

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

Vanessa Aparecida Cancian

A FORMAÇÃO DO LITISCONSÓRCIO UNITÁRIO
NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Porto Alegre

2013

Vanessa Aparecida Canciam

A FORMAÇÃO DO LITISCONSÓRCIO UNITÁRIO
NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito parcial para obtenção do grau
de Bacharel em Direito pelo curso de
graduação da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Klaus Cohen-Koplin

Porto Alegre

2013

Vanessa Aparecida Canciam

A FORMAÇÃO DO LITISCONSÓRCIO UNITÁRIO
NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito parcial para obtenção do grau
de Bacharel em Direito pelo curso de
graduação da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Klaus Cohen-Koplin

Professor Doutor Daniel Mitidiero

Professor Doutor Sérgio Luís Wetzel de Mattos

Porto Alegre, 9 de julho de 2013

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao corpo docente e técnico da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul pela contribuição indispensável que deram a minha formação acadêmica. Em especial, agradeço ao meu orientador, Professor Doutor Klaus Cohen-Koplin, pela disponibilidade, pelos conselhos e pela correção do texto original, apoio sem os qual este trabalho não alcançaria bom termo.

Sou grata ainda a todos os professores das disciplinas de Processo Civil com os quais tive contato, em sala de aula ou por meio dos livros que eles nos deixaram, como é o caso do Professor Ovídio Araújo Baptista da Silva, cuja arguta, crítica e profícua produção teórica inspira e inspirará muitos interessados em direito processual.

Aos amigos que a faculdade me deu, agradeço pelas muitas e boas horas de convivência que aqui tivemos e pelas que ainda viveremos fora dos portões da Egrégia. Aos amigos de sempre, agradeço pela compreensão e conforto que nunca me faltaram, principalmente nos momentos em que mais precisei.

Por fim, agradeço àqueles que dão sentido a tudo que faço, inclusive a este trabalho: ao meu pai (*in memoriam*), a minha mãe, e ao Antônio.

RESUMO

O presente trabalho acadêmico examina a questão da necessidade ou não da formação do litisconsórcio unitário no processo civil brasileiro. Investigam-se quais perspectivas doutrinárias quanto ao tema estão de acordo com o modelo constitucional de processo civil. Verifica-se também, em hipótese de litisconsórcio facultativo unitário constituído de forma incompleta, quais podem ser os efeitos processuais para colegitimados que estiveram ausentes na demanda. Para tanto, a pesquisa analisa as principais considerações doutrinárias e jurisprudenciais a respeito das disposições legais referentes ao litisconsórcio, previstas nos Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973, a partir do enfoque exigido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Palavras-chave: Litisconsórcio. Unitário. Formação. Processo Civil Brasileiro.

RÉSUMÉ

Ce travail académique examine s'il y a (ou non) la nécessité de la formation du litis consortium unitaire dans la procédure civile brésilienne. Il recherche quelles perspectives doctrinales sur le sujet sont en conformité avec le modèle constitutionnel de procédure civile. Il vérifie aussi, en cas de litis consortium facultatif unitaire constitué de forme incomplète, quels sont les effets procéduraux pour les autres parties qui ont été absents de l'affaire. Par conséquent, la recherche analyse les principales considérations doctrinales et jurisprudentiels concernant les dispositions légales en matière de litis consortium, qui sont prévues dans les Codes de Procédure Civile de 1939 et de 1973, à partir de l'approche exigée par la Constitution de la République Fédérative du Brésil de 1988.

Mots clé: Litis consortium. Unitaire. Formation. Procédure Civile Brésilienne.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE O LITISCONSÓRCIO	14
2.1 LITISCONSÓRCIO E PROCESSO JUSTO	14
2.2 LITISCONSÓRCIO: NOÇÕES GERAIS	16
2.3 LITISCONSÓRCIO: CLASSIFICAÇÃO	18
2.4 LITISCONSÓRCIO: FORMAÇÃO	19
2.5 LITISCONSÓRCIO: BREVES APONTAMENTOS HISTÓRICOS-COMPARATÍSTICOS	22
3. LITISCONSÓRCIO UNITÁRIO NO CPC DE 1939	25
3.1 LITISCONSÓRCIO NO CPC DE 1939: FORMAÇÃO	25
3.2 LITISCONSÓRCIO NO CPC DE 1939: AS TRÊS FIGURAS	27
3.3 LITISCONSÓRCIO NO CPC DE 1939: O LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO	27
3.4 LITISCONSÓRCIO NO CPC DE 1939: O LITISCONSÓRCIO UNITÁRIO	33
3.5 LITISCONSÓRCIO NO CPC DE 1939: O LITISCONSÓRCIO UNITÁRIO PARA BARBOSA MOREIRA	35
3.5.1 Litisconsórcio no CPC de 1939: o litisconsórcio unitário para Barbosa Moreira. Influência do direito alemão	37
3.5.2 Litisconsórcio no CPC de 1939: o litisconsórcio unitário para Barbosa Moreira. Influência do direito italiano	41
3.5.3 Litisconsórcio no CPC de 1939: o litisconsórcio unitário para Barbosa Moreira. Direito brasileiro	43
4 LITISCONSÓRCIO UNITÁRIO NO CPC DE 1973	51
4.1 LITISCONSÓRCIO NO CPC DE 1973: ADMISSIBILIDADE	51
4.2 LITISCONSÓRCIO NO CPC DE 1973: O ARTIGO 47	54
4.3 LITISCONSÓRCIO NO CPC DE 1973: A RELAÇÃO ENTRE O	58

LITISCONSÓRCIO UNITÁRIO E SUA NECESSÁRIA E/OU FACULTATIVA
FORMAÇÃO

- 4.3.1 Litisconsórcio no CPC de 1973: a relação entre o litisconsórcio unitário e sua necessária e/ou facultativa formação. Posição de Ada Pellegrini Grinover** 59
- 4.3.2 Litisconsórcio no CPC de 1973: a relação entre o litisconsórcio unitário e sua necessária e/ou facultativa formação. Posição de Cândido Rangel Dinamarco** 63
- 4.3.2.1 Litisconsórcio no CPC de 1973: a relação entre o litisconsórcio unitário e sua necessária e/ou facultativa formação. Posição de Cândido Rangel Dinamarco. Relação entre o litisconsórcio unitário e o necessário** 65
- 4.3.2.2 Litisconsórcio no CPC de 1973: a relação entre o litisconsórcio unitário e sua necessária e/ou facultativa formação. Posição de Cândido Rangel Dinamarco. A figura do litisconsórcio unitário facultativo no sistema brasileiro atual** 67
- 4.3.2.3 Litisconsórcio no CPC de 1973: a relação entre o litisconsórcio unitário e sua necessária e/ou facultativa formação. Posição de Cândido Rangel Dinamarco. Técnicas para solucionar a ausência de colegitimados na demanda em caso de litisconsórcio facultativo unitário** 71
- 4.3.3 Litisconsórcio no CPC de 1973: a relação entre o litisconsórcio unitário e sua necessária e/ou facultativa formação. Posição de Ovídio A. Baptista da Silva** 73
- 4.3.3.1 Litisconsórcio no CPC de 1973: a relação entre o litisconsórcio unitário e sua necessária e/ou facultativa formação. Posição de Ovídio A. Baptista da Silva. Litisconsórcio unitário como uma subespécie do necessário** 74
- 4.3.3.2 Litisconsórcio no CPC de 1973: a relação entre o litisconsórcio unitário e sua necessária e/ou facultativa formação. Posição de Ovídio A. Baptista da Silva. Litisconsórcio unitário como uma subespécie do necessário. Solução para a ausência de colegitimados em litisconsórcio facultativo** 77
- 4.3.3.3 Litisconsórcio no CPC de 1973: a relação entre o litisconsórcio unitário e sua necessária e/ou facultativa formação. Posição de Ovídio A. Baptista da Silva. Críticas à teoria de Barbosa Moreira** 80

4.3.3.4 Litisconsórcio no CPC de 1973: a relação entre o litisconsórcio unitário e sua necessária e/ou facultativa formação. Posição de Ovídio A. Baptista da Silva. Crítica ao formalismo excessivo aplicado ao litisconsórcio	83
4.3.4 Litisconsórcio no CPC de 1973: a relação entre o litisconsórcio unitário e sua necessária e/ou facultativa formação. Posição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni	85
4.3.5 Litisconsórcio no CPC de 1973: a relação entre o litisconsórcio unitário e sua necessária e/ou facultativa formação. Breves apontamentos sobre a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça	90
5 LITISCONSÓRCIO NO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	96
6 CONCLUSÕES	100
REFERÊNCIAS	

1 INTRODUÇÃO

Inúmeros são os casos em que a vida em sociedade produz situações de conflito que atingem juridicamente uma pluralidade de pessoas. De modo que o brocardo latino “*iudicium est actum trium personarum: actoris, rei et iudicis*” (o processo é ato de três pessoas, o autor, o réu e o juiz), atribuído a Búlgaro, representa hoje apenas uma configuração mínima do processo civil no estado atual¹.

Em certas situações, quando um fato ou direito capaz de produzir consequências jurídicas que interessam a uma pluralidade de pessoas são levados à apreciação do Poder Judiciário, a figura do litisconsórcio se apresenta. Trata-se, em linhas gerais, da reunião de duas ou mais pessoas que assumem, simultaneamente, a posição de autor ou réu, motivada por interesse comum no resultado do processo².

Comum na prática forense, em causas cíveis, trabalhistas e penais, e também no processo administrativo, o tema se insere no âmbito da teoria geral do processo³, ramo do direito público que tem por objetivo o estudo do sistema, dos princípios fundamentais e dos institutos do Direito Processual, concernentes à jurisdição, à ação, ao processo e ao procedimento. Nesse contexto, o litisconsórcio está compreendido no estudo sobre os sujeitos processuais, mais especificamente, no estudo sobre as partes, que, ao lado do pedido e da causa de pedir, compõem os três elementos da ação.

É possível afirmar que há mais de um século a doutrina processual nacional e estrangeira tem se debruçado sobre a figura do litisconsórcio. Na Itália, data de 1904 o

¹Atividade de, pelo menos três pessoas, o processo reúne o autor, que pretende algo (*actoris intendentis*), o réu, que luta contra tal pretensão (*rei intentionem evitantis*) e o juiz, que se coloca entre eles para decidir (*iudicium in medio cognoscentis*), conforme TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1976, v.1. p.208-209.

² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: Teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010. v.1 p.175; SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Comentários ao código de processo civil: do processo de conhecimento, arts. 1º ao 100*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, v.1. p.94.

³ Embora o tema se encontre no âmbito da teoria geral do processo, por vezes o estudo do litisconsórcio pressupõe conceituações presentes, por exemplo, na teoria da ação, conforme adverte Cândido Rangel Dinamarco, *Litisconsórcio*, 8.ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p.115. Isso ocorre com a relação entre o litisconsórcio e a legitimidade *ad causam*. Explica o autor que, antes de se cogitar a admissibilidade do litisconsórcio, indispensável é verificar se cada um dos pretendidos litisconsortes possui legitimidade para a demanda. “Antes de saber se duas ou mais pessoas poderão estar juntas no mesmo lado da relação processual, é preciso saber se cada uma delas poderia de algum modo estar naquele processo”. (DINAMARCO, *loc.cit.*)

primeiro ensaio de sistematização do instituto.⁴ Legislações como a alemã *Zivilprozessordnung* (ZPO), de 1877, e o Código Húngaro, de 1911, também disciplinaram a figura. No Brasil, muitos autores investigaram a fundo a temática, tanto sob a ótica do Código de Processo Civil (CPC) de 1939, quanto do atual CPC, de 1973, em vigor⁵.

Contudo, embora o tema já tenha sido alvo de intensos debates, ainda persistem controvérsias na doutrina, sobretudo quanto ao litisconsórcio unitário e sua necessária e/ou facultativa formação.

Para a tendência que parece predominar na doutrina nacional, o sistema admite tanto a figura do litisconsórcio *necessário* unitário, quanto do litisconsórcio *facultativo* unitário. De outro lado, há autores que não admitem a configuração *facultativa* do litisconsórcio unitário, defendendo apenas a formação do litisconsórcio *necessário* unitário.

Além de sustentarem argumentos distintos, até mesmo dentro de cada uma das correntes, os autores chegam a soluções diferentes quanto às consequências processuais de se facultar ou de se exigir a formação do litisconsórcio unitário. Nesse âmbito, por exemplo, pode-se citar como pontos sensíveis para a doutrina a problemática do alcance da autoridade da coisa julgada ou dos efeitos da sentença em um processo no qual esteve ausente um ou alguns dos colegitimados. Sendo o direito um fenômeno da cultura, as diferentes teses defendidas estão alinhadas e se subjazem à concepção de processo civil mais afeitas a cada corrente⁶.

Ademais, a discussão sobre a temática não parece ter sido esgotada, na medida em que muitos dos processualistas que escreveram sobre o tema o fizeram antes da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988. Como

⁴ Trata-se do ensaio escrito por Giuseppe Chiovenda, *Sul litisconsorzio necessario*, inserto na coletânea *Studi in onore di Vittorio Scialoja* e, depois, em *Saggi di Diritto Processuale Civile*, vol. II, *apud* BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Litisconsórcio Unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972. p.62.

⁵ Escreveram sobre o tema ainda na vigência do CPC de 1939: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972; CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Do litisconsórcio no código de processo civil*. Tese (Livre Docência) - Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade da Bahia, Salvador, 1952; ESTELLITA, Guilherme. *Do Litisconsórcio no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Universidade do Brasil, 1955; FREDERICO MARQUES, José. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1962. v.2. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de processo civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v.2.

⁶ “Em termos de fases metodológicas, alinham-se quatro grandes linhas atinentes ao direito processual civil: o praxismo, o processualismo, o instrumentalismo e o formalismo-valorativo, conforme MITIDIEIRO, Daniel. *Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007, p. 18. Sobre o tema, *Idem*, *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*.

se sabe, a Carta Magna trouxe inúmeras inovações a ponto de hoje afirmamos que há um novo processo civil, de modelo constitucional, ainda que a lei processual ordinária não tenha sido alterada em sua integralidade. Além da modificação de índole constitucional, entende-se que a própria evolução da Ciência do direito permite que o tema seja revisitado.

É na união das polêmicas típicas do fenômeno do litisconsórcio com o advento de um novo paradigma de processo civil – informado por princípios processuais constitucionais que configuram verdadeiros direitos subjetivos – que a presente pesquisa busca amparo para existir.

Nas próximas páginas, a investigação terá como meta responder à questão: no modelo constitucional de processo civil, o litisconsórcio unitário *deve* ou *pode* se configurar, com que consequências processuais para os colegitimados?

Importante advertir que este trabalho não pretende analisar a dinâmica processual referentes ao fenômeno do litisconsórcio. Dessa forma, não é do escopo desta monografia trabalhar questões referentes a prazos, recursos, divisão do tempo em audiências ou em sustentações orais perante tribunais, aproveitamento da confissão e da prova, repartição de despesas, entre outros temas muito presentes no cotidiano do foro. Embora a tema se aplique à tutela coletiva, este trabalho terá foco no processo individual.

Por certo, frente à natureza do tema e aos objetivos pretendidos, a pesquisa será eminentemente bibliográfica, desenvolvida a partir de material já elaborado, formado principalmente por livros e artigos científicos. Também se fará sucinta menção ao tratamento que tem sido dado ao tema pela jurisprudência, com ênfase em decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

O presente trabalho de pesquisa utilizará o método dialético de abordagem. De acordo com Eduardo C. B. Bittar⁷, trata-se do método que procede de modo crítico, ponderando polaridades opostas, até o alcance da síntese. Em outras palavras, "corresponde à apreensão discursiva do conhecimento a partir da análise dos opostos e da interpretação de elementos diferentes".

Da introdução às conclusões, seis capítulos compõem esta monografia. Vencido o intróito, no segundo capítulo, passa-se às considerações preliminares sobre o

Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005; *Idem, Colaboração no Processo Civil: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos*. 2. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

⁷ BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia da Pesquisa Jurídica*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p. 34.

litisconsórcio, suas classificações, sua formação, além de breves apontamentos de direito comparado.

O tratamento dado pela legislação e pela doutrina à figura, na vigência do Código de Processo Civil de 1939, é o objeto do terceiro capítulo. Importante ressaltar que a tese defendida por Barbosa Moreira consta no item 3.5.

O quarto capítulo trata da disciplina do litisconsórcio no CPC de 1973. A relação entre o litisconsórcio unitário e sua necessária e/ou facultativa formação é tema analisado a partir do item 4.1. Tendo em vista a relevância e a originalidade que apresentam, são abordadas as posições de Ada Pellegrini Grinover (4.3.1), Cândido Rangel Dinamarco (4.3.2), Ovídio A. Baptista da Silva (4.3.3), e de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni (4.3.4). Após tal apresentação, passar-se-á à breve exame quanto ao tratamento que tem sido dado ao tema pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Antes de passar às conclusões (capítulo 6), algumas considerações a respeito do projeto de lei do Novo Código de Processo Civil (NCPC) são feitas, no quinto capítulo. Ao final, é apresentada uma sugestão de quadro comparativo entre as disposições do CPC de 1939, do CPC de 1973 e do projeto de NCPC. Por fim, segue-se uma síntese das principais conclusões alcançadas.

2 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE O LITISCONSÓRCIO

No presente capítulo serão trazidas considerações preliminares a respeito do paradigma de processo civil a ser adotado pela pesquisa, além de noções introdutórias sobre a figura do litisconsórcio, do ponto de vista de sua classificação e formação. Breves apontamentos histórico-comparatísticos encerram o tópico.

2.1 LITISCONSÓRCIO E PROCESSO JUSTO

Algumas palavras sobre o paradigma de processo civil a ser adotado nessa pesquisa são necessárias antes de se ingressar nas análises propriamente centradas no objeto da monografia.

Hoje se entende que o processo civil constitucionalizou-se. Fala-se em modelo constitucional do processo, expressão inspirada na obra de Italo Andolina e Giuseppe Vignera, *Il modello costituzionale del processo civile italiano: corso di lezioni*⁸. Significa dizer que o processo há de ser examinado, estudado e compreendido à luz da Constituição e de forma a dar o maior rendimento possível aos seus princípios fundamentais. Trata-se de enxergar o “processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais”, expressão que também é título de artigo de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira⁹.

Nesse contexto, a relação entre processo civil e Constituição passa ser *dialógica*¹⁰, expressão utilizada por Daniel Mitidiero. Segundo este autor, ao lado de uma processualização da Constituição, há a constitucionalização do processo, que consigo traz uma “materialização do direito processual”, de importantes efeitos.

De acordo com Luiz Guilherme Marinoni¹¹, a Constituição de 1988 deu novo conteúdo até mesmo ao princípio da legalidade, característico do Estado Legislativo, que passou a ser visto do ponto de vista substancial. Não houve, contudo, uma troca ‘normativa’ da lei pela Constituição. Falar em princípio da legalidade substancial

⁸ ANDOLINA, Italo de; VIGNERA, Giuseppe Vignera. *Il modello costituzionale del processo civile italiano: corso di lezioni*. Turim: Giapicchelli, 1990 *apud* BUENO, Cassio Scarpinella. *O “modelo constitucional do direito processual civil”*: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações. Disponível em <<http://www.scarpinellabueno.com.br/text15.htm>> Acesso em 7 jun. 2013.

⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. In: Leituras complementares de processo civil. Salvador: JusPodivm, 2008.p.229-240.

¹⁰ MITIDIERO, Daniel. *Características fundamentais do Processo Civil brasileiro contemporâneo*. In: Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p.40.

significa, segundo o autor, referir-se a uma “transformação” que afeta as próprias concepções de direito e de jurisdição e assim, representa uma quebra de paradigma.¹² A partir de então, a nova forma de Estado de Direito posto é o do Estado Constitucional.

Sérgio Luís Wetzel de Mattos¹³ acrescenta que, diante da Constituição de 1988, o princípio da legalidade tornou-se insuficiente para caracterização do devido processo legal. A este também deve se acrescentar o termo “substantivo”. Não se trata mais de se referir ao devido processo legal *apenas* como processo da lei. Ressalta o autor que, de acordo com a teoria substantiva, o direito fundamental do devido processo legal compreende o direito fundamental ao procedimento legal, ao lado do direito fundamental a um processo justo ou adequado:

Como processo justo ou adequado, o devido processo legal é, em primeiro lugar, um processo materialmente informado por direitos fundamentais, expressos ou implícitos na Constituição. O direito fundamental a um processo justo compreende, portanto, o direito a um processo legal, porém, informado por direitos fundamentais, especialmente direitos fundamentais processuais, como, por exemplo, o contraditório e ampla defesa, o juiz natural, a igualdade das partes, o direito à prova, etc. [...] Justo, portanto, não é qualquer processo regido por lei. Justo é o processo legal e informado por direitos fundamentais.¹⁴

Acrescenta Daniel Mitidiero que o direito ao processo justo, instituído no Brasil pelo art. 5º, inciso LIV, conforme o qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”¹⁵, constitui princípio fundamental para a organização do processo no Estado Constitucional¹⁶. Segundo o autor, o direito ao processo justo (*fair trial, giusto processo, procès équitable, faires Verfahren*¹⁷) tem inspiração nas V e XIV Emendas à Constituição dos Estados Unidos da América e hoje está consagrado no plano internacional em diplomas como a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948, arts. 8º e 10), a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950, art. 6º), o Pacto Internacional relativo aos Direitos Civis e Políticos (1966, art. 14) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969, art. 8º)¹⁸.

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo Civil*. 5.ed.rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.1. p.23-4.

¹² *Ibidem*, p.24.

