O LITISCONSÓRCIO NO MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL

Marcos Afonso Borges*

Resumo

A autor discorre sobre o instituto do litisconsórcio na ação de mandado de segurança na Constituição Federal, no Código de Processos Civil e na legislação pertinente à matéria, enfocando a relação jurídica no mandado de segurança, a intervenção de terceiro e suas implicações.

Palavras-chave: Direito Processual Civil; Direito Constitucional; Mandado de Segurança; Litisconsórcio.

Introdução

Vêm os tribunais do País decidindo, quase que de forma uníssora e calcados em ponderável parcela de doutrinadores,[1] que na hipótese de mandado de segurança impetrado contra ato judicial,[2] a citação do terceiro (não impetrante e beneficiado pelo ato) é necessária sob pena de nulidade do processo, dada a manifesta existência de litisconsórcio necessário entre este e o julgador.[3]

Sem embargo do entendimento prevalente, ousamos, *concessa venia*, discordar, por entendermos, como se tentará demonstrar a seguir, inexistir, na hipótese, a mencionada figura jurídica, como também por vislumbrarmos nesse chamamento do terceiro um flagrante prejuízo ao bom andamento do processo e à real, eficaz e rápida prestação jurisdional que o *mandamus* visa conseguir.

Um dos argumentos centrais invocados como determinadores da opinião majoritária é o de que a admissibilidade do litisconsorte está

---

* Prof. Honorário da Faculdade de Direito e Ciências Sociais da Pontifícia Universidade Bolivariana de Medellin, Colômbia. Membro Titular da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Advogado.

prevista, de forma expressa, na Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de1951 artigo 19,[4] e que assim sendo deve ser considerado "litisconsorte passivo necessário aquele a quem afeta a consessão de segurança", devendo o terceiro integrar a relação processual sob pena de nulidade.[5]

O nosso Código de Processo Civil, em seus artigos 46 a 49,[6] disciplina o instituto do litisconsórcio, devendo ser evidenciado que: a) o seu fundamento jurídico consiste na identidade de direitos dos litisconsortes, que, por isso, devem estar na mesma posição frente ao adversário na relação posta em juízo, objetivando, assim, a economia processual e a harmonia entre as manifestações do Poder Judiciário; b) com relação às partes, o litisconsórcio pode ser: ativo (vários autores contra o mesmo réu) passivo (um autor contra mais de um réu), e misto ou recíproco (vários sujeitos ativos contra inúmeros sujeitos passivos); c) no pertinente ao momento de sua formação, ele pode ser: inicial (consumado ao se estabelecer a relação jurídica processual) e ulterior (verificado após a instauração da relação jurídica processual); d) referentemente à influência da vontade das partes na sua formação ele pode ser: necessário (quando o litisconsorte tem que estar em juízo) e facultativo, subdividido em irrecusável (uma vez chamado, o litisconsorte não pode deixar de atender ao chamamento) e recusável (quando o litisconsorte não necessita de anuir ao chamamento); e) com referência a exigência ou não de que a decisão seja uniforme em relação a todos os litisconsortes, ele pode ser unitário (quando a decisão tem que ser uniforme) e simples(caso contrário).

No que toca especificamente ao denominado litisconsorte necessário, que é o que nos interessa, tendo em vista a redação dada ao artigo 47,[7] ao que tudo indica, o mencionado dispositivo especifica as condições para que o litisconsórcio seja necessário, identificando a este o unitário, muito embora a doutrina pátria seja quase uníssona no sentido da individualidade do litisconsórcio unitário[8].

Ocorre que nem sempre a solução uniforme da causa em relação a todas as partes (litisconsórcio unitário) produz litisconsórcio necessário (exemplo, ação de um acionista para anular a deliberação da assembléia de uma sociedade anônima – a solução é uniforme para todos os acionistas), e pode haver litisconsórcio necessário no qual a decisão não tenha que ser uniforme para todas as partes (exemplo, ação de usucapião de terras particulares em que é necessária a citação de todos os confinan-

tes e que, em face da impugnação de um dos confrintantes, o pedido foi julgado procedente em parte, com exlusão da área impugnada).[9]

Tendo em vista o que ficou dito acima, quer parecer-nos que a expressão *à quem afeta a concessão* significa, salvo melhor juízo, aquela pessoa a quem, em virtude da natureza da relação jurídica, o juíz terá de decidir a lide uniformemente. Sendo assim, deflui-se, *concessa venia*, que, no caso, inexiste litisconsórcio em qualquer uma de suas espécies.

De feito, sendo certo que, ao se movimentar a máquina judiciária em estabelece-se duas espécies de relações totalmente independentes – uma de direito processual, determinada pela ação, e outra de direito material, provada pelo pedido pela demanda –, verifica-se que da primeira participam as partes, o juiz e os órgãos auxiliares; e da segunda, somente as partes: o autor buscando o reconhecimento material e o réu pelejando no sentido de não se submeter ao pedido.[10]

Acontece que no mandado de segurança contra ato judicial só se forma uma relação, *sui generis*, de natureza processual, entre o impetrante, o julgador de cujo ato se rebela o autor e a autoridade competente para decidir o *mandamus*. Não há lide.

