Embargos conhecidos e providos para, dando efeito modificativo ao “decisum”, anular o processo a

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 processuais poderão comprometer a celeridade buscada no procedimento, inclusive com incidentes processuais por vezes insuperáveis¹⁷.

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 atingida¹⁸.

3.2- A assistência e amicus curiæ no mandado de segurança

Outro aspecto a ser enfrentado refere-se ao cabimento de assistência e de intervenção como amicus curiæ no mandado de segurança. As questões a serem enfrentadas são as seguintes: a) o art. 24 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*? c) É cabível a atuação de amicus curiæ?

A temática envolvendo as duas primeiras indagações não é nova, havendo precedentes em sentido contrário à assistência no *mandamus*¹⁹.

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 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.

¹⁷ Como o tempo decorrido para a citação de todos os municípios ou todos os candidatos do concurso – mantendo-se os exemplos anteriormente apresentados.

¹⁸ Vejamos 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).

¹⁹1. 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

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 Federal²⁰, entendo não ser admissível o assistente em mandado de segurança"²¹.

Antes de manifestar opinião favorável à assistência, mister afirmar que referido instituto não provoca, sempre e sempre, tumulto no andamento processual; ou, pelo menos, não gera maior ou menor tumulto do que o havido em decorrência da determinação da citação dos litisconsortes necessários²².

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 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.

²⁰ 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.

²¹ *Manual do mandado de segurança*. 4ª edição. Rio de Janeiro : Renovar, 2003, p. 117.

²² Sérgio Ferraz também refuta os argumentos contrários à aceitação da assistência no mandado de segurança, aduzindo que: "l- muito mais que a assistência, o litisconsórcio, sim, é suscetível de dilatar o rito

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. 24 da LMS²³. E mais, não se pode deixar de ratificar que a autoridade coatora, caso apresente recurso, atuará na qualidade de terceiro²⁴, pelo que será espécie de *assistência em sede recursal*²⁵⁻²⁶.

A rigor, não há maior delonga no andamento processual ao se aceitar a assistência²⁷, 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 admissão desta modalidade interventiva durante o próprio procedimento originário do *mandamus*.

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.

²³ Hely Lopes Meirelles 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.

²⁴ 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, §1º, 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.

²⁵ Este recurso será fundado no art. 499, §1º, 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 consequência 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.

²⁶ 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.

²⁷ 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.

Destarte, ocorrendo hipótese enquadrável no art. 50 do CPC, deve-se admitir o cabimento de assistência²⁸, não apenas durante o seu procedimento originário, mas também em sede recurso, pela autoridade coatora²⁹, ou pelo assistente que intervém no feito desde (ou a partir) da impetração.

Outro aspecto também complexo refere-se ao cabimento de intervenção do *amicus curiae* no mandado de segurança.

Como é sabido, esta forma de intervenção passou a ser mais difundida na legislação brasileira a partir das alterações ocorridas na Lei 6.385/1976, decorrentes da Lei 6.616/1978, passando a admitir a intervenção da Comissão de Valores Mobiliários em processos individuais. Ela também é prevista nas ações de controle de constitucionalidade, nos incidentes de formação de Súmula Vinculante, de repercussão geral, de recursos especiais repetitivos e mesmo nas hipóteses previstas no art. 5º, parágrafo único, da Lei 9.469/97.

Contudo, em sede de mandado de segurança o assunto não detém unanimidade. O STF já decidiu que:

“Agravo regimental. Suspensão de segurança. Assistência. *Amicus curiae*. Descabimento. 1. Consolidação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de não ser admissível assistência em mandado de segurança, porquanto o art. 19 da Lei 1.533/51, na redação dada pela Lei 6.071/74, restringiu a intervenção de terceiros no procedimento do writ ao instituto do litisconsórcio. 2. Descabimento de assistência em suspensão de segurança, que é apenas uma medida de contracautela, sob pena de desvirtuamento do arcabouço normativo que disciplina e norteia o instituto da suspensão (Leis 4.348/64, 8.437/92 e 9.494/97). 3. Pedido de participação em suspensão na qualidade de *amicus curiae* que não foi objeto da decisão ora agravada, além de ser manifestamente incabível. 4.

²⁸ 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.

²⁹ 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 público e não a autoridade coatora. No caso, a fazenda estadual não tem a representação judicial da pessoa jurídica de direito público, 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 consequente 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).

Agravo regimental improvido” (SS-AgR-segundo/ RJ – Rel. Min. Ellen Gracie. DJE de 19-06-2008 PUBLIC 20-06-2008 EMENT VOL-02324-02 PP-00234).

Não se pode negar que a especialidade do procedimento pode significar entrave à aceitação das formas de intervenção de terceiros. Contudo, assim como se defende cabível assistência no mandado de segurança, também não se vislumbra qualquer impedimento à aceitação do *amicus curiae*, levando em conta seu papel jurídico e o interesse público que normalmente fundamenta seu pedido de intervenção.

Ademais, acredita-se que não haverá grande tumulto processual na sua admissão³⁰. Talvez, em algum caso concreto, haja a necessidade de limitação de intervenção, mas não a sua total proibição.

Contudo, deve o magistrado ter a cautela de analisar a pretensão daquele que pretende intervir: se visa esclarecer ponto crucial dos debates ou ampliar a dilação probatória, o que é vedado em sede mandamental, há de ser indeferida a intervenção, exatamente pela restrição cognitiva do procedimento. Por outro lado, se pretende efetivamente esclarecer aspecto relevante da discussão, não se vislumbra qualquer impedimento³¹; pelo contrário, deve-se prestigiar esta modalidade de intervenção e de esclarecimento de aspectos afetos à especialidade do interveniente.

Enfim, trata-se de análise situacional. O caso concreto irá indicar a possibilidade ou não de intervenção do *amicus curiae*, não parecendo razoável vedar abstratamente esta modalidade de intervenção no procedimento mandamental.

³⁰ Athos Gusmão Carneiro também observa que: “embora forte corrente jurisprudencial ainda considere incabível qualquer modalidade de intervenção de terceiro na *ação de mandado de segurança*, as mais ponderáveis razões jurídicas e pragmáticas indicam, neste momento em que o Direito busca a *eficiência* no processo, capacitando-o à *justa resolução da lide com base em um contraditório amplo*, a necessidade de abandonar a orientação restritiva e, assim, *permitir que o terceiro interessado, máxime um Sindicato, possa intervir no processo do mandamus quer como assistente litisconsorcial, quer em assistência simples, quer, quiçá, se a demanda versar matéria de interesse público, na qualidade de amicus curiae*”. *Mandado de segurança. Assistência e amicus curiae*. Revista de Processo 112, São Paulo : RT, 2003, p. 219.

³¹ Cassio Scarpinella Bueno ensina que: “se o intuito da pessoa jurídica for o de expandir a convicção judicial com base na necessária *produção de provas*, certamente seu ingresso será indeferido. Não por se tratar da intervenção de um terceiro ou de um *amicus curiae*, entretanto. Mas, bem diferentemente, porque o procedimento especial do mandado de segurança não comporta dilação probatória. No entanto, caso o ingresso da pessoa jurídica de direito público justifique-se apenas para o *esclarecimento* de questão de fato ou de direito já posta no mandado de segurança e que não enseja qualquer dilação probatória, não há por que negar, com base nesse fundamento ao menos, a intervenção”. *Amicus curiae* no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático. São Paulo : Saraiva, 2006, p. 601.