¹³ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido Processo Legal e Proteção de Direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.193 *et. seq.*

¹⁴ *Ibidem*, p.194.

¹⁵ MITIDIERO, Daniel. *Direito Fundamental ao Processo Justo*. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, v. 45, 2011.p.22.

¹⁶ *Ibidem*, p.23.

¹⁷ *Ibidem*, p.24.

¹⁸ *Ibidem*, p.23.

Explica Daniel Mitidiero que o direito ao processo justo corresponde a um modelo mínimo de conformação do processo¹⁹, o qual impõe deveres ao Estado Constitucional, tendo como titulares todas as pessoas físicas e jurídicas²⁰ e como destinatários os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário²¹. Ao legislador, cabe a tarefa de concretização desse direito, por meio da promulgação de normas processuais. Já o juiz deve “interpretar interpretar as normas em conformidade com o direito fundamental ao processo justo e, sendo o caso, tem inclusive o dever de densificá-lo *diretamente* (art. 5º, § 1º, CRFB)”²².

Embora constitua cláusula geral com termo indeterminado²³, informa Daniel Mitidiero que o direito ao processo justo compreende um “conteúdo mínimo existencial”, pautado pela colaboração do juiz para com as partes e pelo seguinte conjunto de características:

[...] constitui processo capaz de prestar *tutela jurisdicional adequada e efetiva*, em que as partes participam em pé de *igualdade* e com *paridade de armas*, em *contraditório*, com *ampla defesa*, com direito à *prova*, perante *juiz natural*, em que todos os seus pronunciamentos são *previsíveis, confiáveis e motivados*, em procedimento *público*, com *duração razoável* e, em sendo o caso, com direito à *assistência jurídica integral* e formação de *coisa julgada*.²⁴ (grifos do original)

As concepções quanto ao processo justo no Estado Constitucional acima apresentadas deverão ser levadas em conta no exame das soluções ao problema posto. A análise específica quanto à figura do litisconsórcio é o que se passa a fazer.

2.2 LITISCONSÓRCIO: NOÇÕES GERAIS

Parte, conforme clássico conceito de Giuseppe Chiovenda, é “aquele que demanda em seu próprio nome (ou em cujo nome é demandada) a atuação duma vontade da lei, e aquele em face de quem essa atuação é demandada”²⁵. Para Enrico Tullio Liebman, a ideia fundamental do contraditório deve integrar tal conceito, de modo que “são partes do processo os sujeitos do contraditório instituído em face do juiz, os sujeitos do processo diversos do juiz, em cujo confronto este último deve pronunciar sua decisão”²⁶.

¹⁹ MITIDIERO, Daniel. *Direito Fundamental ao Processo Justo*. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, v. 45, 2011.p.24.

²⁰ *Ibidem*, p. 29.

²¹ *Ibidem*, p. 28.

²² *Ibidem*, p. 28-9.

²³ *Ibidem*, p. 26.

²⁴ *Ibidem*, p. 27.

²⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1965, v.2, p.278.

²⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. v.1. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco.3. ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 124.

Como já observado, a presença de um autor e um réu no processo é a configuração mínima para a manifestação jurisdicional. Importa, como advertem Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart²⁷, compreender de forma estrutural essa configuração mínima, para pensar os sujeitos – autor, réu e juiz – “não como indivíduos, mas como polos na relação processual”.

Quando, em cada polo dessa relação processual, encontrarem-se duas ou mais pessoas, há a ocorrência do fenômeno da pluralidade de partes, de que são espécies o litisconsórcio e a intervenção de terceiros.²⁸ As hipóteses de formação de uma ou outra espécie, que se relacionam a situações legitimantes específicas, estão previstas na legislação processual, nos Capítulos V e VI, entre os arts. 46 e 80.

Adverte Ovídio A. Baptista da Silva²⁹ que, para a configuração do litisconsórcio, não basta a pluralidade de partes em um mesmo processo como defendem certos autores³⁰, pois o cúmulo subjetivo não corresponde, por si só, ao litisconsórcio. Para haver tal figura, dois ou mais autores e/ou dois ou mais réus precisam se unir por algum interesse comum. Por meio desse raciocínio, nos embargos de terceiro não se pode dizer que exequente e executado se litisconsorciaram contra o embargante por ocuparem juntos a mesma posição processual, conforme exemplifica o autor, por faltar a eles interesse comum³¹.

Baseado nessa premissa, o processualista gaúcho também entende não existir a figura do litisconsórcio alternativo ou eventual. Segundo a doutrina, esse fenômeno ocorreria quando o autor não estivesse seguro sobre quem deveria responder como demandado, a exemplo do que ocorre na ação de consignação em pagamento, fundada na dúvida sobre quem deva legitimamente receber a prestação (art. 895, CPC). Para Ovídio A. Baptista da Silva, por exigir certa afinidade de questões a unir os litisconsortes e nunca

²⁷MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*. 8.ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. v.2. p.162.

²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, 8.ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p.36 *et.seq.*

²⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Comentários ao código de processo civil: do processo de conhecimento*, arts. 1º ao 100, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, v.1. p.194.

³⁰ Contra tal afirmação, defendendo que para a configuração do litisconsórcio, basta a existência de duas ou mais pessoas de um dos lados da relação processual. Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco, *Litisconsórcio*, 8.ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p.45; DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Salvador: Editora JusPodivm, 2010, 12.ed., rev., ampl. e atual., v.1. p.319.

³¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 250.

uma situação de antagonismo entre eles, a tese de um litisconsórcio alternativo ou eventual não teria como prosperar.³²

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero comungam da posição de Ovídio A. Baptista da Silva quanto ao conceito de litisconsórcio e a necessidade de afinidade de questões entre os litisconsortes:

Em virtude de determinada situação jurídica de direito material, pode existir a permissão ou a necessidade de *pluralidade de partes* no mesmo polo do processo. Se entre essas pessoas existir interesse comum no resultado do processo, então haverá litisconsórcio. A simples pluralidade no mesmo polo do processo não caracteriza o litisconsórcio. Para que exista litisconsórcio, é necessário afinidade entre aqueles que se juntam no mesmo polo processual.³³

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart também têm essa posição, no sentido de negar à simples ocorrência da cumulação subjetiva o *status* de litisconsórcio³⁴. Afirmam que a configuração do litisconsórcio depende da existência de alguma afinidade que vincule os componentes do polo processual. Seguindo tal entendimento, os autores não consideram como caso de litisconsórcio uma ação de consignação em pagamento (arts. 895 e 898 do CPC) proposta por um autor em face de dois supostos credores da dívida, embora haja pluralidade de partes no polo passivo da demanda. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart advertem que os dois réus não apresentam entre si afinidade alguma, mas, ao contrário, pretensões antagônicas com relação ao crédito.

2.3 LITISCONSÓRCIO: CLASSIFICAÇÃO

A doutrina classifica as espécies do litisconsórcio conforme quatro critérios: a) o poder aglutinador das razões que conduzem à formação do litisconsórcio; b) o regime de tratamento dos litisconsortes; c) a posição destes na relação processual; d) o momento da formação do litisconsórcio³⁵.

Quanto ao primeiro critério, o litisconsórcio pode ser necessário ou facultativo. Para o momento, uma vez que a presente monografia vai investigar mais a fundo essas duas figuras, basta que se diga que “a necessidade do litisconsórcio reside na

³² SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Comentários ao código de processo civil: do processo de conhecimento*, arts. 1º ao 100, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, v.1. p.204.

³³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: Teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010. v.1.p.175-176.

³⁴MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*. 8.ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. v.2. p.167.

³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, 8.ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p.75.

indispensabilidade da inclusão de partes plúrimas”³⁶. Quando facultativo, fica a critério do autor, ou dos autores, a propositura conjunta de demandas³⁷.

Os dois regimes do litisconsórcio são o comum e o especial³⁸. O primeiro, aplicável ao litisconsórcio simples, é “marcado pela regra da (relativa) independência dos colitigantes, segundo a qual os atos e omissões de cada um são em princípio indiferentes para os demais (art. 48, CPC)”³⁹. Já o regime especial é aplicável ao litisconsórcio unitário, pois os litisconsortes terão o mesmo destino, recebendo tratamento adequado a fim de atingir esse objetivo.

Quanto à posição, o litisconsórcio pode ser ativo, passivo, misto ou recíproco⁴⁰, considerando-se a posição ocupada pelos litisconsortes no processo. Há autores, como Cândido Rangel Dinamarco, para os quais descabe falar em litisconsórcio misto havendo pluralidade de partes tanto no polo ativo quanto no passivo da demanda.

[...] na realidade inexistente um litisconsórcio misto. Quando em cada um dos pólos da relação processual se alojam dois ou mais sujeitos isso significa que no processo haverá *dois litisconsórcios* e não um só, de natureza mista como habitualmente se diz. Um deles poderá ser necessário, e, o outro facultativo. Um poderá ser unitário, e o outro comum.⁴¹

Por fim quanto à classificação, no que se refere ao momento de formação, o litisconsórcio pode ser inicial ou ulterior. “Se o litisconsórcio está indicado desde logo na petição inicial, há litisconsórcio inicial. Do contrário, se o litisconsórcio se forma em momento posterior, o litisconsórcio é dito ulterior”⁴².

2.4 LITISCONSÓRCIO: FORMAÇÃO

Vencida a conceituação e classificação da figura, verifica-se que a ocorrência do litisconsórcio pode se efetivar, conforme Cândido Rangel Dinamarco⁴³, de seis maneiras. As três primeiras dizem respeito aos modos pelos quais se adquire a qualidade de parte: a) quando vários autores ajuizam em conjunto uma única demanda, b) quando são citados

³⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, 8.ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p.76

³⁷ DINAMARCO, *loc.cit.*

³⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: Teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010.p. 187. v.1.

³⁹ DINAMARCO, *op.cit.*, p. 77.

⁴⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Comentários ao código de processo civil: do processo de conhecimento*, arts. 1º ao 100, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, v.1. p.194.

⁴¹ DINAMARCO, *op.cit.*, p. 79.

⁴² ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, *op.cit.*, p. 176.

⁴³ DINAMARCO, *op.cit.*, p.48-49.

todos os réus indicados na petição inicial c) na ocorrência de intervenções pelas quais o terceiro se torna litisconsorte (ex.: chamamento ao processo). Também há a criação do litisconsórcio em outras três situações: d) quando o juiz determina a reunião de causas em um só processo, não sendo inteiramente coincidentes as partes de todas as causas reunidas, e) quando é determinada a citação de litisconsorte necessário, e f) quando terceiros voluntariamente intervêm como litisconsortes na intervenção litisconsorcial voluntária.

Em qualquer uma dessas situações, já advertia Pontes de Miranda⁴⁴ que, por óbvio, antes de se cogitar a formação do litisconsórcio, os pressupostos processuais a respeito de todos os litisconsortes devem estar presentes, pois “quem não pode entrar na porta (*sic*), por faltar-lhe ingresso, não pode entrar indo com outrem”⁴⁵.

Araken de Assis elencou tais pressupostos em um rol⁴⁶. Entre os pressupostos subjetivos, incluiu a personalidade processual, a capacidade processual, a capacidade postulatória e a legitimidade⁴⁷. Na lista de pressupostos objetivos, citou a ausência de litispendência (art. 301, § 3º, primeira parte), de coisa julgada (art. 301, § 3º, segunda parte), e de preempção (art. 268, parágrafo único); o pagamento (art. 268, *caput*, segunda parte) ou a garantia (art. 835) das despesas processuais, ressaltando demais os requisitos de existência, validade e eficácia dos atos processuais.⁴⁸

Com base em Cândido Rangel Dinamarco, pode-se acrescentar à lista de Araken de Assis a informação de que, conforme o art. 6º do Código de Processo Civil, exige-se também de cada colitigante (separados ou juntos, quando se tratar de litisconsórcio necessário) legitimidade *ad causam* para a demanda⁴⁹.

Economia processual e harmonia dos julgados são os principais fundamentos que justificam a formação do litisconsórcio, conforme a doutrina⁵⁰. De um lado, quanto à economia processual, busca-se aproveitar ao máximo um mesmo procedimento, evitando a multiplicação de processos sobre um mesmo fato ou sobre fatos afins. De outro, quanto

⁴⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de processo civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p.4-5.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 5.

⁴⁶ ASSIS, Araken de. *Cumulação de Ações*. 3.ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 179-180.

⁴⁷ Melhor é considerar a legitimidade *ad causam* como condição da ação, cf. art. 267, inciso VI, CPC.

⁴⁸ ASSIS, Araken de. *op.cit.*, p. 179-180.

⁴⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, 8.ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p.50.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 69. Dinamarco informa que são da mesma opinião CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, § 88, II, p.1.075; e CALMON DOS PASSOS, *Do litisconsórcio*, n.5, p.12. No mesmo sentido: ESTELLITA, Guilherme. *Do Litisconsórcio no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Universidade do Brasil, 1955, p. 19; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de processo civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v.2. p.94-95.

à harmonia dos julgados visa-se impedir decisões discordantes ou contraditórias e apreciações distintas de um mesmo fato ou de uma mesma questão jurídica. Essa última *ratio*, de acordo com Guilherme Estellita⁵¹ é “reclamada pelos próprios interesses do Estado, naturalmente empenhado no prestígio dos órgãos a que confiou a função de distribuir justiça aplicando o direito”.

Contudo, tais princípios não se fazem sentir de forma sempre equilibrada em todos os casos aptos à formação do litisconsórcio, classificação essa que será vista a seguir. Esses dois valores exercem influência distinta a depender do vínculo maior (comunhão) ou menor (afinidade) de intensidade na formação litisconsorcial. Nos casos de litisconsórcio fundado na comunhão, a existência de um único processo prestigia o princípio da harmonia dos julgados, recebendo as razões de economia processual menor relevo. Já, nas hipóteses de litisconsórcio fundado em mera afinidade, é a economia processual o valor que prepondera, pois o desmembramento em processos independentes traz pouco risco de haver contradição nos julgados.⁵²

Em consonância com o arcabouço teórico do processo justo de base constitucional, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero incluem “a reta observância do direito fundamental ao contraditório (art. 5º, inciso LV, CRFB)”⁵³ como único fundamento da formação do litisconsórcio necessário. Explicam os autores que o litisconsórcio necessário se forma porque a tutela jurisdicional deve ser prestada perante os legítimos contraditores. Para eles, harmonia dos julgados e economia processual apenas fundamentam as hipóteses de litisconsorciação facultativa.

Araken de Assis acompanha a última construção⁵⁴ de que não há que se falar em valores como economia processual ou harmonia dos julgados nas hipóteses de litisconsórcio necessário⁵⁵, originado de causa única. Esses princípios devem ser

⁵¹ ESTELLITA, Guilherme. *Do Litisconsórcio no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Universidade do Brasil, 1955, p.19.

⁵² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, 8.ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p.69 *et. seq.*

⁵³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: Teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010.p. 176. v.1.

⁵⁴ ASSIS, Araken de. *Cumulação de Ações*. 3.ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 157.

⁵⁵ Em sentido diverso, DINAMARCO, *op.cit.*, p.70, não reconhece essa diferenciação. Para ele, também no *litisconsórcio necessário unitário* aplicam-se os princípios da economia processual e da harmonia dos julgados. “No litisconsórcio necessário unitário ficam praticamente na sombra as razões de economia, pois nesse caso o que leva o legislador a exigir a formação do processo com dois ou mais autores ou réus e vedar o tratamento diferenciado entre os litisconsortes é a incindibilidade de certas situações de direitos substancial, que estão a clamar por solução homogênea para todos os seus sujeitos”.

conjugados, segundo ele, apenas nos casos em que é a conveniência das partes que promove o litisconsórcio, ou seja, nas hipóteses de litisconsórcio de formação facultativa.

2.5 LITISCONSÓRCIO: BREVES APONTAMENTOS HISTÓRICOS-COMPARATÍSTICOS

Foi a Ordenação Processual alemã (ZPO) de 1877 a responsável por dar tratamento moderno e sistemático ao litisconsórcio⁵⁶. Seguiram os passos da legislação germânica, dando-lhe semelhantes contornos, sem, contudo, guardar fidelidade estrita ao modelo adotado, os códigos de processo civil da Áustria (1895), da Hungria (1911), e da então Tchecoslováquia (1963)⁵⁷. Antes disto, apenas os pós-glosadores haviam dado destaque ao problema, mas encarando-o dentro da questão de competência para causas conexas⁵⁸. Há dúvidas quanto à presença do litisconsórcio no direito romano⁵⁹.

Na Itália, apesar do silêncio do *Codice di Procedura Civile* de 1865, o litisconsórcio foi estudado pela doutrina, que não podia ignorar o fenômeno. São estudos clássicos italianos sobre a figura *Sul litisconsorzio necessario*, publicado por Giuseppe Chiovenda, em 1904, e *Giudizio civile com pluralità di parti*, publicado por Enrico Redenti, em 1911. A lacuna na legislação peninsular veio a ser preenchida pelo *Codice di Procedura Civile* de 1940, que incluiu sistematicamente diversas disposições reguladoras do instituto do ponto de vista da legitimação das partes sob a rubrica das partes e dos defensores, no título III do Livro das disposições gerais⁶⁰.

⁵⁶ ESTELLITA, Guilherme. *Do litisconsórcio no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Universidade do Brasil, 1955, p. 84.

⁵⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 39-97.

⁵⁸ ESTELLITA, *op.cit.*, p. 84.

⁵⁹ De um lado, Ovídio Baptista da Silva afirma que o fenômeno do litisconsórcio não era conhecido no direito romano, *dada a bilateralidade que ainda é defendida modernamente por juristas de grande prestígio, como CARNELUTTI, BETTI, ALLORIO, DENTI, NICOLÒ TROCKER; destacando-se entre nós ARRUDA ALVIM*. (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Comentários ao código de processo civil: do processo de conhecimento*, arts. 1º ao 100, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, v.1. p 242). Conforme o Ovídio A. Baptista da Silva, as dificuldades do direito atual frente a demandas judiciais nascidas de conflitos envolvendo grande número de pessoas advêm *de nossa extrema dependência de princípios do direito romano*. (*Ibidem*, p.241). De outro lado, Guilherme Estellita, cita vários autores que teriam estudado o litisconsórcio no âmbito das instituições do processo civil romano, como Leopoldo Wenger (*Inst. Roman Law of Civil Procedure*, ed. norte-americana, 1940, cap. III, p. 82), Emilio Costa (*Profilo Storico del Proc. Civ. Romano*, p. 11 e 40) e Enrico Redenti (*Pluralità di Parti nel Processo Civile (diritto romano)*, in *Archivio Giuridico*, vol. LXXIX, 1907, p. 3-134). Este último, segundo Estellita, teria empreendido estudo especial e exaustivo do litisconsórcio no processo romano, o qual passa a relatar em sua obra (ESTELLITA, Guilherme. *Do litisconsórcio no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Universidade do Brasil, 1955, p. 63 *et seq.*).

⁶⁰ ESTELLITA, *op.cit.* p. 95-96.

No Brasil, antes mesmo que qualquer lei autorizasse a cumulação subjetiva, titulares do mesmo direito ou sujeitos passivos da mesma obrigação podiam juntos demandar⁶¹. Na explicação de Guilherme Estellita, ao permitir tal cumulação, não se fazia nada mais do que reconhecer aos diversos titulares o direito que já era reconhecido ao titular único. “A dúvida era quanto à possibilidade de essa reunião, de autores ou de réus, fazer-se fora daqueles casos de estar em causa uma única relação de direito”, questionava-se o autor.

A partir da Lei nº 221 de 1894, baseada no art. 6º do Código de Processo Civil Português de 1876⁶², permitiu-se a formação litisconsorcial mesmo sem haver no litígio uma única relação jurídica entre os colitigantes⁶³. Assim o fez:

Art. 46. É permitido cumular entre as mesmas pessoas e na mesma ação diversos pedidos quando a forma do processo para eles estabelecida for a mesma.

Assim também pode o réu ser demandado por diferentes autores e o autor demanda diferentes réus conjuntamente e no mesmo processo, sempre que os direitos e obrigações tiverem a mesma origem.⁶⁴

Afirma a doutrina⁶⁵ ter sido João Monteiro, no final do século XIX, o primeiro a noticiar ao meio jurídico brasileiro a existência de um novo regime para o litisconsórcio, disciplinado pela ZPO alemã. Também se atribui a ele equívocos de tradução dos dispositivos tedescos, que viriam a ter reflexos nas leis processuais brasileiras posteriores⁶⁶.

⁶¹ ESTELLITA, Guilherme. *Do litisconsórcio no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Universidade do Brasil, 1955, p. 25.

⁶² *Ibidem*, p. 28.

⁶³ *Ibidem*, p. 27.

⁶⁴ Código de Processo Civil Português de 1876. *In: ibidem*, p. 27-28.

⁶⁵ Conforme Barbosa Moreira, foi João Monteiro, em Teoria do Processo Civil e Comercial, cuja 1ª edição data de 1899-1901, quem procurou dar contornos menos vagos à matéria, por conhecer o Código alemão de 1877. (MOREIRA. José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 108). Também atribui a introdução do tema no Brasil, segundo a ZPO alemã, a João Monteiro, Guilherme Estellita, *op. cit.*, p.29. Pontes de Miranda discorda parcialmente: “João Monteiro (...) nada mais fez do que copiar as regras da lei alemã, correspondentes aos atuais §§ 59-60, sem qualquer explicação, nem entendimento”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de processo civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 2. p.114).