Assim, não sendo o juiz de cujo ato se impetrou a medida parte, ele não tem interesse material e nem processual, redundando disso, obviamente, a conclusão de que inexiste relação jurídica de terceiro a ser afetado pelo ato judicial que apreciar o mandado de segurança, não se podendo, assim, falar na obrigatoriedade da citação do terceiro como condição de validade do processo.

E não é só.

Igualmente como na situação anterior, não há também identidade de direitos entre litisconsorte e a parte ao lado da qual deve ficar frente ao adversário, pois além de o juiz não ter direito substancial – tanto que ele não apresenta constestação ao pedido –, não pode recorrer do ato que apreciar o mandado. Por outro lado a sua participação se dá em virtude de notificação e não de citação (II), inexistindo, destarte, a possibilidade de revelia.

A determinação da citação do terceiro para integrar a relação que é unicamente processual e *suigeneris*, como se viu, descaracteriza, *data venia*, a figura do litisonsorte e impede que a prestação jurisidicional seja entregue de pronto, objetivo primordial do mandado de segurança.

Estabelecidas as condicionantes acima, na hipótese em foco, a única forma de intervenção de terceiro é a intervenção no processo via de assistência simples[12] ou da substituição processual ao sujeito ativo.[13]

Do exposto, concluímos:

a) No mandado de segurança contra ato judicial forma-se, somente uma relação de direito processual entre o impetrante, a autoridade que proferiu o ato e o julgador do *mandamus*.

b) Não sendo a autoridade coatora parte, e não tendo interesse e nem direito, impossível configurar-se a possibilidade da existência do litisconsórcio necessário entre ela e o terceiro, que supostamente seria o beneficiado pelo ato.

c) A obrigatoriedade da citação do terceiro, no caso, desfigura o instituto do litsiconsorte e atenta contra os objetivos do mandado de segurança.

d) Pode-se admitir a intervenção de terceiro somente no processo e não na lide – que no caso inexiste – , por meio de assistência simples e da substituição processual.

NOTAS

1 – Celso Agrícola Barbi, do *mandado de segurança*, pág. 183 e segs., Forense Rio de Janeiro, 3ª edição; Cândido Rangel Dinamarco, "Litisconsórcio", pág. 121, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1986; José Raimundo Gomes da Cruz, "mandado de segurança contra ato judicial", in mandado de segurança e de injunção, coordenado por Sálvio de Figueiredo Teixeira, pag. 307, Saraiva, São Paulo, 1990.

2 – Hoje é quase pacífico, tanto na doutrina como na jurisprudência, a admissibilidade do mandado de segurança contra ato judicial.

3 – "É litisconcórcio passivo necessário aquele a quem afeta a concessão da segurança" (Ac. do STF in Theotônio Negrão, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, nota 4 ao art. 19, pag. 144, Saraiva, São Paulo, 26.ª ed.). Vide acórdãos in RTJ 31/228, 78/877.

4 – "Aplicam–se ao processo do mandado de segurança os artigos do Código de Processo Civil que regulam o litisconsórcio".

5 – "Em mandado de segurança, é obrigatório a citação da pessoa a favor de quem foi praticado o ato impugnado para compor a relação

processual e como litisconsorte necessário "(Ac. do STF in Theotônio Negrão, obra citada, nota 4, art. 19, pág. 144).

6 – "Art, 46. Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativo ou passivamente, quando:

I – entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide.

II – os direitos ou as obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito.

III – entre as causas houver conexão pelo objeto ou pela causa de pedir.

IV – ocorrer afinidade de questões por um ponto comum de fato e de direito".

"Art, 47. Há liticonsórcio necessário quando por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficásia dependerá da citação de todas os litisconsortes no processo".

7 – Vide nota anterior.

8 – Dentre outros, vide: José Carlos Barbosa Moreira, *Listisconsórcio unitário*, pags. 177 e segs, Forense, Rio de Janeiro, 1.ª ed.; Cândido Rangel Dinamarco, obra citada, pags. 82 e segs; Mathias Lambauer, *Do litisconsórcio necessário*, pags. 24 e segs., Saraiva, São Paulo, 1982.

9 – Celso Agrícola Barbi, *Comentários ao Código de Processo Civil*, pags. 257 e segs., Forense, Rio de Janeiro, 2.ª ed.

10 – Vide nossos *Princípios de Direito Processual*: Civil e Agrário, pags. 53 e segs, Cejup, Belém 1991.

11 – O vigente Código de Processo Civil (Lei n.º 5.869 de 11/01/73) dispõe no artigo 213 "que citação é o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado para se defender". Segundo a doutrina, a notificação é o ato pelo qual se dá ciência a alguém para fazer ou deixar de fazer alguma coisa, sob certa cominação.

12 – O professor Carreira Alvim, em excelente artigo sob título de "Assistência litisconsorcial no mandado de segurança contra ato judicial, in *Revista Jurídica*, n.º 204, outubro/94, págs. 20 e seguintes, sustenta que "a parte beneficiária do ato impugnado não deve ser

posicionada como litisconsorte necessário do juiz", e que a posição dele encaixa-se mais na moldura do art. 54, ou seja, na posição de assistente litisconsorcial.

Ousamos, neste último aspecto, discordar do eminente mestre, pois sustentamos que no caso inexiste relação de direito material. Admitimos somente a assistência simples e a substituição.