⁶⁶ Barbosa Moreira acusa João Monteiro de erro na tradução da ZPO em dois trechos. Monteiro teria feito uso da conjunção ‘ou’, em vez de ‘e’, na locução ‘análogo fundamento de fato ou de direito’, (...) a qual supostamente corresponderia à usada no § 60 tedesco. Mais grave ainda teria sido a tradução do § 62 da ZPO. Traduzia João Monteiro: “Quando a questão litigiosa não pode deixar de ter solução uniforme a respeito de todos os litisconsortes, ou quando, por qualquer outro motivo, a comunhão de interesses é necessária (...)” Já para Barbosa Moreira, a tradução correta do trecho do dispositivo seria: “Se a relação jurídica litigiosa só uniformemente puder ser declarada em face de todos os litisconsortes, ou se o litisconsórcio for, por outra razão, necessário”. (MOREIRA. José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 108).

No âmbito da legislação, foi o Código de Processo Civil da Bahia⁶⁷ o pioneiro a disciplinar de maneira sistemática o litisconsórcio tendo como base a Ordenação Processual tedesca.

A partir de então, a influência da legislação e da doutrina germânicas, posteriormente aliadas aos ensinamentos que vinham da Península, dariam os contornos da disciplina do litisconsórcio no Brasil. Os dispositivos do CPC de 1939 são um exemplo disso. Eles passam a ser analisados a seguir, sob o ponto de vista da construção doutrinária brasileira da época com base especialmente nos Comentários ao Código de Processo Civil, de Pontes de Miranda, e na tese apresentada por Guilherme Estellita, em 1955, à Faculdade Nacional de Direito no concurso à cátedra de Direito Judiciário Civil, com o título *Do litisconsórcio no direito brasileiro*.

⁶⁷ Barbosa Moreira lembra que, por inspiração alemã, o instituto após ter sido disciplinado no Código processual da Bahia, foi seguido por outros estados. (*Ibidem*, p.10). Guilherme Estellita, *op. cit.*, p.31, confirma o pioneirismo atribuído à Bahia.

3. LITISCONSÓRCIO UNITÁRIO NO CPC DE 1939

No presente capítulo, o litisconsórcio será abordado conforme a disciplina do Código de Processo Civil de 1939. Nos primeiros itens, aplica-se ênfase na formação do litisconsórcio necessário e do litisconsórcio unitário, sob a análise de autores como Guilherme Estellita e Pontes de Miranda. Em seguida, passa-se à verificação do posicionamento divergente, à época, de José Carlos Barbosa Moreira, quanto ao conceito do litisconsórcio unitário e sua necessária ou facultativa formação.

3.1 LITISCONSÓRCIO NO CPC DE 1939: FORMAÇÃO

Informa a primeira parte do art. 88 do Código de Processo Civil de 1939 que são três as fontes ou os pressupostos do litisconsórcio, ativo ou passivo: a comunhão de interesses, a conexão de causas e a afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito. Vistas em conjunto e comparadas, essas três hipóteses – comunhão, conexidade e mera afinidade - configuram uma *escala descendente*⁶⁸ de intensidade de ligação entre os litisconsortes que podem litigar em um mesmo pólo do processo. Ainda conforme o art. 88, segunda parte, formado sob a comunhão, o litisconsórcio seria indispensável. Havendo conexidade, seria irrecusável. Diante da simples afinidade, seria apenas adotável.

Art. 88. Admitir-se-á o litisconsórcio, ativo ou passivo, quando fundado na comunhão de interesses, na conexão de causas, ou na afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito. No primeiro caso, não poderão as partes dispensá-lo; no segundo, não poderão recusá-lo, quando requerido por qualquer delas; no terceiro, poderão adotá-lo, quando de acordo.⁶⁹

Segundo Guilherme Estellita⁷⁰, essas hipóteses muito se aproximam dos fundamentos do litisconsórcio no direito alemão, disciplinados pelos §§ 59 e 60 da ZPO de 1877:

1º) quando as pessoas que vão acionar ou ser acionadas estejam entre si, a respeito do objeto da lide, **em comunhão de direitos(...)** (§ 59 – 1ª parte); 2º) quando os direitos ou as obrigações objeto da lide futura **derivem do mesmo fato ou do mesmo fundamento jurídico** (§ 59, 2ª parte); 3º) quando a lide tenha por objeto direitos ou obrigações **semelhantes** e derivem, uns ou outros, de um fundamento semelhante, de fato e jurídico (§ 60). (grifo no original)^{71 72}

⁶⁸ A expressão é de Guilherme Estellita (*Do litisconsórcio no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Universidade do Brasil, 1955, p. 137).

⁶⁹ BRASIL. *Código de Processo Civil de 1939*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De11608.htm> Acesso em: 20 maio 2013.

⁷⁰ ESTELLITA, *op.cit.*, p. 136.

⁷¹ *Ibidem*, p. 136.

À época, parte da doutrina brasileira buscou saber qual interpretação deveria ser dada ao primeiro fundamento, a comunhão de interesses. Segundo Estellita, como já dito, a expressão teria sido usada pela primeira vez por João Monteiro⁷³, inspirado na legislação alemã. Contudo, na opinião daquele autor, a expressão estaria de acordo com a lógica do sistema brasileiro apenas se entendida como *comunhão de direitos ou obrigações*⁷⁴, de sentido mais restrito, forma também utilizada pela ZPO tedesca.

Explicou Estellita que são interessados numa relação jurídica as duas pessoas entre as quais se formou a ligação, não importando se os interesses são os mesmos ou, ao menos, harmônicos entre si. Dito de outra forma, credor e devedor, por exemplo, são interessados na relação jurídica, embora seus interesses possam ser distintos ou opostos.

Por outro lado, apenas haverá comunhão num direito “quando ele pertence a mais de uma pessoa, isto é, vários são os seus titulares”⁷⁵, como é o caso da copropriedade e da composses. Para a configuração das hipóteses de comunhão de direitos ou obrigações estaria implícita a exigência de que os interesses fossem harmônicos, porque coincidentes.

Dessa forma, a *comunhão de direitos ou obrigações* representava uma modalidade da *comunhão de interesses*⁷⁶. Somente no primeiro caso seria possível surgir o litisconsórcio, uma vez que não faria sentido exigi-lo entre credores e devedores, por exemplo, sob o argumento de que ambos teriam interesse na relação jurídica. A partir desse raciocínio, para autores como Estellita, a legislação processual brasileira, no art. 88, ao considerar o litisconsórcio como indispensável, estava se referindo às hipóteses em que há comunhão *de direitos ou obrigações* e não comunhão *de interesses*.⁷⁷

⁷² A íntegra dos dispositivos da lei alemã é a seguinte:

“§ 59 *Streitgenossenschaft bei Rechtsgemeinschaft oder Identität des Grundes.*

Mehrere Personen können als Streitgenossen gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden, wenn sie hinsichtlich des Streitgegenstandes in Rechtsgemeinschaft stehen oder wenn sie aus demselben tatsächlichen und rechtlichen Grund berechtigt oder verpflichtet sind.

§ 60 *Streitgenossenschaft bei Gleichartigkeit der Ansprüche*

Mehrere Personen können auch dann als Streitgenossen gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden, wenn gleichartige und auf einem im Wesentlichen gleichartigen tatsächlichen und rechtlichen Grund beruhende Ansprüche oder Verpflichtungen den Gegenstand des Rechtsstreits bilden”. (REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA. *Zivilprozessordnung*, 30 de janeiro de 1877. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/zpo/>> Acesso em: 31 maio 2013).

⁷³ ESTELLITA, Guilherme. *Do litisconsórcio no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Universidade do Brasil, 1955, p. 136.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 137.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 133.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 134.

⁷⁷ Conforme ESTELLITA, *ibidem*, p. 135, a distinção entre *comunhão de interesses* e *comunhão de direitos ou obrigações* foi também percebida por Chiovenda ao referir-se à interpretação dos arts. 470 e 500 do Código de Processo Italiano de 1865. No Brasil, Jorge Americano, comentando o art. 54 do Código de Processo Civil e Comercial de S. Paulo, também teria chamado a atenção para a diferença entre as duas expressões, afirmando *que a comunhão de interesses nem sempre implica comunhão de direitos*.

Em seus Comentários, Pontes de Miranda considera que a expressão do art. 88 ligada à indispensabilidade do litisconsórcio refere-se a qualquer comunhão, *desde que o interesse seja um só e haja pluralidade subjetiva*.⁷⁸ Para ele, as diferentes comunhões legais ou voluntárias – comunhão de bens entre cônjuges, comunhão societária, condomínio, composses, etc. – são espécies da comunhão citada no art. 88.

3.2 LITISCONSÓRCIO NO CPC DE 1939: AS TRÊS FIGURAS

Como já citado, após determinar as três fontes do litisconsórcio, o Código de Processo Civil de 1939, na segunda parte do art. 88, alude a três classificações para a figura - indispensável, irrecusável e adotável⁷⁹. Conforme a lei processual, as partes não poderiam dispensar o litisconsórcio fundado na comunhão de interesses, nem recusá-lo quando requerido em situação de conexão de causas e, por fim, poderiam adotá-lo quando estivessem de acordo, na presença de afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito.

3.3 LITISCONSÓRCIO NO CPC DE 1939: O LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO

A respeito da figura, a doutrina também construiu outras duas classificações: litisconsórcio necessário e litisconsórcio facultativo, este último dividido em próprio ou impróprio⁸⁰. O litisconsórcio necessário deveria abranger o âmbito do litisconsórcio indispensável, fundado na comunhão de interesses. A ele, opunha-se o litisconsórcio facultativo, que agrupava os litisconsórcios irrecusável e adotável, baseados, respectivamente, na conexão de causas e na afinidade de questões. Ao litisconsórcio facultativo irrecusável fundado na conexão de causas acrescia-se o termo *próprio*. Por sua vez, era chamado de facultativo *impróprio* o litisconsórcio adotável baseado na afinidade de questões.

Não ficou isenta de críticas a posição que via identidade entre o litisconsórcio necessário e o indispensável, em face do texto legal. Pontes de Miranda já alertava para as

⁷⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v.2. p. 104.

⁷⁹ ESTELLITA, *op.cit.*, p. 353.

⁸⁰ Tal classificação, que dá origem às três figuras do litisconsórcio no Código de Processo Civil de 1939 - necessário, facultativo irrecusável e facultativo recusável - foi, inclusive, o título de ensaio clássico sobre o tema, de Luiz Machado Guimarães (GUIMARÃES, Luiz Machado. *Estudos de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1969).

várias facetas da controvérsia, considerando como *nada mais perigoso que o uso da expressão litisconsórcio necessário*⁸¹. Embora concordasse que a lei processual havia promovido essa identidade, o autor defendia outra significação para o termo litisconsórcio necessário (em sentido próprio), distinto daquele baseado na comunhão de interesses.

A expressão litisconsórcio necessário, para Pontes de Miranda⁸², poderia ter quatro sentidos: *lato sensu*, impróprio, próprio e segundo o CPC. No primeiro sentido, *os litisconsortes vão ter a mesma sentença e, durante a lide, as situações processuais são iguais*. Por sua vez, é impróprio o litisconsórcio necessário se houver substituição, como nos casos em que o marido é substituído pela mulher (CC de 1916, art. 253, 1ª parte), pois a necessidade, nesses casos, é nenhuma.

Litisconsórcio necessário próprio somente havia, para Pontes de Miranda⁸³, *quando, no plano do direito material, caiba a exceptio plurium litisconsortium*. Ele cita como exemplos as ações constitutivas, as de nulidade de casamento mulher (CC de 1916, arts. 207 e 208, parágrafo único, II) e as contra coproprietários ou entre coproprietários (CC de 1916, art. 570, 2ª parte). No sentido próprio, as ações oriundas do art. 1580 do Código Civil de 1916 não produziriam litisconsórcio. Trata-se hipótese em que qualquer dos coerdeiros poderia reclamar a universalidade da herança ao terceiro que indevidamente a possuía.

Por fim, e *no entanto*, segundo Pontes de Miranda, o CPC de 1939 optou por considerar necessários os litisconsórcios fundados na comunhão de interesses, ou seja, “sempre que a pretensão dos litisconsortes ou contra os litisconsortes se funda na mesma relação jurídica”⁸⁴, recorrendo, portanto, a definições de direito material.

Feitas essas distinções, ele afirma que, em duas situações, há a formação do litisconsórcio necessário: “a) quando a demanda somente possa ser proposta pró ou contra duas ou mais pessoas; ou b) a decisão tenha de ser unitária (= uniforme) para todos os litigantes (litisconsórcio necessário unitário)”⁸⁵. Acrescenta Pontes de Miranda que tal cumulação subjetiva exclui previamente a independência entre as partes, que precisam atuar para que todos estejam presentes no feito, mantendo a comunhão material também

⁸¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.v.2. p.101.

⁸² *Ibidem*, p. 101.

⁸³ *Ibidem*, p. 102.

⁸⁴ PONTES DE MIRANDA, *loc.cit.*

⁸⁵ *Ibidem*, p. 100.

no campo do processo⁸⁶. Afirma ainda que o Código de Processo Civil cogita do litisconsórcio necessário em pelo menos três artigos: 88, 90 e 91⁸⁷.

Discordou Estellita da posição de Pontes Miranda. Assevera o primeiro que o Código de Processo Civil não identifica, “nem expressa nem implicitamente, quando o litisconsórcio é necessário”⁸⁸. A alusão legal a essa figura ocorre apenas no art. 294, I, pelo uso da expressão *litisconsórcios necessários*. Essa ausência explicaria, de certa forma, a variedade de sentidos atribuídos pela doutrina à figura.

Eram três as posições principais defendidas pelos processualistas da época⁸⁹. Para a maioria, que se baseava no texto legal, litisconsórcio necessário era o mesmo que indispensável, fundado na comunhão de interesses. Outros viam na eficácia da sentença a ser prolatada o elemento definidor da figura. Havia também aqueles que defendiam como fonte do litisconsórcio necessário a disposição de lei ou a natureza da relação jurídica ajuizável. Estellita posicionou-se pela última tese. Vejamos.

Para contrapor-se ao texto legal, segundo o qual a comunhão de interesses era a fonte do litisconsórcio indispensável ou necessário, Estellita faz esclarecedor resgate histórico, ao trazer ao texto a transcrição do pronunciamento de Francisco Morato, redator do art. 88, durante o Congresso Jurídico Nacional, no Rio de Janeiro, em 1943, quando o próprio admitiu publicamente ter cometido um *erro notável* na redação do dispositivo:

Sobre a dúvida levantada acerca da inteligência do art. 88 do Cód. do Proc. Civil, resolve o Congresso Jurídico Nacional que a locução aí exarada – *quando fundada na comunhão de interesses* – refere-se ao litisconsórcio necessário. Como, porém, há comunhões de interesses que só autorizam o litisconsórcio facultativo próprio ou por conexão de causas, nas quais podem os interessados acionar ou ser acionados isoladamente, como acontece nos direitos e obrigações solidárias, evidentemente que peca por anfibolística a dita locução; pelo que sugiro às autoridades se substitua pela seguinte redação, o art. 88: “Admitir-se-á o litisconsórcio, ativo ou passivo, quando a eficácia da sentença depender da intervenção de todos os interessados, houver conexão de causas ou ocorrer afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito. No primeiro caso, não poderão as partes dispensá-lo; no segundo, não poderão recusá-lo, quando requerido por qualquer delas; no terceiro, poderão adotá-lo, quando de acordo”.⁹⁰

⁸⁶ PONTES DE MIRANDA, *op. cit.* p. 94, alerta que não há, como regra geral, *correlação necessária entre ser parte e ser sujeito da relação de direito material*. Ele cita como exemplo dessa inexistência o caso da ação declaratória negativa. Contudo, em casos de litisconsórcio necessário, o autor afirma haver tal correlação.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 100.

⁸⁸ ESTELLITA, Guilherme. *Do litisconsórcio no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Universidade do Brasil, 1955, p. 311.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 311.

⁹⁰ Anais do Congresso *apud* ESTELLITA, Guilherme. *Do litisconsórcio no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Universidade do Brasil, 1955, p. 53.

Estellita apoiou parcialmente a proposta de Morato: concordou com a retirada da expressão *comunhão de interesses*, mas, como se verá a seguir, rejeitou a inclusão do trecho *quando a eficácia da sentença depender da intervenção de todos os interessados*. No seu entender, da forma como estava, a primeira parte do art. 88 não correspondia a uma *verdade científica*.⁹¹ Era insustentável, do ponto de vista da ciência processual e do direito positivo, defender que em todas as situações de comunhão de interesses todos os interessados deveriam estar presentes em juízos. “A comunhão de interesses é uma situação que autoriza o litisconsórcio, mas não o obriga senão em casos de exceção”, afirmou.⁹²

Dois eram os principais argumentos utilizados por Estellita para rechaçar a tese de que a comunhão de direitos ou obrigações sempre conduzia ao litisconsórcio necessário. O primeiro deles era a de que havia um flagrante descompasso entre o direito positivo material e o art. 88 do Código de Processo Civil. Segundo o autor, o Código Civil autorizava de modo expresso cada cointeressado a agir isoladamente a benefício próprio ou comum em casos típicos de comunhão de direitos como o condomínio, a comosse, a solidariedade ativa, por exemplo⁹³. A falta de harmonia entre a disposição do Código de Processo Civil e o Código Civil acaba até mesmo por forçar os aplicadores do direito a classificar situações de evidente comunhão de direitos e obrigações como casos de conexão de causas, para escapar da imposição do litisconsórcio necessário⁹⁴.

Além disso, como regra geral, exigir – no pólo ativo da demanda – a presença de todos os integrantes da relação jurídica de direito material “criaria sérios embaraços ao cotitular dum direito, porque o colocaria na dependência, para reclamá-lo judicialmente, da cooperação do outro ou dos outros cotitulares”⁹⁵. Tal imposição violaria a *liberdade de agir*. Seria ainda contrária às *finalidades sociais* da lei, que por um lado, asseguraria direitos e, por outro, restringiria a defesa judicial deles⁹⁶.

Para Estellita, o legislador estabelece expressamente em lei os casos nos quais a comunhão de direitos ou obrigações deve exigir a formação do litisconsórcio necessário.

⁹¹ ESTELLITA, Guilherme. *Do litisconsórcio no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Universidade do Brasil, 1955, p. 314. Conforme o autor, p. 316, “não há processualista que sustente, em doutrina, a obrigatoriedade do litisconsórcio pelo simples fato de haver entre várias pessoas comunhão de interesses a respeito do objeto da lide. Os que entre nós o fizeram, fizeram-no em obediência ao texto do art. 88.”

⁹² *Ibidem*, p.315. Estellita não apenas inovava, mas antecipava um entendimento que, de acordo com parte da doutrina atual, é o correto acerca da comunhão de direitos no CPC de 1973, art. 46, I.

⁹³ ESTELLITA, *op.cit.*, p. 316.

⁹⁴ *Ibidem*. p.318.

⁹⁵ *Ibidem*, p.321.

⁹⁶ ESTELLITA, *loc.cit.*

São exemplos de casos por ele citados⁹⁷: o dos cônjuges com relação a bens imóveis ou direitos a eles relativos (CC de 1916, arts. 235, II, 237; CPC de 1939, art. 81), dos herdeiros de herança indivisa, se dativo o inventariante (CPC de 1939, art. 85), entre o proprietário e o locatário do prédio, quando este é acionado pelo sublocatário (CPC de 1939, art. 364), do dono da obra nova e do construtor desta, no embargo respectivo (CPC de 1939, art. 386), do condomínio, quando se tratar da venda, locação ou administração da coisa comum (CPC de 1939, art. 405).

O autor também rejeitou a segunda tese, para a qual haveria litisconsórcio necessário sempre que a eficácia da sentença dependesse da intervenção de todos os interessados, conforme defendeu Francisco Morato. Segundo Estellita, este não poderia ser o *critério aferidor*⁹⁸ de todos os casos de litisconsórcio necessário, mas apenas daqueles os quais não estivessem regulados em lei. Trata-se de situações em que a relação jurídica submetida a exame não fica definida mediante sentença “que produza efeitos apenas quanto a um ou alguns dos interessados”.⁹⁹ Isso ocorria, para ele, porque, salvo casos especiais a sentença só obrigaria as partes. Logo, a necessidade de trazer todos os interessados na relação a juízo impunha-se.

“O litisconsórcio necessário deve ser definido tendo em vista sobretudo o elemento que lhe é característico – a obrigatoriedade”¹⁰⁰. Foi partindo desse ponto de vista que Estellita passou a buscar os pressupostos da necessariedade. Dessa investigação, resultaram para ele duas fontes do litisconsórcio necessário: disposição de lei ou natureza da relação jurídica ajuizável.¹⁰¹

Como já abordado anteriormente, para o autor, a lei, ao estabelecer um direito, deve declarar a quem e contra quem o assegura¹⁰². Em casos de pluralidade de pessoas, “a lei oferecerá uma fonte segura de verificação de sua vontade quanto à exigência de litisconsórcio necessário”¹⁰³. A ausência de disposição no Código de Processo Civil que cite a lei como fonte de necessariedade do litisconsórcio não impede sua observância.

Interessante registrar que, conforme informa Estellita, raros são os casos em que a lei impõe a necessariedade do litisconsórcio no pólo ativo da demanda, em decorrência do

⁹⁷ESTELLITA, Guilherme. *Do litisconsórcio no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Universidade do Brasil, 1955, p. 316.

⁹⁸ *Ibidem*, p.334.

⁹⁹ *Ibidem*, p.333.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p.314.

¹⁰¹ *Ibidem*, p.319. Disposição de lei ou natureza da relação jurídica são, para muitos autores, como se verá, os dois critérios para a configuração do litisconsórcio necessário no Código de Processo Civil de 1973.

¹⁰² *Ibidem*, p.320.

¹⁰³ *Ibidem*, p.320.

respeito à liberdade de agir. O autor cita como exemplos as demandas relativas aos bens imóveis dos cônjuges e à comunhão hereditária quanto a todos os herdeiros.¹⁰⁴

Segundo o autor, nesses casos em que há multiplicidade de interessados na relação jurídica, o legislador tem a missão de conciliar princípios opostos: de um lado, *o de assegurar o direito de cada cointeressado e*, de outro, *o de evitar o prejuízo dos demais*.

Em regra, opta pela solução mais liberal, por ser a que mais consulta o interesse social – tanto permite a cada cointeressado agir em benefício próprio ou comum quanto permite agir contra cada um dos obrigados em relação à parte que lhe toca ou em relação ao todo, consoante a espécie do vínculo.¹⁰⁵

O mesmo não ocorre em se tratando do litisconsórcio necessário no polo passivo da demanda. São numerosos os casos de demanda para as quais a lei impõe a presença de todos os réus interessados na causa. Estellita conseguiu relacionar, em três páginas¹⁰⁶ diversas hipóteses em que há clara disposição legal dessa exigência. Conforme ele, nesse casos, o legislador “*orienta-se, é natural, pelo princípio jurídico que manda chamar à causa todos aqueles a quem toque o negócio nela agitado*”.¹⁰⁷

Contudo, como ao legislador não é dada a capacidade de prever todas as situações de direito material que podem se configurar, nem sempre estão previstos em lei certos casos de litisconsórcio necessário. É nessa hipótese que surge, para Estellita, a segunda fonte do litisconsórcio necessário: a *natureza da relação jurídica*.

Segundo ele, quando, pela natureza da relação jurídica, os vários interesses só puderem ficar assegurados com a presença de todos os seus titulares no processo, caberá à Justiça velar pela constituição do litisconsórcio necessário, ainda que não previsto em lei.¹⁰⁸ O critério orientador do juiz deverá ser a “*habilidade da sentença para resolver ou não a relação jurídica em litígio e que a muitos interessa*”¹⁰⁹. Em outras palavras, deverá ser a eficácia da sentença. Trata-se do mesmo critério sugerido por Francisco Morato para substituir a expressão *comunhão de interesses* do art. 88, troca contra a qual, inclusive, insurgiu-se Estellita por considerar que a eficácia da sentença não era a *única* causa determinante da necessidade do litisconsórcio.

¹⁰⁴ ESTELLITA, Guilherme. *Do litisconsórcio no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Universidade do Brasil, 1955, p.325.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p.331.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p.326-8.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p.325.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p.331.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p.332.

Bem menos polêmicas suscitaram na doutrina a definição do litisconsórcio facultativo, próprio ou impróprio. No entender de Pontes de Miranda¹¹⁰, o litisconsórcio facultativo próprio era fundado na conexão de causas (art. 88, 2ª parte), não criando para as partes nenhuma obrigação de trazer ao processo todos os interessados. Contudo, se tais interessados se apresentassem, o litisconsórcio não poderia ser recusado. Da mesma forma, vários réus acionados em litisconsórcio em causas conexas também não podiam fugir à reunião imposta¹¹¹. Por sua vez, o litisconsórcio facultativo impróprio¹¹² baseava-se na afinidade de questões jurídicas ou de fato, estabelecido por acordo expresso ou tácito dos litigantes.

Guilherme Estellita¹¹³ acrescentou outras duas hipóteses de formação de litisconsórcio facultativo próprio, em que não há a apresentação de litisconsortes à causa, mas sim, reunião de processos conexos. No pólo ativo, um autor que propõe, separadamente, ações conexas contra vários réus, poderia, no curso do processo, solicitar a reunião das causas, o que era irrecusável para as partes contrárias. Da mesma forma, um réu comum, acionado separadamente por vários autores em causas conexas, poderia exigir a reunião das causas.

3.4 LITISCONSÓRCIO NO CPC DE 1939: O LITISCONSÓRCIO UNITÁRIO

Resta ainda citar mais uma classificação proposta ao litisconsórcio com fundamento legal presente no CPC de 1939. Trata-se do litisconsórcio unitário, expressão cunhada por Pontes de Miranda na 1ª edição dos Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 1¹¹⁴. “Trata-se do equivalente vernáculo de *einheitliche Streitgenossenschaft*, expressão corrente na literatura austríaca”.

Segundo Pontes de Miranda, o art. 90 da legislação processual se refere a essa figura no trecho *ser resolvida de modo uniforme*. Ou seja, sendo unitário o litisconsórcio, “a sentença tem de ser uniforme; o juiz não pode dar sorte diferente, no plano do direito

¹¹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v.2. p.107.

¹¹¹ ESTELLITA, Guilherme. *op.cit.*, p.354.

¹¹² PONTES DE MIRANDA, *op.cit.*, p. 108.

¹¹³ *Ibidem*, p.355.

¹¹⁴ Barbosa Moreira afirma que foi Pontes de Miranda quem introduziu no Brasil o *nomen iuris* litisconsórcio unitário, na 1ª edição dos Comentários ao Código de Processo Civil, vol. I, pgs. 338, 345, 347 e segs. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 9).

material, às partes litisconsorciadas”¹¹⁵. Há, nas palavras desse autor, “mesmeidade da sentença (mesma sorte material) ou unitariedade da prestação jurisdicional”¹¹⁶.

Art. 90. Quando a relação jurídica litigiosa houver de ser resolvida de modo uniforme para todos os litisconsortes, os revéis, ou os que tiverem perdido algum prazo, serão representados pelos demais¹¹⁷.

Importa destacar, todavia, outra característica atribuída por Pontes de Miranda ao litisconsórcio unitário que arrecadou muitos adeptos e motivou muita divergência, talvez até aos dias atuais. Para ele, o litisconsórcio unitário era apenas uma espécie do gênero litisconsórcio necessário. “A unitariedade é apenas espécie; a necessariedade é que é o conceito geral”.¹¹⁸ Dessa máxima, retira-se que não haveria litisconsórcio unitário e, ao mesmo tempo, facultativo.

O autor cita como exemplos de litisconsortes unitários o órgão do Ministério Público e o interessado que move a ação de nulidade de casamento contra os cônjuges, os coproprietários contra o vizinho que tem servidão no prédio ou os coproprietários no caso de limites que se não podem marcar pela posse¹¹⁹. Pontes de Miranda acrescenta que também é unitário, em regra, o litisconsórcio em caso de necessariedade fundada na comunhão, ou seja, quando a causa tiver por objeto as partes indivisas e os comunheiros todos forem legitimados ativa e passivamente em juízo¹²⁰.

Além do acima exposto, afirma Pontes de Miranda que “todo litisconsórcio unitário é litisconsórcio de ofício”¹²¹. Refere-se esse autor à disposição constante no art. 91 do CPC de 1939, 1ª parte, na qual consta o trecho “o juiz *ordenará* a citação de terceiros, para integrarem a contestação”.

Art. 91. O juiz, quando necessário, ordenará a citação de terceiros, para integrarem a contestação. Se a parte interessada não promover a citação no prazo marcado, o juiz absolverá o réu da instância.¹²²

¹¹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v.2. p.98.

¹¹⁶ *Ibidem*, p.98.

¹¹⁷ BRASIL. *Código de Processo Civil de 1939*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De11608.htm> Acesso em: 20 maio 2013.

¹¹⁸ *Ibidem*, p.101.

¹¹⁹ *Ibidem*, p.112.

¹²⁰ *Ibidem*, p.122.

¹²¹ *Ibidem*, p.115.

¹²² BRASIL. *Código de Processo Civil de 1939*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De11608.htm> Acesso em: 20 maio 2013.

Trata-se do conceito de *inquisitividade*¹²³ do litisconsórcio, que coincide com o de unitariedade na sistemática do CPC de 1939 e se contrapõe ao princípio dispositivo. Necessariamente, a unitariedade e a inquisitividade são assim relacionadas pelo autor:

O litisconsórcio do art. 91 é litisconsórcio *unitário*, dito, então, pela exceção ao princípio dispositivo, *litisconsórcio de ofício*. Não se pode dispensar qualquer litisconsórcio por laço de comunhão de interesses (art. 88); a parte não precisa suscitar o litisconsórcio unitário (arts. 90 e 91).¹²⁴

No caso das hipóteses de litisconsórcio unitário, segundo Pontes de Miranda, por força do art. 91, o juiz tinha de proceder à *in ius vocatio* de terceiros, de ofício, quanto ao polo passivo. “Com a medida do art. 91, fica o juiz armado de poder controlador e integrador do processo”¹²⁵. Na opinião do autor, para a incidência do art. 91, bastava que fosse unitário o litisconsórcio, podendo ser, quanto à sua fonte, fundado na comunhão e na conexão de causas. “Evitemos crer que possa ir até ao litisconsórcio voluntário impróprio”.¹²⁶

Todavia, recomendava-se ao juiz muita prudência ao determinar a integração da contestação, em hipóteses de litisconsórcio fundado na conexão de causas, pois, caso a parte interessada não promovesse a citação no prazo marcado, deveria o réu ser absolvido da instância, extinguindo-se o processo.

Posição totalmente diversa à de Pontes de Miranda quanto ao tema do litisconsórcio unitário será defendida por José Carlos Barbosa Moreira. Ainda sob a vigência do Código de Processo Civil de 1939, o processualista carioca, inspirado em legislações germânicas, irá construir uma teoria inovadora para o tema, que encontra adeptos até os dias atuais no Brasil. É sobre esse tema que se passa a tratar.

3.5 LITISCONSÓRCIO NO CPC DE 1939: O LITISCONSÓRCIO UNITÁRIO PARA BARBOSA MOREIRA

Apresentadas as considerações mais consensuais presentes na doutrina sobre o litisconsórcio, ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1939, passa-se à exposição do tema sob o ponto de vista à época inovador de Barbosa Moreira. Isso será

¹²³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v.2. p.99.

¹²⁴ *Ibidem*, p.114.

¹²⁵ *Ibidem*, p.124.

¹²⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972.p.124.

feito com base em dois ensaios (*Notas sobre o litisconsórcio necessário no direito brasileiro e no alemão*¹²⁷ e *O litisconsórcio e seu duplo regime*¹²⁸) e na célebre obra *Litisconsórcio unitário*¹²⁹.

Partindo do pressuposto de que, em certos processos litisconsorciais, a solução do litígio é obrigatoriamente uniforme para todos os coautores ou para todos os corréus, Barbosa Moreira se propõe a estudar quando e por que este resultado deve ocorrer e de que forma, processualmente, garante-se que ele ocorra. Dito em outras palavras, o autor investiga a figura do litisconsórcio unitário e o regime especial que o caracteriza. Nesse empreendimento, Barbosa Moreira irá se contrapor a diversas posições consolidadas na doutrina anterior brasileira sobre o litisconsórcio.

Para tanto, Barbosa Moreira confronta o litisconsórcio unitário com o necessário, na intenção de dar total autonomia conceitual às duas figuras, contrariamente à posição de Pontes de Miranda, que via o litisconsórcio unitário como espécie do gênero necessário. A seguir, elenca as hipóteses em que a resolução uniforme se impõe. Ao final, busca revelar, de forma bastante exaustiva, as peculiaridades processuais do regime especial.

Esta última etapa é considerada pelo próprio autor como a principal¹³⁰, uma vez que redação insuficiente e atécnica¹³¹ do artigo 90 do Código de Processo Civil de 1939 não esclarecia como deveria ser o tratamento dos litisconsortes nas relações entre si e a parte contrária. Para o presente estudo, é de menor interesse.

Principal obra de Barbosa Moreira sobre o tema, *Litisconsórcio unitário* está dividido em duas partes. Na primeira, o autor analisa comparativamente a figura do litisconsórcio nos direitos alemão, austríaco, húngaro, italiano, suíço, tcheco-eslovaco, português e francês. Na segunda parte, referente ao direito brasileiro, Barbosa Moreira divide o tema em três etapas: quanto ao direito anterior, com ênfase para o Código do Processo da Bahia de 1915, quanto ao direito vigente, o então Código de Processo Civil de 1939, e quanto ao direito constituído, representado pelo anteprojeto de novo Código de Processo Civil, elaborado por Alfredo Buzaid, que vem a ser o nosso atual CPC de 1973.

Embora *Litisconsórcio Unitário* tenha sido escrito na vigência do CPC anterior e guarde com o texto da lei certa dependência, a forma como a figura do litisconsórcio vem

¹²⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Notas sobre o litisconsórcio necessário no direito brasileiro e no alemão*. In: Direito Processual Civil (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p.50-7.

¹²⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa, *O litisconsórcio e seu duplo regime*. In: Direito Processual Civil (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p.39-49.

¹²⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 14-5.

¹³¹ *Ibidem*, p. 128.

sendo tratada por parte pela doutrina processual nacional continuou seguindo os conceitos elaborados e as soluções postas nessa obra. Mantém prestígio no Brasil o posicionamento de Barbosa Moreira de que, diante de um processo litisconsorcial unitário e facultativo em que estão ausentes virtuais litisconsortes, deve haver a extensão subjetiva da *auctoritas rei iudicatae* para todos os possíveis legitimados, visando evitar duas coisas julgadas contraditórias formadas em processos distintos, sucessivos ou concomitantes.

Para melhor compreender o posicionamento de Barbosa Moreira a respeito do litisconsórcio unitário no sistema brasileiro, é preciso verificar os dados por ele trazidos sobre o estudo da figura nos direitos alemão e italiano. Isso porque, conforme o autor, a disciplina do litisconsórcio no CPC de 1939 é *de estridente hibridismo*¹³² entre as legislações processuais desses dois países. O art. 88, que diferencia o litisconsórcio necessário do facultativo, seria de origem italiana. Já os arts. 89 e 90, que tratam dos regimes comum e especial do litisconsórcio, teriam como matriz a ZPO alemã. É isso que se passa a fazer

3.5.1 Litisconsórcio no CPC de 1939: o litisconsórcio unitário para Barbosa Moreira. Influência do direito alemão

Cinco dispositivos da ZPO alemã de 1877 tratam do litisconsórcio.¹³³ Os dois primeiros (§§ 59 e 60), enumeram as hipóteses de formação do processo litisconsorcial; os demais (§§ 61 a 63), fixam os dois regimes – comum e especial – a que estão sujeitos os litisconsortes. O dispositivo de maior relevância para o estudo do litisconsórcio unitário é o § 62, que, segundo Barbosa Moreira, trata do regime especial de tratamento:

§ 62 Se a relação jurídica litigiosa só uniformemente puser ser declarada em face de todos os litisconsortes, ou se o litisconsórcio for, por outra razão, necessário, considerar-se-ão representados pelos atuantes os litisconsortes que houverem deixado de comparecer a alguma audiência ou perdido algum prazo.

¹³⁴ ¹³⁵

¹³² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p.117.

¹³³ *Ibidem*, p.18.

¹³⁴ *Ibidem*, p.237.

¹³⁵ A íntegra do dispositivo da lei alemã é o seguinte:

“§ 62 *Notwendige Streitgenossenschaft*

(1) *Kann das streitige Rechtsverhältnis allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden oder ist die Streitgenossenschaft aus einem sonstigen Grund eine notwendige, so werden, wenn ein Termin oder eine Frist nur von einzelnen Streitgenossen versäumt wird, die säumigen Streitgenossen als durch die nicht säumigen vertreten angesehen.*

(2) *Die säumigen Streitgenossen sind auch in dem späteren Verfahren zuzuziehen*” (REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA. *Zivilprozessordnung*, 30 de janeiro de 1877. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/zpo/>> Acesso em: 31maio2013).

Segundo o processualista carioca, a doutrina alemã¹³⁶ retira do § 62 a conclusão de que o regime especial incide em dois casos: quando a relação litigiosa tiver de ser uniformemente declarada ou sempre que a demanda for obrigatoriamente proposta em conjunto¹³⁷. Haveria, portanto, o gênero ‘litisconsórcio sujeito ao regime especial’, de onde se originam duas espécies. A primeira, marcada pela uniformidade na solução do litígio; a segunda, referente ao litisconsórcio de necessária formação. As duas espécies teriam como traço comum a sujeição ao regime especial¹³⁸.

Em ensaio anterior, o autor já alertava para a existência de um *problema terminológico*¹³⁹ na redação do § 62, quanto ao emprego da expressão litisconsórcio necessário (*notwendige Streitgenossenschaft*). Tal expressão aparece com dois sentidos diferentes: na rubrica do dispositivo, referindo-se a sua totalidade, e no corpo do texto, remetendo o intérprete ao litisconsórcio necessário ‘por outra razão’. Dito de outra forma, *notwendige Streitgenossenschaft* estaria se referindo tanto ao gênero do § 62 quanto à segunda espécie de litisconsórcio contida no dispositivo.

Embora cientes do problema, os processualistas alemães não encontraram denominação pacífica para as figuras do § 62, segundo Barbosa Moreira:

Autores adotam designações diversas para as figuras litisconsorciais regidas pelo § 62. Há quem utilize “*notwendige Streitgenossenschaft*” para designar o gênero litisconsórcio necessário, acrescentando a ele os advérbios ‘*eigentlich*’ (propriamente, verdadeiramente) e ‘*zufällig*’ (casualmente, acidentalmente) para marcar a diferença entre as duas espécies; a primeira, cuja demanda conjunta é obrigatória, e a segunda, definida pela solução uniforme.¹⁴⁰

O *nomen iuris* ‘litisconsórcio unitário’, em alemão, equivaleria à expressão “*einheitliche Streitgenossenschaft*”. Contudo, segundo o processualista carioca, a expressão vinha aparecendo apenas na literatura austríaca, com referência à espécie de que trata o § 14 da ZPO da Áustria¹⁴¹.

Para aproximar tais definições da denominação utilizada no Brasil, Barbosa Moreira ora chama de litisconsórcio unitário o gênero “litisconsórcio sujeito ao regime

¹³⁶ Barbosa Moreira critica a exegese do § 62 segundo a qual haveria a incidência do regime especial toda vez que o litisconsórcio fosse necessário, pois essa compreensão faria ‘supérflua’ a parte inicial do dispositivo. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972. p.19.

¹³⁷ *Ibidem*, p.19.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 23-4.

¹³⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Notas sobre o litisconsórcio necessário no direito brasileiro e no alemão*. In: Direito Processual Civil (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p.52.

¹⁴⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio unitário*. *op.cit.*, p.21.

¹⁴¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Notas sobre o litisconsórcio necessário no direito brasileiro e no alemão*, *op.cit.*, p.55.

especial”, ora a primeira espécie de litisconsórcio do § 62 marcada pela uniformidade na solução do litígio. A expressão “litisconsórcio necessário” fica restrita à segunda espécie do § 62, referente à indispensável demanda conjunta.

Seguindo essa sistematização, é lícito afirmar, como o faz Barbosa Moreira, que, no direito alemão, litisconsórcio necessário seria uma espécie do gênero litisconsórcio unitário¹⁴². No mesmo sentido, afirma o autor: “à luz do § 62 da ZPO, convém insistir, todo litisconsórcio necessário (= indispensável) é unitário (= sujeito ao regime especial); a recíproca, porém, não é verdadeira”.¹⁴³

O próprio autor ressalta¹⁴⁴ que tal relação é exatamente o inverso do que vinha sendo defendido pela doutrina brasileira, quanto ao regime do litisconsórcio no CPC de 1939. Como já se sabe, para a doutrina da época, o litisconsórcio necessário era gênero e, o unitário, espécie.

Barbosa Moreira afirma ainda que a investigação quanto à primeira espécie de litisconsórcio regida pelo § 62, referente à uniformidade na solução do litígio, deve ficar apenas no plano processual, sem se cogitar de razões de ordem material¹⁴⁵. Estas, conforme o autor, remetem à formação do litisconsórcio necessário. Da mesma forma, o processualista nega que o objeto do processo possa ser o pressuposto para a necessária uniformidade da solução do litígio, pois não há doutrina unívoca quanto a esse critério.

A extensão subjetiva da coisa julgada, situação na qual litisconsortes que não tomaram parte no processo são submetidas à *auctoritas rei iudicatae*¹⁴⁶ é, para o autor, o pressuposto para a unitariedade da sentença de mérito no direito alemão¹⁴⁷. Seria essa “a

¹⁴² Segundo Barbosa Moreira, tal afirmação também poderia ser feita com relação ao litisconsórcio em outros países germânicos, como a Áustria e a Hungria. Importa, nesse estudo comparado, verificar que nos direitos austríaco e húngaro fica clara a tese de que não há ligação entre litisconsórcio sujeito ao regime especial (unitário) e a necessidade de sua formação (necessário).

¹⁴³ MOREIRA. José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972. p.24.

¹⁴⁴*In verbis*: “Vale a pena observar desde já que, na perspectiva adotada, o litisconsórcio necessário se situa como espécie do gênero ‘litisconsórcio sujeito ao regime especial’; portanto, se aplicarmos a este – conforme também faremos no texto subsequente – a denominação, usada entre nós, de ‘litisconsórcio unitário’, as posições relativas serão inversas às apontadas por parte da doutrina brasileira, que costuma ver no litisconsórcio unitário uma espécie do gênero litisconsórcio necessário. (MOREIRA. José Carlos Barbosa. *Ibidem*, p.24.)

¹⁴⁵ *In verbis*: “Não se tratará de casos relacionados com esta ou aquela característica inerente à própria lide ajuizada: é no plano processual, e só nele, que se há de explicar a obrigatória uniformidade da decisão de mérito”. (MOREIRA. José Carlos Barbosa. *Ibidem*, p.26)

¹⁴⁶Na verdade, nem sempre se fala em extensão da coisa julgada, senão que às vezes em extensão dos efeitos da sentença. A razão disso é a notória inclinação dos autores alemães para, identificando a coisa julgada (material) no só ‘efeito declaratório’, negá-la às sentenças constitutivas. (MOREIRA. José Carlos Barbosa. *Ibidem*, p.26).

¹⁴⁷ Da mesma forma ocorre no direito austríaco, segundo o autor. *In verbis*: “Assim se atingiria, na interpretação do § 14 da ZPO austríaca, resultado final equiparável ao que prevalece quanto ao § 62 do Código alemão: dos dois grupos de casos, um cobriria a área do litisconsórcio necessário e encontraria

primeira circunstância indicada como bastante para tornar necessariamente uniforme a solução do litígio”.¹⁴⁸

A essa conclusão se chega por meio de interessante raciocínio. A coisa julgada que se constitua para qualquer dos possíveis litisconsortes vale igualmente para os outros, e esse resultado deve ocorrer tanto na hipótese de processos distintos e sucessivos, quanto na de um único processo em que vários deles, ou todos, atuem em conjunto. Ora, se se admitisse quebra da uniformidade na solução do litígio, de tal sorte que para um, ou para alguns, a decisão viesse a apresentar determinado teor, e para os demais teor contrário, haveria a consequência absurda de sobreviverem, para cada qual, *duas coisas julgadas contraditórias*.¹⁴⁹

Dito de outra forma, haveria litisconsórcio unitário sempre que a sentença devesse submeter à coisa julgada legitimados que não integraram o processo, evitando, assim, a formação de coisas julgadas contraditórias.

Barbosa Moreira cita exemplos de demandas aptas à extensão da *auctoritas rei iudicatae*, e, por consequência, da uniforme solução do litígio para os litisconsortes que junto litiguem. São elas a anulação ou a declaração de nulidade de uma deliberação da assembleia geral de sociedade por ações promovida por qualquer dos acionistas, a declaração de nulidade do contrato da sociedade de responsabilidade limitada proposta por um dos sócios, e a ação de quaisquer dos credores penhorantes buscando forçar o terceiro devedor ao depósito da importância penhorada.¹⁵⁰

Nesses casos, na presença de mais de um litisconsorte na demanda, para garantir que a solução do litígio seja homogênea, cabe à lei condicionar o comportamento das partes, configurando um regime especial de tratamento para as partes no litisconsórcio unitário¹⁵¹. Tal regime deve ser aplicado uma vez que a simples presença dos legitimados na demanda não garante que a sentença será de igual conteúdo, caso haja a ocorrência de comportamentos contraditórios entre eles.

Segundo Barbosa Moreira, a ZPO buscou configurar um regime especial no § 62¹⁵². Contudo, para o autor, a saída não foi satisfatória. A regra do § 62 preocupa-se apenas com os casos de omissão e não disciplina os efeitos de comportamentos não

principalmente, senão unicamente no direito material a sua razão de ser; o outro, distinguível pela admissibilidade da demanda singular, teria corte exclusivamente processual, relacionando-se com o fenômeno da extensão subjetiva da coisa julgada”. (MOREIRA. José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972.p.45).

¹⁴⁸ *Ibidem*, p.26.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p.27.

¹⁵⁰ *Ibidem*. p.26.

¹⁵¹ *Ibidem*. p.30.

¹⁵² *Ibidem*. p.32.

uniformes ou contrários dos litisconsortes atuantes e da parte contrária em relação aos colitigantes.

Por outro lado, no caso de omissão de litisconsortes, a ZPO considera ‘representados’ pelos atuantes aqueles que faltem a alguma audiência ou percam algum prazo, o que, para Barbosa Moreira é, no máximo, mera ficção.¹⁵³

[...] é impróprio falar de ‘representação’ onde não se exigem, nem há em regra, da parte dos supostos ‘representantes’ – isto é, dos litisconsortes que atuam – a consciência e a vontade de agir em nome dos supostos ‘representados’, mas, bem ao contrário, agem aqueles por si mesmos, e para si mesmos perseguem os efeitos de seus atos. O § 62 teria, portanto, consagrado quanto muito uma *ficção jurídica*: a lei *finje*, para determinados fins, que os litisconsortes atuantes também representam os omissos. E ainda assim, só dentro de certos limites: os efeitos dos atos processuais dos litisconsortes atuantes não se estendem aos outros senão na medida em que isso seja preciso para atender ao objetivo do § 62, que é o de garantir a solução uniforme do litígio”¹⁵⁴.

3.5.2 Litisconsórcio no CPC de 1939: o litisconsórcio unitário para Barbosa Moreira. Influência do direito italiano

Para Barbosa Moreira, devido ao silêncio do ordenamento positivo italiano e ao consequente desinteresse da doutrina quanto à matéria, não há no direito peninsular *uma construção sistemática do litisconsórcio unitário equiparável à empreendida nos países germânicos*.¹⁵⁵ Segundo ele, não havia, à época, no direito italiano, uma perfeita separação entre as figuras do litisconsórcio necessário e do unitário.

A primeira ação da doutrina italiana em prol de sistematizar a matéria data de 1904 e é de Giuseppe Chiovenda¹⁵⁶. Ele empreendeu esforços no estudo do litisconsórcio necessário e na procura de soluções adequadas para os casos em que a decisão de mérito fosse proferida na ausência de litigantes indispensáveis.

Contudo, conforme o processualista carioca, os escritos de Giuseppe Chiovenda mostram que o italiano tinha *plena consciência da duplicidade de sentidos*¹⁵⁷ em que a expressão “litisconsórcio necessário” poderia, eventualmente, ser empregada no direito alemão: ou para se referir à indispensabilidade da presença de todos os litisconsortes na demanda ou para indicar a uniformidade da solução do litígio.

¹⁵³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972. p.34.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p.34-5.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p.61.

¹⁵⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Sul litisconsorzio necessario*. In: *Studi in onore di Vittorio Scialoja* e depois nos *Saggi di Diritto Processuale Civile*, vol. II, p. 427 *apud*. MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro, Forense, 1972.p.62.

¹⁵⁷ MOREIRA. *op.cit.*,p.62.

Na opinião de Barbosa Moreira, após os escritos de Giuseppe Chiovenda sobre o litisconsórcio, é digna de destaque a obra *Il giudizio civile con pluralità di parti*, de Enrico Redenti, publicada em 1911, na Itália. Nela, o autor diferencia a multiplicidade de autores ou de réus como consequência da mera reunião de processos distintos e a estrutura do *processo ou juízo (uno e único) com pluralidade de partes*.¹⁵⁸ Enrico Redenti chega a relacionar o processo uno e único com a uniformidade da decisão judicial e com o litisconsórcio submetido a regime especial pelas legislações germânicas.

Segundo o processualista carioca, Enrico Redenti aceita a ocorrência de unitariedade em casos de litisconsórcio facultativo, denominando tal figura de litisconsórcio *quase necessário*¹⁵⁹. Acrescenta ainda que a obrigatoriedade da demanda conjunta pode se dar por duas razões: devido à natureza da *res in iudicium deducta* (litisconsórcio necessário *secundum tenorem rationis*) e, via legal, por motivos de conveniência (litisconsórcio necessário *propter opportunitatem*). No primeiro caso, em princípio, o litisconsórcio deve ser necessário e unitário¹⁶⁰.

Posteriormente a esses dois autores, conforme Barbosa Moreira, fixa-se na doutrina italiana o uso da expressão litisconsórcio necessário como aquele de indispensável formação¹⁶¹. A ele, atribui-se como característica própria a uniformidade da solução do litígio com relação aos litisconsortes. Dito de outro modo, na Itália, *todo litisconsórcio necessário seria unitário, e todo litisconsórcio unitário seria necessário*¹⁶². Por esse raciocínio, o problema do litisconsórcio unitário, enquanto integrante do litisconsórcio necessário, passa a se relacionar com as características da *res in iudicium deducta*, no plano do direito substantivo.

Nessa linha, conforme o autor, os italianos consideram como *institutos afins e concorrentes*¹⁶³ o litisconsórcio necessário e a extensão subjetiva da coisa julgada, cabendo ao legislador a escolha. Ambos os institutos processuais garantiriam a unitariedade da sentença de mérito diante de mais de um legitimado para demandas conexas.

¹⁵⁸ MOREIRA. José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972. p.64-5.

¹⁵⁹ REDENTI, Enrico. Derecho Procesal Civil, t.1 *apud* MOREIRA. José Carlos Barbosa, *op.cit.* p.65. Segundo Barbosa Moreira, a figura resultante da coparticipação (não obrigatória) de dois ou mais legitimados no processo chamou Redenti 'litisconsórcio quase necessário'.

¹⁶⁰ MOREIRA. José Carlos Barbosa, *op.cit.*,p.65.-6.

¹⁶¹ *Ibidem*, p.68.

¹⁶² *Ibidem*, p.69.

¹⁶³ *Ibidem*, p.71.

A construção italiana é criticada por Barbosa Moreira¹⁶⁴. Por um lado, segundo ele, a presença de todos os litisconsortes na demanda não basta para que a decisão seja uniforme, pois, para isso, devem ser disciplinadas as relações entre eles e a parte contrária. Por outro lado, a extensão da coisa julgada por si só apenas garantiria a homogeneidade da sentença quanto aos legitimados estranhos à demanda. Aos litisconsortes atuantes também seria necessário aplicar uma disciplina processual que regulasse seus atos. Portanto, conclui o processualista carioca que, como já faz a doutrina alemã e austríaca, para garantir a homogeneidade da sentença, é preciso, concomitantemente, impor o regime especial do litisconsórcio aos colitigantes e estender a coisa julgada aos terceiros legitimados ausentes.

3.5.3 Litisconsórcio no CPC de 1939: o litisconsórcio unitário para Barbosa Moreira. Direito brasileiro

Vistos os pontos principais do litisconsórcio nos direitos alemão e italiano que interessam à pesquisa, Barbosa Moreira se volta ao tema no Brasil. Depois de situar historicamente a temática, o autor parte para a análise central do estudo – o litisconsórcio unitário disciplinado no CPC de 1939 – então legislação processual vigente.

Antes de apresentar a inovadora formulação doutrinária por ele desenvolvida sobre a conceituação e o regime processual do litisconsórcio unitário, o processualista faz críticas ao tratamento que vinha sendo dado pela doutrina, principalmente quanto à relação entre este e o litisconsórcio necessário.

Combater a máxima de que “litisconsórcio *unitário* era *espécie* do gênero litisconsórcio *necessário*” foi seu primeiro ato. Segundo ele, apesar de reconhecerem que não havia coextensão entre a área do litisconsórcio necessário e o âmbito de incidência do regime especial, a maioria dos autores da época via o “litisconsórcio *unitário* como *espécie* do gênero litisconsórcio *necessário*”¹⁶⁵. Barbosa Moreira cita como defensores dessa tese José Frederico Marques, Amaral Santos, Guilherme Estellita, Luís Rodolfo de Araújo e Lauria Tucci. Afirma que apenas Calmon de Passos e Arruda Alvim vislumbravam a diferença entre as figuras, admitindo hipóteses de litisconsórcios *unitários não-necessários*.

¹⁶⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972. p.72.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p.123.

O *estridente hibridismo* de fontes que inspirou o legislador do CPC de 1939 para redigir a disciplina legal do litisconsórcio confundiu a doutrina, na opinião de Barbosa Moreira¹⁶⁶. O legislador seguiu a doutrina italiana de Giuseppe Chiovenda para indicar os pressupostos de formação do processo litisconsorcial (art. 88); por sua vez, provêm da ZPO alemã os artigos referentes aos dois regimes do litisconsórcio – comum (art. 89) e especial (art. 90).

Conforme o processualista carioca, na busca por relacionar as figuras litisconsorciais do art. 88 aos regimes definidos pelos arts. 89 e 90, criou-se uma tendência em ligar o litisconsórcio necessário ao regime especial do litisconsórcio unitário (art. 90). Na presença de facultatividade na formação litisconsorcial, deveria incidir o regime comum (art. 89).

Barbosa Moreira critica tal construção, pois, para ele, não há nada na lei que faça unir a hermenêutica dos artigos 88 e 90 e autorize dizer que “o regime especial será aplicável quando necessário o litisconsórcio”¹⁶⁷.

A tal conclusão já havia o autor chegado anos antes, quando da publicação do ensaio “O litisconsórcio e seu duplo regime”. Nele, Barbosa Moreira analisa se a expressão “comunhão de interesses”, do art. 88, 1ª parte, do Código de Processo Civil de 1939, que é o fundamento legal da formação do litisconsórcio necessário, equivale ao sentido e ao alcance do art. 90, do mesmo diploma legal, que traz ao sistema o regime especial, no seguinte trecho: “quando a relação jurídica litigiosa houver de ser resolvida de modo uniforme para todos os litisconsortes”¹⁶⁸.

Para encontrar o sentido do termo “comunhão de interesses”, presente no art. 88, Barbosa Moreira adota a análise feita por Machado Guimarães¹⁶⁹, para o qual a expressão deve ser lida como “comunhão de direito no objeto da demanda”.

Contudo, adverte o processualista carioca que, para encontrar o âmbito de incidência do litisconsórcio necessário, não basta compreender a expressão “comunhão de direitos”. Isso ocorre por dois motivos. Por um lado, para a configuração do litisconsórcio de indispensável formação, tal comunhão seria necessária, mas não suficiente, pois, segundo Machado Guimarães, há inúmeros e notórios *casos em que a própria lei permite*

¹⁶⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972. p.117-8.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p.118-9.

¹⁶⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa, *O litisconsórcio e seu duplo regime*. In: Direito Processual Civil (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p.41.

¹⁶⁹ GUIMARÃES, Luiz Machado. *Estudos de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1969 *apud* MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972. p.41.

a um só dos titulares de um direito em comunhão agir em Juízo na defesa do direito comum, numa hipótese de litisconsórcio facultativo. Por outro lado, para haver o litisconsórcio necessário, a comunhão de direito sequer seria requerida nas hipóteses em que é a lei que cria a obrigatoriedade da demanda conjunta. Dessa forma, conclui Barbosa Moreira que há litisconsórcio necessário quando:

[...] comum a duas ou mais pessoas o direito controvertido, não autoriza a lei a sua defesa judicial por um único dentre os titulares, e *também* quando, mesmo na ausência da comunhão, determina a lei que a ação seja proposta por mais de uma ou contra mais de uma pessoa.¹⁷⁰

Por sua vez, o exame do art. 90 é feito por Barbosa Moreira tendo como base a interpretação da doutrina germânica sobre o litisconsórcio unitário, pois foi a ZPO alemã que inspirou o legislador pátrio na disciplina da matéria. De acordo com ele, a redação brasileira omitiu parte do § 62 da ZPO¹⁷¹, como se nota do grifo sob o trecho faltante.

Art. 90. Quando a relação jurídica litigiosa houver de ser resolvida de modo uniforme para todos os litisconsortes, os revéis, ou os que tiverem perdido algum prazo, serão representados pelos demais.

§ 62 Se a relação jurídica litigiosa só uniformemente puser ser declarada em face de todos os litisconsortes, ou se o litisconsórcio for, por outra razão, necessário, considerar-se-ão representados pelos atuantes os litisconsortes que houverem deixado de comparecer a alguma audiência ou perdido algum prazo¹⁷².

Por causa da omissão do trecho grifado, não consta no CPC de 1939 uma das duas hipóteses de aplicação do regime especial do litisconsórcio unitário prevista na ZPO alemã. Na interpretação de Barbosa Moreira, ficou de fora a exigência de que seja unitária a sentença sempre que necessário o litisconsórcio. Por isso, em situação oposta à alemã, no Brasil, na vigência do CPC de 1939, não se podia afirmar que todo o litisconsórcio necessário fosse também unitário. Ressalta Barbosa Moreira que o raciocínio oposto – de que todo o litisconsórcio unitário seja necessário – também não é possível nem na legislação alemã, nem na brasileira.

Terminada a exposição sistemática do autor quanto seu entendimento sobre os arts. 88 e 90 do CPC de 1939, passa ele a refutar com exemplos a possível equivalência entre as figuras do litisconsórcio necessário e unitário¹⁷³.

¹⁷⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972. p.42.

¹⁷¹ *Ibidem*, p.43.

¹⁷² *Ibidem*, p.237.

¹⁷³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O litisconsórcio e seu duplo regime*. In: *Direito Processual Civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p.45.

Inicialmente, o autor cita um caso de litisconsórcio necessário cuja obrigatoriedade resulta da comunhão de interesses ou direitos, sem haver decisão homogênea, caso em que o litisconsórcio é necessário sem ser unitário:

Tício dá um imóvel em pagamento a Caio e a Mévio, mas depois se convence de que pagou indevidamente. Nesse ínterim, o imóvel foi alienado a Semprônio, a título oneroso. Cabe ao *solvens* a ação de indenização, que terá de ser proposta por Tício contra Caio e Mévio, como litisconsortes passivos. Suponhamos, todavia, que Caio haja obrado de má-fé, e Mévio, de boa-fé. A solução do litígio não será uniforme quanto a um outro: procedente a demanda, Caio será condenado também em perdas e danos, Mévio apenas à entrega da parcela do preço que lhe tocou¹⁷⁴.

Numa segunda hipótese, o autor traz a ação de usucapião como um exemplo de litisconsórcio necessário cuja obrigatoriedade resulta de lei, sem haver decisão homogênea. Trata-se mais um caso em que o litisconsórcio é necessário sem ser unitário.

Por fim, cita hipótese em que é possível verificar a uniformidade da decisão de mérito em caso de litisconsórcio facultativo:

Se, v.g., A e B, condôminos *pro indiviso* de certo imóvel, com fundamento num único e mesmo título, se litisconsorciaram para reivindicá-lo de C, não pode a sentença julgar procedente o pedido em relação a A e improcedente em relação a B, ou vice-versa. No entanto, a qualquer dos dois teria sido lícito propor, sozinho, a demanda¹⁷⁵.

Conforme Barbosa Moreira, *inevitável a conclusão: não há coincidência entre o âmbito de aplicação do art. 90 e o de manifestação do litisconsórcio necessário*¹⁷⁶.

Para tornar coextensivos os conceitos de litisconsórcio unitário e de litisconsórcio necessário, seria preciso: a) que todo litisconsórcio unitário fosse necessário; isto é, que não houvesse litisconsórcio unitário *facultativo*; e vice-versa; b) que todo litisconsórcio necessário fosse unitário, quer dizer: que não existisse litisconsórcio *necessário comum*. Ainda: se verdadeira somente a proposição a), o litisconsórcio unitário constituiria espécie do gênero litisconsórcio necessário; reciprocamente, se verdadeira somente a proposição b) o litisconsórcio necessário constituiria espécie do litisconsórcio unitário¹⁷⁷.

Na ausência de correlação imposta pela legislação entre as duas figuras, o correto seria compreendê-las separadamente. O termo litisconsórcio necessário apenas deveria ser empregado nas situações de indispensável presença simultânea de duas ou mais pessoas

¹⁷⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O litisconsórcio e seu duplo regime*. In: Direito Processual Civil (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p.45.

¹⁷⁵ MOREIRA, *loc.cit.*

¹⁷⁶ MOREIRA. *O litisconsórcio e seu duplo regime. op.cit.*, p.46.

¹⁷⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972. p. 132-3.

num dos polos do processo. Já o litisconsórcio unitário seria “aquele que se constitui, do lado ativo ou do passivo, entre pessoas para as quais há de ser obrigatoriamente uniforme, em seu conteúdo, a decisão de mérito”.¹⁷⁸.

O critério que deve ser utilizado para reconhecer, no plano processual, a ocorrência da unitariedade, é, no entender de Barbosa Moreira, o da extensibilidade da *auctoritas rei iudicatae*¹⁷⁹. Segue, assim, o autor, a tendência doutrinária alemã que propugna nesse sentido. Nas palavras dele:

Sempre que seja apta a fazer coisa julgada também para os restantes a sentença acaso proferida em processo de que participa, ativa ou passivamente, um único (ou alguns) dos potenciais litisconsortes, deve concluir-se que, se efetivamente litigam eles em conjunto, a decisão da causa não pode deixar de ser uniforme em face de todos. E isso porque – consoante se expôs-, do contrário, poderiam formar-se, para *cada um* dos litisconsortes, duas coisas julgadas *contraditórias*¹⁸⁰.

O autor segue o seguinte raciocínio para encontrar os casos de unitariedade da sentença: imagina uma demanda na qual possam (ou devam) figurar, em um dos polos, pelo menos três litisconsortes possíveis. Dois deles estão presentes na demanda; o outro mantém-se ausente, como um terceiro. Se, com o objetivo de evitar duas coisas julgadas contraditórias sobre a mesma relação jurídica, a *auctoritas rei iudicatae* ali formada tiver que se estender ao litisconsorte ausente, deverá também a sentença de mérito ser uniforme para os litigantes presentes.

O processualista carioca afirma ainda que a extensibilidade da coisa julgada e o litisconsórcio unitário guardam entre si uma *equivalência funcional*¹⁸¹, pois são técnicas que visam a *eliminar o risco da quebra de homogeneidade* na disciplina da relação jurídica. A explicação *cabal* da existência delas está relacionada com *uma peculiar característica*¹⁸² da situação jurídica substancial sobre a qual a sentença deverá ser aplicada: a plurissubjetividade.

¹⁷⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972. p.129.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p.138. Acrescenta o autor: “Pode-se, com efeito- e o direito positivo, aqui e alhures, oferece exemplos ilustrativos -, preceituar a extensão da coisa julgada *secundum litis*, muito embora tal opção de política legislativa envolva aceitação de consequências pouco desejáveis: realmente, se a *auctoritas rei iudicatae* só vincula os co-interessados quando julgado *procedente* o pedido, exsurge o risco da formação de coisas julgadas contraditórias *entre as mesmas partes*. (MOREIRA, *op.cit.*, p.147-8)

¹⁸⁰ *Ibidem*, p.138.

¹⁸¹ *Ibidem*, p.140.

Assim afirma Barbosa Moreira:

Quando a situação jurídica substancial é pluri-subjetiva, isto é, abrange mais de duas posições jurídicas individuais, e a seu respeito se litiga em juízo, o resultado a que se visa no feito não pode às vezes deixar de produzir-se a um só tempo e de modo igual para todos os titulares situados do mesmo lado. Isso decorre da maneira pela qual essas posições jurídicas individuais se inserem na situação global. Semelhante inserção é uniforme e *tem de manter-se* uniforme sob pena de tornar impossível a subsistência da própria situação global. Daí haver entre as várias posições individuais uma vinculação tão íntima que qualquer evolução ou será *homogênea* ou *impraticável*.¹⁸³

Explica Barbosa Moreira que as duas técnicas – extensibilidade da coisa julgada e litisconsórcio unitário – podem ser aplicadas separada ou conjuntamente, dependendo do caso.¹⁸⁴

Se todos os litisconsortes possíveis participarem do processo, basta aplicar o regime especial afeito ao litisconsórcio unitário. Na outra hipótese extrema – se apenas um cointeressado figurar no feito – somente a extensão da coisa julgada precisa ser empregada.

Contudo, se uma parte dos litisconsortes estiver presente e outra ficar ausente do processo, ambas as técnicas precisam ser aplicadas para a garantia da homogeneidade da decisão final. Durante o processo, os colitigantes e a parte contrária devem ser submetidos ao regime especial do litisconsórcio unitário. Posteriormente, o resultado homogêneo que sobrevier deve ser ampliado aos ausentes, submetendo-os ao vínculo da *auctoritas rei iudicatae*.

Assentadas essas conclusões, é preciso mirar em um dos principais objetivos da obra de Barbosa Moreira: a configuração processual do regime especial ligado ao litisconsórcio unitário. O autor parte da dicção legal do art. 90, segundo a qual *os revéis, ou os que tiverem perdido algum prazo, serão representados pelos demais*. Ou seja, para garantir a homogeneidade da decisão de mérito que poderia ser afetada por comportamentos omissivos de litisconsortes, o legislador os considera representados pelos atuantes.

Não é essa a melhor solução jurídica, adverte o processualista carioca, pois o que se passa com a ausência no regime especial em nada se assemelha ao instituto da

¹⁸² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972. p.142.

¹⁸³ *Ibidem*, p.143.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p.140.

representação¹⁸⁵. Segundo ele, em linhas gerais, a representação (voluntária) exige a presença *de uma pessoa que pratica ou recebe atos jurídicos em nome de outra*, devendo o representante agir *no interesse do representado*¹⁸⁶. Tal situação não se verifica no litisconsórcio unitário, pois o regime especial incide mesmo sem qualquer manifestação de vontade dos omissos ou dos representantes.¹⁸⁷ Além disso, a figura da representação restaria *insatisfatória*¹⁸⁸ também sob o ponto de vista prático, imaginando-se que estejam presentes na demanda dois litisconsortes atuantes que tenham no processo, atitudes divergentes ou contraditórias. Pergunta-se Barbosa Moreira qual desses comportamentos seria o estendido ao ‘representado’.

O problema não se desfaz com a observação de que seria apenas *legal* a representação citada no art. 90, pois essa figura jurídica exige a presença da vontade do representante.¹⁸⁹ Tampouco concorda Barbosa Moreira em associar-se à doutrina tedesca defensora da ideia da representação como uma ficção jurídica. “Falar em ‘representação ficta’ é excluir que haja de veras representação; é, pois dizer o que *não ocorre*, mas deixando em silêncio o que realmente *ocorre* – e isto, afinal, é o que mais importa”, explica o autor¹⁹⁰.

Mas o que, afinal, realmente *ocorre*? É no sentido de responder, de forma exaustiva, a esse questionamento que se volta Barbosa Moreira. Para tanto, ele constrói um raciocínio a respeito das opções de comportamento das partes no processo, buscando integrar as lacunas da lei.

¹⁸⁵ Da mesma forma, Barbosa Moreira nega a existência de substituição processual nesses casos. “Aproximar da substituição processual a figura de que se trata é alvitre que oferece, tecnicamente, vantagem apreciável, permitindo superar a objeção relativa à circunstância de não agirem os litisconsortes diligentes em nome dos omissos. Continuará a ser verdade, porém, que os atos por aqueles praticados surtem efeitos não apenas para os ‘substituídos’ mesmos, que aliás só precisam ter em vista, ao atuarem, os seus *próprios* fins. Além disso, permaneceriam de pé, em face dessa construção os argumentos de ordem *prática* oponíveis à baseada na idéia de representação: não sendo necessária, à luz da finalidade que se quer atingir, a extensão subjetiva de eficácia quanto a *todos* os atos dos litisconsortes atuantes, somente dentro de certos limites justificar-se-ia o considerá-los como substitutos processuais dos outros; se os diligentes adotassem posições discordantes ou incompatíveis entre si, não se saberia a qual reconhecer e a qual negar a qualidade de substituto dos omissos; atuando todos os co-litigantes, talvez em sentidos contrários, não haveria como reputar qualquer deles substituído pelo (s) restante (s). Isso para não falarmos na total imprestabilidade do expediente em relação às hipóteses de comportamento não uniforme da parte contrária perante os vários co-autores ou co-réus”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972.p. 160-1).

¹⁸⁶ *Ibidem*, p.155.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p.156.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p.158.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p.157.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p.160.

Na sistematização por ele proposta¹⁹¹, haveria comportamentos determinantes (comissivos ou omissivos), aos quais *a lei confere influência decisiva no desfecho do pleito*. Cada comportamento determinante corresponderia, de forma excludente, a um comportamento alternativo - aquele não tem a propriedade de predeterminar conteúdo da regra jurídica concreta a cuja formulação se visa. Barbosa Moreira traz exemplos, para facilitar a compreensão: “alternativo da revelia é o oferecimento de contestação; alternativo da omissão em recorrer é a interposição do recurso; alternativo da desistência é o prosseguimento no processo”¹⁹².

Para o processualista carioca, a redação do art. 90 orienta o intérprete em dois sentidos: *negar efeitos ao comportamento determinante adotado por um ou alguns dos colitigantes e estender aos outros colitigantes os efeitos do comportamento alternativo manifestado por um ou alguns deles*¹⁹³. Em nenhuma hipótese poderá haver, contudo, a extensão do comportamento *determinante* de um ou alguns deles aos demais litisconsortes.

Finalizadas as exposições sobre o tratamento do tema do litisconsórcio para a doutrina sob a vigência do CPC de 1939, passa-se à análise da figura a partir do Código de Processo Civil de 1973 e da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB).

¹⁹¹MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p.161 *et.seq.*

¹⁹² *Ibidem*, p.162.

¹⁹³ *Ibidem*, p.170.

4 LITISCONSÓRCIO UNITÁRIO NO CPC DE 1973

No presente capítulo, são examinadas as regras gerais de admissibilidade do litisconsórcio no Código de Processo Civil de 1973. A atenção principal se volta à análise do art. 47 desse diploma legal. Quanto à formação necessária e/ou facultativa do litisconsórcio unitário, são apresentadas as posições de Ada Pellegrini Grinover (4.3.1), Cândido Rangel Dinamarco (4.3.2), Ovídio A. Baptista da Silva (4.3.3), e de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni (4.3.4). Após tal apresentação, passar-se-á a breve exame quanto ao tratamento que tem sido dado ao tema pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) (4.3.5).

4.1 LITISCONSÓRCIO NO CPC DE 1973: ADMISSIBILIDADE

A disciplina legal do litisconsórcio no Código de Processo Civil ocupa a Seção I do Capítulo V, entre os artigos 46 a 49. A única alteração quanto à redação original foi o acréscimo do parágrafo único do art. 46, incluído pela Lei 8.952 de 1994, para permitir ao juiz controlar o número excessivo de litisconsortes nos casos de formação de litisconsórcio facultativo multitudinário.

Abertura legislativa para a admissibilidade do litisconsórcio no direito brasileiro¹⁹⁴, o art. 46 apresenta os casos nos quais duas ou mais pessoas podem litigar como litisconsortes no mesmo polo da relação processual¹⁹⁵, com poucas diferenças em relação ao art. 88 do CPC de 1939. São eles: comunhão em direitos ou obrigações relativamente à lide (I), conexidade entre as demandas (II e III) e afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito (IV).¹⁹⁶

Para auxiliar a compreensão, Ovídio A. Baptista da Silva, em Comentários ao Código de Processo Civil¹⁹⁷, cita exemplos para cada um dos incisos do art. 46. Vejamos:

Inciso I, *quanto à comunhão de direitos ou obrigações relativamente à lide*. Exemplos: dois ou mais credores de obrigação solidária litigem juntos contra o devedor comum; ou quando estejam unidos, como autores, dois ou mais condôminos em ação

¹⁹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, 8.ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p.93.

¹⁹⁵ As hipóteses de formação do litisconsórcio também estão espalhadas pelo CPC (art. 10º, par., 12, § 1º, 942, inc. II, 952 etc.) e por outras leis. (DINAMARCO, *op.cit.* 96).

¹⁹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *op.cit.*, p.96 e ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: Teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010.p.178. v.1.

visando à condenação do proprietário confrontante a indenizar-lhes as despesas feitas com a construção ou conservação do tapume divisório comum.

Inciso II, *quanto ao mesmo fundamento de fato ou direito*. Exemplos de mesmo fundamento de fato: ação de cobrança do valor do seguro devido por duas ou mais companhias seguradoras, signatárias de uma mesma apólice, para indenização de um determinado sinistro, bem como a ação de despejo em que o locador peça, contra vários inquilinos de um mesmo prédio, sua desocupação para uso próprio. Exemplo de mesmo fundamento de direito: ação proposta por dois ou mais funcionários contra o decreto que os demitira do serviço público, por idêntico motivo.

Inciso III, *quanto à conexão pelo objeto ou pela causa de pedir*. Exemplos: ação em que dois ou mais acionistas impugnem juntos a deliberação tomada em assembleia geral da sociedade anônima; ou os sócios de uma sociedade por quotas ajam em idênticas condições; ou mesmo os sócios de uma sociedade mercantil de outra espécie postulem, em demanda conjunta, o reconhecimento da nulidade ou anulação de ato deliberativo de algum órgão social; ou a ação proposta por dois ou mais credores com a finalidade de ver decretada a anulação do ato por fraude contra credores.

Inciso V, *quanto à afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito*. Exemplos: ação de despejo, se ao invés de ter por objeto um único prédio, pretender o locador a retomada de dois ou mais prédios contíguos para demolição e reconstrução de um único edifício; na ação de indenização promovida por duas ou mais vítimas de um ato ilícito contra o causador do dano, a ligação entre as demandas dá-se pela identidade de um mesmo fato comum.

Deve-se salientar que, para alguns autores, embora sejam quatro os incisos, apenas três são os casos de formação litisconsorcial, pois duas delas (incisos II e III) se referem à mesma hipótese, de conexão¹⁹⁸. Os casos em que “os direitos ou as obrigações derivam

¹⁹⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Comentários ao código de processo civil*: do processo de conhecimento, arts. 1º ao 100, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, v.1. p.201-203.

¹⁹⁸ Definem como três e não como quatro as hipóteses de formação litisconsorcial, por considerar os incisos II e III como casos de conexão de causas. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, 8.ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p.96; DAL POZZO, Antonio Araldo Ferraz. *Reflexões sobre o litisconsórcio*. Justitia, ano 44, vol. 116, jan./mar. 1982, p. 184; e ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*: Teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2010.p.178-9. v.1; BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10.ed.rev.e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1998.v.1.). Segundo Barbi, “a especificação das hipóteses do item II é supérflua, porque os casos ali contemplados - direitos ou obrigações derivadas do mesmo fundamento de fato ou de direito - são abrangidas pelo conceito de conexão descrito no item III”. Contudo, para Ovídio Baptista da Silva, quatro são as hipóteses de admissibilidade litisconsorcial segundo o art. 47 do CPC. O autor não considera que haja coincidência de conteúdo entre os incisos II e III. “Certamente um mesmo ‘fundamento de fato’, ou então um idêntico ‘fundamento de direito’, não chegam a

do mesmo fundamento de fato ou de direito” nada mais são do que hipóteses de conexão pela causa de pedir, previstas no inciso III (“entre as causas houver conexão pelo objeto ou pela causa de pedir”).

Autores como Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo¹⁹⁹ e Cândido Rangel Dinamarco explicam que a possível sobreposição dessas duas previsões legais se deve à diversidade de fontes nas quais o legislador se inspirou para a redação do art. 46. Os incisos I, II e IV são de origem alemã (ZPO, §§ 59 e 60)²⁰⁰ e o inciso III é de influência italiana (art. 103 do *Codice di Procedura Civile*)²⁰¹²⁰². Lembra Cândido Rangel Dinamarco²⁰³ que o inciso II não tinha correspondente no CPC de 1939 e foi acrescentado ao diploma processual atual para ficar mais fiel ao modelo alemão. Contudo, o legislador não teria se dado conta da superposição que estava criando, em relação à já conhecida entre nós hipótese de conexidade, prevista no inciso III do art. 46, inspirada no direito italiano.

Em comparação ao inciso I do art. 88 do CPC de 1939, o inciso I do art. 46 do estatuto processual em vigor tem a qualidade de não repetir a expressão “comunhão de interesses”, que tantas dúvidas gerou na doutrina. No lugar, adotou-se “comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide”.

Inclusive, para Cândido Rangel Dinamarco, o acréscimo da expressão “relativamente à lide” deve ser levado em consideração pelo hermenauta, pois tem expressivo significado a fim de limitar em que casos há verdadeiramente litisconsórcio em hipótese de comunhão. Conforme o autor, para configurar-se um litisconsórcio fundado na comunhão de direitos ou de obrigações é necessário que esteja em juízo como objeto

caracterizar o fenômeno da conexão de causas, determinante de um litisconsórcio”. (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Comentários ao código de processo civil: do processo de conhecimento*, arts. 1º ao 100, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, v.1. p.202).

¹⁹⁹ DAL POZZO, Antonio Araldo Ferraz. *Reflexões sobre o litisconsórcio*. *Justitia*, ano 44, vol. 116, jan./mar. 1982, p. 184

²⁰⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, 8.ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p.124. Afirma Dinamarco: conforme os §§ 59 e 60 da *Zivilprozessordnung* alemã, a pluralidade de autores ou de réus é admissível quando: a) várias pessoas estiverem em comunhão de direito com referência ao objeto do processo; b) os direitos e obrigações derivarem para eles do mesmo fato ou do mesmo título; c) constituírem objeto do processo direitos ou obrigações semelhantes e derivados de um fundamento semelhante de fato ou de direito”.

²⁰¹ Segundo Dal Pozzo, *op.cit.*, p. 184, o art. 103 prevê a “conexão pelo objeto ou pelo título”.

²⁰² “Art. 103. (*Litisconsorzio facoltativo*) Più parti possono agire o essere convenute nello stesso processo, quando tra le cause che si propongono esiste connessione per l'oggetto o per il titolo dal quale dipendono, oppure quando la decisione dipende, totalmente o parzialmente, dalla risoluzione di identiche questioni. Il giudice può disporre, nel corso della istruzione o nella decisione, la separazione delle cause, se vi è istanza di tutte le parti, ovvero quando la continuazione della loro riunione ritarderebbe o renderebbe più gravoso il processo, e può rimettere al giudice inferiore le cause di sua competenza” (REPÚBLICA ITALIANA, *Codice di Procedura Civile*, 28 de outubro de 1940. Disponível em: <<http://www.normattiva.it/ricerca/semplice>> Acesso em: 31 maio 2013.).

²⁰³ DINAMARCO, *op.cit.*,p.106.

principal (cognição *principaliter*) a própria relação jurídica comum. Caso a comunhão seja apenas fundamento para a demanda, ela será apreciada de forma *incidenter tantum*, gerando demandas conexas.

Se determinado contrato é colocado ao centro do objeto de um processo, com o pedido de sua anulação ou de mera declaração de nulidade ou validade, haverá aí uma comunhão relativamente à lide. Na hipótese de um dos contratantes pretender de dois outros o cumprimento a obrigação contratual de cada um, a existência e a validade do contrato em que todos estão envolvidos constitui apenas fundamento das duas demandas conexas (inexiste, portanto, a comunhão descrita no inc. I do art. 46).²⁰⁴

O CPC de 1973 também não trouxe consigo as figuras do litisconsórcio indispensável, irrecusável e adotável, previstas no revogado art. 88. Tampouco relacionou a indispensabilidade do litisconsórcio aos casos de “comunhão de interesses”. Com essas alterações legais, parte da doutrina passou a entender que não havia mais relação obrigatória entre comunhão e necessariedade. Logo, as hipóteses do art. 46 seriam fonte tanto de litisconsórcios facultativos quanto necessários. Adeptos dessa tese invocaram até mesmo a letra da lei, uma vez que no caput do art. 46 emprega-se no o verbo *poder* e não *dever*.

O sistema adotado é deliberadamente outro, de indisfarçável influência alemã (mas italiana também, em alguma medida), ficando afastada agora, pelo direito positivo, a ideia de que o litisconsórcio seria indispensável quando tivesse e *em virtude de ter* por fonte a comunhão em uma relação jurídica substancial controvertida. Não se exclui que casos de comunhão no direito ou na obrigação possam ser de cúmulo subjetivo necessário (...) Nega-se, isso sim, que o *critério* seja hoje o da comunhão, que o Código quis deliberadamente abandonar quando no art. 46 nenhuma disposição trouxe vinculativa da necessariedade ou facultatividade do litisconsórcio às suas espécies e quando no art. 47 usou linguagem completamente diversa para dizer *quando* será indispensável o cúmulo subjetivo.²⁰⁵

A disciplina geral da obrigatoriedade de formação litisconsorcial passa a ser feita pelo art. 47 e toda a controvérsia acerca da facultatividade, da necessariedade e da unitariedade do litisconsórcio serão analisados a seguir.

4.2 LITISCONSÓRCIO NO CPC DE 1973: O ARTIGO 47

O CPC Buzaid dispõe sobre o litisconsórcio necessário e o litisconsórcio unitário em um único artigo, o 47, *caput* e parágrafo único, de forma diversa ao tratamento dado

²⁰⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, 8.ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p.97.

²⁰⁵ *Ibidem*, p.110-1.

ao tema pelo CPC de 1939, que tratava da necessidade/facultatividade da formação no art. 88 e de sua unitariedade (regime especial) no art. 90, sem relacioná-los expressamente.

Em primeiro lugar, o caput do art. 47 abandona a *comunhão de interesses* como causa do litisconsórcio necessário, após intensa crítica da doutrina acerca do art. 88 do CPC de 1939, como já demonstrado no item 3.3 (supra). No lugar, restam como fontes da necessidade da demanda conjunta a *disposição de lei ou a natureza da relação jurídica*.

Tal escolha legislativa do caput do art. 47 recebe elogios de Ovídio A. Baptista da Silva, para quem, seguindo doutrina desenvolvida por Guilherme Estellita, o litisconsórcio necessário deve ser definido partindo-se do elemento que verdadeiramente o diferencia, que vem a ser os motivos pelos quais a sua formação é obrigatória. No caso, a lei e a natureza da relação jurídica posta em juízo, como corretamente impõe o caput do art. 47.

Ovídio A. Baptista da Silva²⁰⁶ alerta para uma incongruência semântica ao final do caput do artigo 47. Segundo o autor, há impossibilidade lógica de “decidir a lide de modo uniforme para *todas as partes*”, uma vez que é impossível a uma sentença de procedência tratar de forma uniforme tanto o autor vitorioso quanto o réu sucumbente. Dessa análise, pode-se inferir que melhor estaria o art. 47, nesse trecho, caso se referisse a *todos os litisconsortes* presentes no mesmo polo da demanda, já prevendo também a possibilidade de se estar diante de um litisconsórcio misto, formado nos polos ativo e passivo.

A falta de previsão de duas figuras no art. 47 – litisconsórcio necessário simples e litisconsórcio facultativo unitário – são apontadas, respectivamente, por Ovídio A. Baptista da Silva e por Cândido Rangel Dinamarco.

Segundo o processualista gaúcho²⁰⁷, “nem todo o litisconsórcio necessário determina que a sentença trate de modo uniforme a todos os litisconsortes”, embora o Código afirme textualmente que “há litisconsórcio necessário, quando, [...] o juiz tiver que decidir a lide de modo uniforme”. Seriam exemplos de litisconsórcio necessário simples a ação de divisão e demarcação (arts. 952 e 967 do CPC) e a ação de usucapião (art. 942 do CPC).

²⁰⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Comentários ao código de processo civil: do processo de conhecimento*, arts. 1º ao 100, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, v.1. p.207.

²⁰⁷ Ovídio A. Baptista da Silva é apoiado por Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero que enxergam nessa redação “evidente impropriedade”, visto que o litisconsórcio necessário pode ser simples ou unitário. (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo*. 2.ed.rev.atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.p. 133).

De outra parte, Cândido Rangel Dinamarco afirma que “peca o art. 47, em substância, apenas por não anunciar também que casos existem de litisconsórcio unitário não necessário, como todos sabem que existem”.²⁰⁸

Diante da ausência de litisconsorte(s) necessário(s) na demanda proposta, o parágrafo único do art. 47 impõe que *o juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo*. Como se vê, é a própria lei que sanciona com a extinção o processo desenvolvido sem a participação de todos os litisconsortes necessários.

Explica Cândido Rangel Dinamarco, baseado em Enrico Tullio Liebman²⁰⁹, que tal sanção está baseada na falta de uma das condições da ação – a legitimidade *ad causam* - decorrente da ausência de um ou mais litisconsorte (s) necessário (s) na demanda. “[...] dizer que o litisconsórcio é necessário significa negar a legitimidade de uma só pessoa para demandar ou para ser demandada isoladamente, carecendo de ação o autor que insistir na demanda isolada”²¹⁰, afirma o autor. Por se tratar a carência de ação²¹¹ uma providência imposta pela ordem pública, cumpre ao juiz fiscalizá-la, “a fim de que o processo tenha reais condições de prestar tutela ao direito da parte, não se desenvolvendo inutilmente”, conforme assinalam Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero.²¹²

Os dois autores gaúchos supracitados defendem que, em estando ausente litisconsorte necessário ativo, deve o juiz determinar a citação pela intervenção *iussu iudicis*²¹³. Se a ausência estiver no polo passivo, basta determinar ao autor que promova a citação, que significa “a adoção das providências necessárias para a sua realização, como o adiantamento das despesas, fornecimento de cópias e indicação do endereço dos citandos”.²¹⁴ Acrescentam Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero que,

²⁰⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, 8.ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 191.

²⁰⁹ “O litisconsórcio necessário resolve-se, do ponto-de-vista teórico, em uma legitimação para agir necessariamente conjunta dos titulares da relação jurídica que o autor que deduzir em juízo: a ação, única, tem cabimento apenas conjuntamente contra os vários legitimados *passivos* necessários, e isso quer dizer que *não tem cabimento só contra* um ou alguns deles (um bem pertencente a três pessoas não pode ser dividido entre duas delas apenas); movido a alguns, a demanda não poderá ser julgada pelo mérito e a rigor deve, mesmo de-ofício, ser declarada inadmissível”. (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, I, n. 51, I, p. 145 *apud* DINAMARCO, *op.cit.*, p. 76).

²¹⁰ DINAMARCO, *op. cit.*, p.76.

²¹¹ *Ibidem*, p.192.

²¹² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: Teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010. v.1.p.182.

²¹³ *Ibidem*, p.182.

²¹⁴ *Ibidem*, p.183.

diante da decisão interlocutória, cabe ao autor anuir na ampliação subjetiva da demanda, aceitando ou agravando (art. 522, CPC).²¹⁵

Em caso de litisconsórcio necessário formado de modo incompleto, a sentença de mérito prolatada no processo é ineficaz ou *inutiliter data* (dada inutilmente). Para parte da doutrina²¹⁶, em qualquer hipótese de litisconsórcio necessário, seja simples, seja unitário, a ineficácia da sentença atinge tanto o litisconsorte que efetivamente integrou a demanda como parte, quanto para aquele que dela não participou.

Contudo, há autores²¹⁷ que defendem que a ineficácia geral da sentença deva ocorrer apenas nos casos de litisconsórcio necessário unitário. Nas hipóteses de litisconsórcio necessário simples, basta a ineficácia relativa, devendo a sentença ser ineficaz em relação ao legitimado não citado, mas válida para os que participaram da demanda.

Há vozes na doutrina no sentido de não existir o problema da não integridade do litisconsórcio necessário, especialmente quanto ao polo ativo. Na falta de colegitimado necessário no polo ativo, argumentam não ser necessária, no curso do processo, a extinção da lide sem julgamento de mérito por falta de legitimidade *ad causum*. Essa é a opinião defendida por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. Entendem os autores que, para cumprir o que impõe o parágrafo único do art. 47 do CPC, havendo litisconsorte ativo que não queira litigar em conjunto com o outro, basta ao litisconsorte autor da demanda movê-la sozinho, incluindo o renitente no polo passivo, como réu.

Citado, aquele que deveria ter sido litisconsorte necessário ativo passa a integrar a lide de maneira forçada a relação processual. Já integrado no processo, esse réu pode manifestar sua vontade de a) continuar no polo passivo, resistindo á pretensão do autor; b) integrar o polo ativo, formando o litisconsórcio necessário ativo reclamado pelo autor. Em qualquer dos dois casos, a sentença será dada em relação a ele, litisconsorte necessário renitente, e produzirá normalmente seus efeitos. O que importa, para que se cumpra a lei e se atenda aos preceitos do sistema jurídico brasileiro, é que os litisconsortes necessários – isto é, todos os partícipes da relação jurídica material discutida em juízo – integrem a relação processual, seja em polo for²¹⁸.

²¹⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: Teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010. v.1. p.183.

²¹⁶ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 12. ed., rev., ampl. e atual.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 319; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. 8. ed. rev., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 176.

²¹⁷ ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, *op.cit.*, p. 183-4.

²¹⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. *op.cit.*, p. 317.

Para Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery , justifica-se tal ação uma vez que há lide ou pretensão resistida entre os litisconsortes.²¹⁹ Além disso, não haveria ofensa ao direito constitucional de ação²²⁰, pois “ninguém pode recusar-se a ser réu de ação judicial”.²²¹

4.3 LITISCONSÓRCIO NO CPC DE 1973: A RELAÇÃO ENTRE O LITISCONSÓRCIO UNITÁRIO E SUA NECESSÁRIA E/OU FACULTATIVA FORMAÇÃO

Muitas são as críticas²²², não sem razão, acerca da problemática redação do art. 47, responsável por acrescentar dificuldades interpretativas para uma temática por si só complexa. A situação se agrava na medida em que, apesar de concordarem quanto à confusão do texto, os autores não apontam os mesmos problemas em sua redação e dele não extraem as mesmas conclusões.

Para auxiliar na compreensão do art. 47, merecem ser destacadas as posições de certos autores, dada a relevância e originalidade que apresentam. A leitura desse dispositivo, somada a considerações de direito material e constitucional, conduzem a possíveis respostas admitidas pelo sistema jurídico para a relação entre litisconsórcio unitário e sua necessária e/ou facultativa formação.

As próximas páginas serão abordadas as posições de Ada Pellegrini Grinover (4.3.1), Cândido Rangel Dinamarco (4.3.2), Ovídio A. Baptista da Silva (4.3.3), e de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni (4.3.4). Após tal apresentação, passar-se-á à breve exame quanto ao tratamento que tem sido dado ao tema pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) (4.3.5).

²¹⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 12. ed., rev., ampl. e atual.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.316-7.

²²⁰ *Ibidem*, p.316.

²²¹ *Ibidem*, p.318

²²² Contra as críticas, insurge-se Cândido Rangel Dinamarco : “A redação extremamente confusa do caput do art. 47 não desmerece o que de substancial ele tem de muito positivo”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, 8.ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p.190).

4.3.1 Litisconsórcio no CPC de 1973: a relação entre o litisconsórcio unitário e sua necessária e/ou facultativa formação. Posição de Ada Pellegrini Grinover

Entre os autores²²³ que tratam do tema do litisconsórcio sob a vigência do CPC de 1973, há prestigiosa corrente teórica que, além de aceitar a configuração da figura do litisconsórcio facultativo unitário, também se filia à solução da extensão subjetiva da coisa julgada *ultra partes*, formulada por Barbosa Moreira, para os seguintes casos, assim configurados:

Trata-se, na verdade, de casos de litisconsórcio facultativo unitário, em que, pela indivisibilidade do objeto da demanda e pela identidade de situações jurídicas dos legitimados, a sentença é necessariamente uniforme para todos os litisconsortes, mas que, sendo o litisconsórcio facultativo, qualquer titular do direito de ação pode propor autonomamente sua demanda. É a situação de um ato único e indivisível exposto à impugnação de uma pluralidade de sujeitos²²⁴.

No rol desses autores, é interessante citar a posição de Ada Pellegrini Grinover. Para a questão dos colegitimados ausentes na demanda, a processualista adotava, até meados da década passada, solução cunhada por Enrico Tullio Liebman, que se baseia na diferenciação entre a eficácia natural da sentença e a autoridade da coisa julgada, rejeitando expressamente a posição de Barbosa Moreira, fundada na extensão da coisa julgada *ultra partes*. Em artigos publicados a partir de 2005²²⁵, Ada Pellegrini Grinover revê sua posição e passa a acompanhar a construção teórica de Barbosa Moreira, acrescentando a ela novos argumentos de justificação.

Verifica-se o posicionamento anterior de Ada Pellegrini Grinover nas notas que a autora oferece à 3ª edição da obra “Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada”, de Enrico Tullio Liebman, publicada em 1984²²⁶, no item referente às ações concorrentes e à pluralidade de partes legítimas à impugnação de um único ato. Nele, a autora faz considerações sobre o problema do litisconsórcio facultativo unitário,

²²³ Declara acompanhar a posição de Barbosa Moreira Fredie Didier Jr. (*Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Salvador: Editora JusPodivm, 2010, v.1, 12.ed., rev., ampl. e atual. p.325).

²²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Coisa julgada erga omnes, secundum eventum litis e secundum probationem*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v.380, jul./ag.2005.p.5.

²²⁵ Como exemplo, cita-se GRINOVER, Ada Pellegrini. *Coisa julgada erga omnes, secundum eventum litis e secundum probationem*. op.cit.

²²⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover, 3.ed.Rio de Janeiro: Forense, 1984.

cujo exemplo típico é o de impugnação da deliberação de sociedade anônima por um dos sócios.²²⁷

Conforme a processualista, quando Enrico Tullio Liebman propôs uma solução para a ausência de colegitimado em demanda na qual a situação jurídica material era indivisível, não havia na Itália lei²²⁸ que dispusesse especificamente quanto aos efeitos da sentença diante de virtual litisconsórcio não-íntegro, situação análoga à brasileira atual. Para o autor italiano, duas eram as opiniões da doutrina pátria. A primeira, seguia no sentido de que a decisão beneficiava e prejudicava a todos os legitimados, presentes ou não na demanda. A segunda, defendia que apenas a sentença de procedência beneficiava a todos; a de improcedência não prejudica o direito de agir dos demais²²⁹.

Conforme Ada Pellegrini Grinover, o autor italiano afastou a primeira hipótese, pois não poderia aceitar que a coisa julgada formada na demanda proposta por um dos interessados pudesse atingir colegitimados ausentes²³⁰, e deu “contornos novos”²³¹ à segunda solução. Para ele, a sentença que anulasse o ato impugnado beneficiava a todos em decorrência da diversidade dos efeitos da sentença e não por uma extensão da coisa julgada a terceiros *secundum eventum litis*²³².

Por outro lado, Ada Pellegrini Grinover não nega a possibilidade de ordenamentos jurídicos estenderem a coisa julgada a terceiros em caso de litisconsórcio unitário. Argumenta, contudo, que não há no Brasil disposição legislativa no sentido de autorizar essa prática. Ao contrário, “entre nós, o art. 472 traça a regra da limitação subjetiva da

²²⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover, 3.ed.Rio de Janeiro: Forense, 1984, p.238.

²²⁸ Conforme Ada Pellegrini Grinover, o art. 2.377 do Código Civil Italiano prevê que “só a anulação das deliberações sociais, contrárias à lei ou ao ato constitutivo, tem efeitos com relação a todos os sócios, mas isso não se dá quando a sentença desacolha a impugnação. Daí por que, nesse caso, os co-legitimados que não tenham participado da ação podem reapresentá-la”. (LIEBMAN, Enrico Tullio. *op.cit.*,p.238)

²²⁹ *Ibidem*, p.238-9.

²³⁰ *Ibidem*, p.238-9.

²³¹ *Ibidem*, p.239.

²³² Ada Pellegrini Grinover prefere a expressão extensão da coisa julgada a terceiros *secundum eventum litis* a coisa julgada *secundum eventum litis*. Com razão, ela afirma que a coisa julgada *secundum eventum litis* nada tem a ver com terceiros, pois diz respeito às partes do processo, podendo a coisa julgada formar-se ou não, de acordo com o resultado da demanda. Todavia, quando a coisa julgada é estendida a terceiros apenas *in utilibus*, não se está falando propriamente de coisa julgada *secundum eventum litis*, mas sim de extensão da coisa julgada a terceiros, *secundum eventum litis*. (*Coisa Julgada erga omnes, secundum eventum litis e secundum probationem*. Revista Forense, v.380, jul./ag. 2005, p.7-8)

coisa julgada de maneira rígida”²³³. Dessa forma, em respeito aos direitos constitucionais de defesa, ao princípio do contraditório e à bilateralidade da ação e da exceção²³⁴, conclui:

Sem norma expressa, no sentido da extensão da coisa julgada aos possíveis litisconsortes unitários; e havendo, ao contrário, regra limitadora explícita em nosso ordenamento, não há como abranger na autoridade da coisa julgada terceiros, ainda que eventuais litisconsortes unitários, se do juízo não participaram.²³⁵

A partir desses argumentos, Ada Pellegrini Grinover conclui que, em caso de improcedência do pedido de anulação, o outro sócio ausente na demanda não fica impedido de fazer o mesmo pedido, em outro processo. Em havendo, nessa segunda demanda, procedência do pedido e obtida a anulação, a segunda coisa julgada prevalecerá para todos, “não só em virtude do princípio pelo qual a segunda coisa julgada, no conflito entre duas, há de prevalecer, ainda mais porque, a não ser assim, o exercício da segunda ação teria sido inútil”²³⁶.

Conforme a autora, igual raciocínio aplica-se ao caso de o primeiro sócio ter obtido a anulação. Pode o colegitimado ausente no primeiro processo propor nova demanda, ser vitorioso e obter a declaração de validade da decisão. Prevalecerá a segunda coisa julgada sobre todos os sócios. (...) “o que não se pode impedir – a pretexto de uma coisa julgada que opere *ultra partes* - o exercício do direito de ação aos demais sócios, sem preceito expresso que excepcione ao art. 472”²³⁷.

Anos depois, contudo, revendo a seu posicionamento, radicado “numa postura intransigente de total indiferença à coisa julgada por todo e qualquer terceiro”²³⁸, Ada Pellegrini Grinover passou a acompanhar a “posição sempre lúcida de Barbosa Moreira”²³⁹, à qual agregou novos argumentos favoráveis. Conforme a autora, posteriormente, “o próprio Liebman pareceu menos seguro de sua posição, no caso de concurso de ações, afirmando que ‘o estado da doutrina e da jurisprudência não permite indicações seguras sobre a solução dos diversos problemas’²⁴⁰.

²³³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover, 3.ed.Rio de Janeiro: Forense, 1984. p.241.

²³⁴ *Ibidem*, p.241.

²³⁵ *Ibidem*, p.241.

²³⁶ *Ibidem*, p.242.

²³⁷ *Ibidem*, p.242.

²³⁸GRINOVER, Ada Pellegrini. *Coisa julgada erga omnes, secundum eventum litis e secundum probationem*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v.380, jul./ag.2005.p.6.

²³⁹ *Ibidem*, p.6.

²⁴⁰ *Ibidem*, p.5.

Ainda tendo como paradigma a hipótese de anulação de deliberação social, Ada Pellegrini Grinover relata que, após a construção teórica de Liebman, as legislações da Alemanha e da Itália criaram normas praticamente idênticas, segundo as quais a sentença que anula a assembleia geral, em demanda de qualquer sócio, atinge a todos os demais acionistas ausentes do processo²⁴¹. Contudo, as disposições legais não trataram das consequências da rejeição da demanda.

Segundo a autora, na Alemanha, a doutrina continua a considerar que a coisa julgada atua *erga omnes*, também em caso de improcedência da demanda. Por sua vez, os autores italianos tem posição oposta, defendendo-se, majoritariamente, que a rejeição da demanda não impede novas impugnações de outros sócios²⁴².

A explicação italiana é a de que, na sentença de procedência, o juiz declara o direito potestativo do sócio à desconstituição, o satisfaz e elimina a deliberação para todos os acionistas. Já quanto à sentença de improcedência, o juiz apenas estaria declarando a inexistência de direito potestativo do autor, sem apreciar o direito potestativo dos demais sócios²⁴³.

Para a processualista, a posição italiana não se sustenta, pois, em sendo igual a causa de pedir, “os direitos potestativos de todos os sócios à anulação da assembleia são idênticos. E julgando o direito potestativo de um deles, todos os demais estarão julgados”²⁴⁴.

Quanto ao sistema brasileiro, Ada Pellegrini Grinover lembra que o ordenamento permanece omissivo quanto à extensão da coisa julgada aos demais sócios ausentes na demanda. Entretanto, ela vê a possibilidade de se estender para esses casos as mudanças havidas em matéria de processos coletivos, nos quais adota-se a coisa julgada *erga omnes*, ressalvada a improcedência por insuficiência de provas.

Segundo a autora, na própria Lei de Ação Popular de 1964, havia a possibilidade de que certo ato da Administração fosse anulado ou desconstituído para todos, em demanda para a qual era legitimado, de forma concorrente e autônoma, qualquer cidadão. Ela acrescenta ainda que a coisa julgada *erga omnes* também foi a escolha feita pela Lei da Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor, na tutela de direitos

²⁴¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Coisa julgada erga omnes, secundum eventum litis e secundum probationem*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v.380, jul./ag.2005.p.5.

²⁴² *Ibidem*, p.5.

²⁴³ *Ibidem*, p.5-6.

²⁴⁴ *Ibidem*, p.6.

difusos ou coletivos, de natureza indivisível, com hipóteses de legitimação concorrente e autônoma²⁴⁵.

A evolução do instituto da coisa julgada, em seus limites subjetivos, é exatamente esta. Não há como fugir. É a própria natureza das coisas – a indivisibilidade do objeto e a identidade de situações jurídicas – que dá resposta ao problema.²⁴⁶

Contra a acusação de que a extensão da coisa julgada a terceiros possa afrontar as garantias constitucionais do devido processo legal e do contraditório, a autora argumenta a possibilidade de considerar-se o autor como substituto processual dos demais sócios. Nesse caso, [...] “o problema ficaria resolvido, uma vez que, na substituição processual, a coisa julgada abrange o substituto e os substituídos”²⁴⁷. Todavia, como reconhece a processualista, não há ordenamento pátrio lei que autorize o sócio a pleitear, em nome próprio, direito alheio.

A essa ausência legal, Ada Pellegrini Grinover responde com uma “interpretação mais elástica” do art. 6º do CPC, feita pela doutrina antes da entrada em vigor da Lei da Ação Civil Pública. Segundo ela, a partir de então, passou-se a entender que, em sede de ação coletiva, o membro do grupo tem legitimação para a demanda já que o seu interesse é, ao mesmo tempo, próprio e alheio²⁴⁸. Daí, conclui a autora:

Com maior razão, portanto, uma operação simples de hermenêutica seria suficiente para entender ser o sócio que pretende a anulação da assembleia substituto processual dos demais, que se encontram na mesma situação jurídica. Trata-se simplesmente de observar a natureza das coisas e é exatamente à natureza das coisas que devem se adaptar os princípios e até mesmo as garantias constitucionais.²⁴⁹

4.3.2 Litisconsórcio no CPC de 1973: a relação entre o litisconsórcio unitário e sua necessária e/ou facultativa formação. Posição de Cândido Rangel Dinamarco

Da análise do art. 47 do CPC de 1973 e da natureza das relações jurídicas postas em juízos, passando pelas exigências constitucionais e pela disciplina do ordenamento positivo brasileiro, Cândido Rangel Dinamarco conclui haver no sistema brasileiro tanto casos de litisconsórcio unitário necessário quanto de litisconsórcio unitário facultativo.

²⁴⁵GRINOVER, Ada Pellegrini. *Coisa julgada erga omnes, secundum eventum litis e secundum probationem*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v.380, jul./ag.2005.p.6.

²⁴⁶ *Ibidem*, p.6.

²⁴⁷ *Ibidem*, p.7.

²⁴⁸ *Ibidem*, p.7.

²⁴⁹ *Ibidem*, p.7.

O autor defende, nos moldes do que já vinha sendo feito por autores como Barbosa Moreira, a distinção²⁵⁰ entre os fenômenos da necessariedade e da unitariedade e rejeita a construção de Pontes de Miranda segundo a qual o litisconsórcio unitário seria uma subespécie do necessário²⁵¹.

O processualista brasileiro moderno coloca os dois fenômenos adequadamente em planos diversos, consciente de que estamos diante de duas problemáticas distintas: a da relação processual (litisconsórcio necessário ou facultativo) e a do regime de tratamento dos litisconsortes no processo (litisconsórcio necessário (sic: unitário) ou comum).²⁵²

Contudo, o processualista paulista não se vincula à solução oferecida por Barbosa Moreira quanto à ausência de colegitimados na demanda, em casos de litisconsórcio facultativo e unitário. Ele não admite a extensão subjetiva da coisa julgada (*auctoritas rei iudicatae*) para aqueles que poderiam estar presentes na demanda e não estiveram. Na ausência de definição legal para o caso, Cândido Rangel Dinamarco constrói tese distinta, que se baseia na limitação subjetiva da coisa julgada insculpida no art. 472 do CPC e na célebre teoria desenvolvida por Enrico Tullio Liebman sobre a diferença entre a eficácia da sentença e a autoridade da coisa julgada. Também cita outras técnicas utilizadas pelo legislador para evitar os problemas que podem ser causados pela ausência de colegitimados na demanda.

A tarefa de construir uma interpretação que fundamente essas posições é empreendida com fôlego por Cândido Rangel Dinamarco, de forma especial, na obra *Litisconsórcio*, cuja primeira edição data de 1984. Nessa presente monografia, trabalhamos com sua mais recente edição, de 2009. É o que se passa a fazer.

²⁵⁰ Dinamarco não desconhece haver *muita incerteza* quanto ao tema do litisconsórcio unitário na doutrina alemã e italiana. “[...] a lei alemã, empregando o adjetivo *notwendige* em dois sentidos diferentes, bastante concorreu para a difusão, que a própria doutrina germânica não se livrou de fazer, entre a unitariedade do litisconsórcio e sua necessariedade [...] A doutrina italiana chegou a perceber a diferença entre o que chamou de *dois momentos* do litisconsórcio necessário, ou seja, a indispensável presença de todos os legitimados no processo e a solução necessariamente única da causa para todos os litisconsortes participantes da relação processual; nesse segundo *momento* indicado, como facilmente se percebe, reside a *unitariedade* e não a necessariedade do litisconsórcio. Jamais chegaram os italianos, porém, a distinguir nitidamente os dois fenômenos, sendo comum encontrar-se, tanto nos autores clássicos como nos contemporâneos, conceitos e raciocínios nominalmente voltados ao litisconsórcio *necessário* que antes se aplicam à unitariedade do litisconsórcio”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, 8.ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p.141-2).

²⁵¹ *Ibidem*, p.141 e 221.

²⁵² *Ibidem*, p.156.

4.3.2.1 Litisconsórcio no CPC de 1973: a relação entre o litisconsórcio unitário e sua necessária e/ou facultativa formação. Posição de Cândido Rangel Dinamarco. Relação entre o litisconsórcio unitário e o necessário

Na esteira dos teóricos que empreendem esforços para distinguir conceitualmente as figuras do litisconsórcio unitário e do necessário, Cândido Rangel Dinamarco não inova ao tratar, em tese, desses conceitos.

A unitariedade, segundo ele, consiste em um indispensável julgamento uniforme de mérito para todos os litisconsortes²⁵³, tratados no processo conforme um regime especial²⁵⁴, por estar no centro da demanda, como objeto do *petitum* e não como fundamento do pedido²⁵⁵, uma relação jurídica substancial incindível e plurissubjetiva.²⁵⁶

Seria *inútil*²⁵⁷ (*inutiliter datus*) impor a esse tipo de relação jurídica disposições incompatíveis entre si. A desconsideração da unitariedade do litisconsórcio criaria situações esdrúxulas como a de anular o casamento para o marido, mas manter válida a união com relação à esposa.²⁵⁸

Por outro lado, a necessidade do litisconsórcio refere-se à indispensável presença de duas ou mais pessoas como autores ou réus no processo, por exigência de dois *fatores de aglutinação*: a incindibilidade da situação jurídica ou a conveniência de que o processo tenha maior abrangência e utilidade em relação a maior número de sujeitos²⁵⁹. A legitimidade *ad causam* para agir passa a ser necessariamente conjunta de todos os titulares da relação jurídica deduzida em juízo, agrupada num único poder de ação²⁶⁰. Em regra, comportando exceções²⁶¹, litisconsórcios necessários formados por força da incindibilidade da situação jurídica seriam unitários e os litisconsórcios impostos pela lei por juízos de conveniência seriam simples.

²⁵³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, 8.ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 143.

²⁵⁴ *Ibidem*, p.188.

²⁵⁵ *Ibidem*, p.159.

²⁵⁶ *Ibidem*, p.156.

²⁵⁷ *Ibidem*, p.157.

²⁵⁸ *Ibidem*, p.157.

²⁵⁹ *Ibidem*, p.188.

²⁶⁰ Dinamarco propõe interessante relação entre as espécies de litisconsórcio, ação e demanda. Em resumo, a construção é a seguinte: “o regime do litisconsórcio determina a ocorrência ou não do *cúmulo subjetivo* de demandas: há *cúmulo* no litisconsórcio comum, e no unitário uma demanda só. Conclui-se também que a pluralidade de ações depende de outra classificação das espécies litisconsorciais: no litisconsórcio necessário tem-se sempre uma só ação com pluralidade de legitimados, e no facultativo uma pluralidade de ações (se o facultativo for unitário, concurso subjetivo de ações)”. (*Ibidem*, p. 81- 93).

²⁶¹ A ação de divisão para partilhar coisa comum (art. 946, II, CPC) já produziria um litisconsórcio necessário (e unitário) por força da indivisibilidade do direito material posto em juízo. Contudo, além disso, o art. 949 do CPC tem disposição específica exigindo a citação de todos os condôminos. (*Ibidem*, p.203).

Aproveitando o exemplo acima trazido, numa ação de nulidade de casamento, por ser incidível a relação jurídica presente na lide, também seria necessário o litisconsórcio entre os cônjuges, uma vez que uma sentença prolatada apenas em relação a um deles, sem que o outro também fosse parte do processo, seria inútil (*inutiliter data*)²⁶².

Por meio dos exemplos utilizados, Cândido Rangel Dinamarco nos conduz à conclusão de que, *a princípio*²⁶³, havendo situação jurídica incidível posta no centro do processo, unitariedade e necessidade do litisconsórcio são “expressões de uma só ideia”²⁶⁴, pois tão inútil oferecer decisões diferentes para cada litisconsorte é oferecer essa decisão a apenas um deles²⁶⁵. Há, nesses casos, nas palavras do autor, “identidade de razões” que conduzem ao litisconsórcio necessário e unitário.²⁶⁶

As mesmas razões de direito material e da realidade da vida que se projetam no processo para ditar o regime unitário, projetam-se no processo também como *fator de aglutinação* capaz de impedir a litigância individual e impedir a conjunta. É lícito dizer, da mesma forma como no trato da unitariedade, que a necessidade se dará quando a relação jurídica controvertida for incidível²⁶⁷.

Para o processualista, apesar de apresentar uma redação extremamente confusa²⁶⁸, o *caput* do art. 47 conseguiu relacionar muito bem os fenômenos da necessidade e da unitariedade, quanto aos pressupostos acima apresentados.

Na interpretação de Cândido Rangel Dinamarco, a regra fundamental constante nesse dispositivo é a de que “há litisconsórcio necessário, quando (...) o juiz tiver que decidir a lide de modo uniforme para todas as partes”²⁶⁹. Por corresponder ao conceito de litisconsórcio unitário a última parte do trecho, passa-se a ler: “há litisconsórcio necessário, quando ele for unitário”. Em outras palavras, “o litisconsórcio será *necessário sempre que unitário*”.²⁷⁰

²⁶² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, 8.ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p.190.

²⁶³ Com a observação de que essa é apenas uma regra fundamental, sujeita a exceções em dois sentidos opostos (há casos de litisconsórcio unitário que não é necessário e casos de litisconsórcio necessário que não é unitário). (*Ibidem*, p. 195).

²⁶⁴ *Ibidem*, p.188.

²⁶⁵ Dinamarco cita trecho de REDENTI, Enrico (*Il giudizio civile con pluralità di parti*, n.179, p. 255-256) que bem explica o fenômeno da relação entre litisconsórcio unitário e litisconsórcio necessário nos casos de relação jurídica incidível: “nos casos de que cuidamos, os órgãos jurisdicionais (a) não poderão emitir um provimento que fixe ou modifique a posição de todos os sujeitos legitimados sem que todos estejam em juízo ou a ele sejam chamados; mas (b) não poderão, por outro lado, emitir provimentos que enderecem seus efeitos só a alguns, estando em juízo só estes, porque nesse caso o provimento não produziria todos seus efeitos característicos e seria, atual e virtualmente, *inutiliter datus*”. (DINAMARCO, *op.cit.*, p.193)

²⁶⁶ DINAMARCO, *op.cit.*, p.192.

²⁶⁷ *Ibidem*, p.195.

²⁶⁸ *Ibidem*, p.190.

²⁶⁹ *Ibidem*, p.194.

²⁷⁰ *Ibidem*, p.191.

Nas palavras do autor:

Segundo sua regra fundamental (*do art.47*), que constitui o centro nuclear do sistema da unitariedade e da necessariedade no direito brasileiro, os dois fenômenos *haveriam* de ocorrer sempre coincidentemente: há sobejas razões para que *em princípio* o litisconsórcio seja ao mesmo tempo unitário e também necessário sempre que se trate de relações jurídico-materiais insuscetíveis de decisões conflitantes.²⁷¹

Contudo, esta conclusão²⁷² de Cândido Rangel Dinamarco quanto à leitura do art. 47, de que o litisconsórcio será *necessário sempre que unitário*, não está imune a exceções decorrentes de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, trazidas por ele próprio. Como se verá a seguir, as restrições impostas à figura do litisconsórcio necessário unitário serão tantas a ponto de transformar a regra fundamental em excepcionalidade do sistema.

Segundo o autor, além de aferir a necessariedade a partir da unitariedade, o caput do art. 47, também contempla a formação de litisconsórcio necessário sempre que a norma legal específica o determine²⁷³, gerando, no mais das vezes, litisconsórcio necessário e simples. Porém, na opinião de Cândido Rangel Dinamarco, o art. 47 está equivocada, em substância, por não anunciar também que casos existem de litisconsórcio unitário não necessário, situações em que “apesar de unitário, o litisconsórcio deixa de ser indispensável”²⁷⁴.

4.3.2.2 Litisconsórcio no CPC de 1973: a relação entre o litisconsórcio unitário e sua necessária e/ou facultativa formação. Posição de Cândido Rangel Dinamarco. A figura do litisconsórcio unitário facultativo no sistema brasileiro atual

Cândido Rangel Dinamarco apresenta ao menos duas situações que representam exceção à regra geral do *caput* do art. 47 e que dão sustentação à figura do litisconsórcio facultativo unitário no sistema processual civil brasileiro.

²⁷¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, 8.ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. 219-20.

²⁷² Hélio Tornaghi tem igual interpretação do caput do art. 47. *In verbis*: “A leitura do art. 47 revela que a lei considerou a necessidade de sentença uniforme como causadora da necessidade do litisconsórcio: quando o juiz tiver de decidir o litígio de modo uniforme para todas as partes, deverão ser chamados ao processo todos os litisconsortes, isto é, todos os que podem ser litisconsortes, pois, se assim não for a sentença será proferida inutilmente (*inutiliter data*): não terá eficácia”. (conforme TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1976, v.1. p.216).

²⁷³ DINAMARCO, *op.cit.*, p.191.

²⁷⁴ *Ibidem*, p.219.

Primeiramente, é o legislador que cria hipóteses de litisconsórcio facultativo unitário ao conferir legitimidade individual para cada interessado ingressar em juízo, em se tratando de demanda que verse sobre relação jurídica incindível a exigir solução homogênea única.²⁷⁵ O autor cita como exemplos as permissões legais de que cada sócio demande a anulação de ato de assembleia societária ou de que cada um dos comunheiros possa reivindicar a coisa comum.²⁷⁶

Para ele, o silêncio do caput do art. 47, que não prevê casos de litisconsórcio facultativo necessário nem oferece encaixe sistemático às normas que o impõem, não é razão suficiente para que se afirme estar mal posto o sistema.²⁷⁷ Conforme Cândido Rangel Dinamarco, por ser um todo harmônico, o ordenamento processual deve ser compreendido no conjunto de suas disposições gerais e especiais. Além disso, não há problema ou novidade em que uma *lex generalis* sofra ressalvas ou restrições derivadas de *leges speciales*²⁷⁸

Cândido Rangel Dinamarco cita, como a outra restrição à regra fundamental do caput do art. 47, a *tendência* de se excepcionar a formação do litisconsórcio necessário unitário no polo ativo do processo, no sentido de *alargar a facultatividade* para que a ação possa ser exercida individualmente²⁷⁹, ainda que não haja lei dispensando expressamente a cumulação subjetiva.

Segundo o autor, há casos nos quais exigir a presença de todos os cotitulares da situação jurídico-substancial no polo ativo da demanda constitui grave obstáculo ao exercício do direito constitucional de ação²⁸⁰. Ele defende que, nos termos do parágrafo único do art. 47 do CPC, o colegitimado indispensável em litisconsórcio necessário só será citado se estiver no polo passivo. “Sendo ativo, o autor deverá conformar-se com a omissão ou mesmo negativa do cotitular da situação jurídica, extinguindo-se o processo sem julgamento do mérito”.²⁸¹

Está instalado o impasse. De um lado, ninguém pode ser compelido a agir em juízo²⁸²; de outro, o colegitimado que quer demandar não é admitido a fazê-lo

²⁷⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, 8.ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p.224.

²⁷⁶ *Ibidem*, p.223.

²⁷⁷ *Ibidem*, p.220.

²⁷⁸ *Ibidem*, p.220-1

²⁷⁹ *Ibidem*, p.223.

²⁸⁰ *Ibidem*, p.223.

²⁸¹ *Ibidem*, p.286.

²⁸² *Ibidem*, p.261.

individualmente por carência de ação, ficando impedido de trazer ao Poder Judiciário a pretensão de que é titular.²⁸³

Frente a essa relevante consequência, adverte Cândido Rangel Dinamarco que os juízes não devem ceder ao estímulo das partes em forçar o reconhecimento da necessidade do litisconsórcio no polo ativo nas hipóteses nas quais não há fundamentação para tanto²⁸⁴. Acrescenta o processualista que, inclusive, no direito brasileiro, o juiz não tem o poder discricionário para criação de litisconsórcio necessário *ope iudicis*, como ocorre na Itália. Lá, ainda que nenhuma lei imponha ao caso a necessidade de formação litisconsorcial, pode uma determinação judicial exigir a integração de um terceiro ao processo sob pena de o mérito não ser julgado. Trata-se da chamada intervenção *iussu iudicis*, inexistente no Brasil, na opinião do autor paulista²⁸⁵. A partir dessas considerações, segundo Cândido Rangel Dinamarco, uma errônea e desaconselhável exigência judicial da presença de um litisconsorte facultativo no polo ativo da demanda criaria uma situação estranhíssima, caso esse litisconsorte não se apresentasse à demanda:

[...] Nessa hipótese, a ser mantida a exigência, ficamos em um difícil dilema: ou não pode o feito prosseguir e a garantia constitucional da ação fica maculada, ou os legitimados ativos serão citados, com o risco de permanecerem revéis – e então estaremos fazendo uma estranhíssima ‘citação’ de autores e admitindo uma ‘revelia’ no pólo ativo da relação processual. Essas soluções, que trazem em si todos os inconvenientes atribuídos ao litisconsórcio ativo, são manifestamente indesejáveis e de gritante aberração sistemática e conceitual.²⁸⁶

Nesse contexto, em mais de uma passagem, Cândido Rangel Dinamarco chega a fazer referência a uma *tendência*²⁸⁷ em prol da limitação dos casos de litisconsórcio necessário, especialmente o ativo, como forma de prestigiar o direito constitucional de ação, ainda que esteja em lide uma relação jurídica incindível. “Tratando-se de necessidade no lado ativo da relação processual, há grande tendência da lei a eliminá-la ou reduzi-la ao mínimo indispensável de casos, sentindo-se na doutrina alguma voz no sentido de sua total inconfigurabilidade”²⁸⁸

No polo ativo, conforme o autor, as poderosas razões que legitimam o instituto do litisconsórcio e pressionam no sentido de sua existência se chocam com forças em sentido

²⁸³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, 8.ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p.270.

²⁸⁴ *Ibidem*, p.215.

²⁸⁵ *Ibidem*, p.248.

²⁸⁶ *Ibidem*, p.217.

²⁸⁷ Acrescenta o Cândido Rangel Dinamarco que, há quase um século, os italianos buscam, “na medida do possível, eliminar essa figura” (litisconsórcio necessário). *Ibidem*, p.247.

oposto, advindas da disciplina geral do direito processual civil e do sistema de garantias que o tutelam²⁸⁹. O embate é tão intenso que o processualista chega a usar a expressão *campo minado*²⁹⁰ para se referir ao tema da exigência da formação litisconsorcial no polo ativo.

Cândido Rangel Dinamarco oferece uma solução para esse impasse. Para concluir pela necessidade ou facultatividade do litisconsórcio ativo em demanda que verse sobre situação jurídica incindível e plurissubjetiva, não disciplinada especificamente pela lei e não trabalhada pela jurisprudência, deve o juiz analisá-los com o *télos* da preservação dos valores do processo²⁹¹. Nesse trabalho, *duas balizas fundamentais* disciplinam a necessidade do litisconsórcio ativo²⁹²:

(a) a *garantia constitucional da ação* (Const., art. 5º, inc. XXXV) constitui freio que impede tenha a necessidade ativa a mesma amplitude que a passiva, porque repugna ao senso comum tolher a cada um dos interessados o acesso individual ao Poder Judiciário, ao mesmo tempo em que se lhe negam meios para compelir os demais a participar de sua demanda;

b) o *caráter instrumental do processo* dá a exata medida dessa garantia, que não deve ser estendida ao ponto de permitir possa um dos cointeressados, sem o consenso de todos, promover em juízo algum resultado que, no plano do direito substancial, lhe seria vedado produzir individualmente. Tratando-se de relação incindível e podendo interessar a algum dos cotitulares a sua permanência, ou permanência da situação de dúvida quanto à validade do ato que a gerou (ou até mesmo aparência de validade), a ação individual de cada um poderia ser lesiva à situação de cada um dos demais: quem perante o direito material não pode, sem a participação de todos, acordar a resolução de um contrato ou, em ato meramente declaratório, estabelecer a sua invalidade, a sua validade ou o modo de ser da relação jurídica dele emergente, igualmente não poderá, mediante a ação e o processo, promover idênticos resultados. Se pudesse, estaria dispondo, em juízo, de uma situação jurídica que não é só sua e que o direito material só permite que seja objeto de disposição por ato coletivo de todos os cotitulares.²⁹³

Entretanto, o processualista paulista adverte que não se deve chegar ao extremo de excluir a figura do litisconsórcio necessário ativo, pois ele integra o sistema processual brasileiro.

Há realmente casos nos quais o respeito à garantia da ação impede a exigência do litisconsórcio ativo apesar da incindibilidade das situações compartilhadas por vários sujeitos; mas outros há também nos quais o resultado a ser pleiteado mediante o processo há de ser necessariamente querido por todos, sob pena de não poder ser obtido por nenhum. Nesses casos o consenso é indispensável.²⁹⁴

²⁸⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, 8.ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p.248

²⁸⁹ *Ibidem*, p.74.

²⁹⁰ *Ibidem*, p.251.

²⁹¹ *Ibidem*, p.280.

²⁹² *Ibidem*, p.274.

²⁹³ *Ibidem*, p.279.

²⁹⁴ *Ibidem*, p.273.

4.3.2.3 Litisconsórcio no CPC de 1973: a relação entre o litisconsórcio unitário e sua necessária e/ou facultativa formação. Posição de Cândido Rangel Dinamarco. Técnicas para solucionar a ausência de colegitimados na demanda em caso de litisconsórcio facultativo unitário

No âmbito do litisconsórcio facultativo unitário, não desconhece Cândido Rangel Dinamarco os inconvenientes de ordem prática e jurídica que podem se originar da ausência de colegitimados em demandas. Nesse contexto de ações concorrentes e autônomas, a permissão para que cada cotitular leve a juízo uma relação jurídica incindível plurissubjetiva pode promover, por exemplo, um conflito de julgados, quando o mesmo pedido, formulado sucessivamente por mais de um legitimado, obtenha soluções distintas²⁹⁵. Contudo, conforme o autor, a lei e o sistema jurídico lançam mão de técnicas para evitar tais males.²⁹⁶

Os reflexos que sofrerão os legitimados não participantes do processo são dispostos discricionariamente, mediante emprego de alguma outra técnica ou de algum expediente legislativo ou sistemático. [...] Tudo se resolve, como se percebe, em critérios soberanos de política legislativa ou de harmonia sistemática, cabendo ao ordenamento jurídico impor a necessidade do litisconsórcio ativo, dispensá-la ou substituí-la por outra solução.²⁹⁷

Entre as situações legalmente reguladas, Cândido Rangel Dinamarco cita o exemplo da outorga prevista no *caput* do art. 10 do CPC, que é autorização suficiente para a propositura de demanda, sem fazer do cônjuge, ou da pluralidade de herdeiros, partes ativas necessárias no processo.²⁹⁸

Há ainda a hipótese das obrigações indivisíveis representadas pela *solidariedade ativa*, previstas no art. 260 do CC²⁹⁹. Trata-se de crédito indivisível, estando os credores solidários em estado de comunhão no direito controvertido no processo, com dispensa do litisconsórcio. A solução legislativa insculpida no art. 291 do CPC é a de estender ao credor ausente os efeitos da sentença favorável, pois “aquele que não participou do processo receberá a sua parte, deduzidas as despesas na proporção de seu crédito”.

Para além dessas situações reguladas na legislação, que representam uma quantidade ínfima de casos, o processualista paulista se debruça sobre a resposta do

²⁹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, 8.ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p.224.

²⁹⁶ *Ibidem*, p.253.

²⁹⁷ *Ibidem*, p.256.

²⁹⁸ *Ibidem*, p.254.

sistema jurídico às hipóteses de litisconsórcio facultativo unitário não tratadas individualmente pela lei.

Com esse propósito, ele divide as hipóteses de litisconsórcio unitário facultativo entre aquelas que se formam entre colegitimados ordinários ou extraordinários. São exemplos do primeiro grupo a ação reivindicatória de coisa comum, a ação de sócios para anulação de deliberação da assembleia da sociedade a ação para haver de terceiro a universalidade da herança. Do segundo grupo, destaca a ação popular, a ação de nulidade de casamento proposta a ambos os cônjuges e o pedido de interdição³⁰⁰.

Nos casos de legitimação extraordinária, trata-se de hipóteses de substituição processual, às quais é inerente ao instituto que o substituído fique vinculado aos efeitos da sentença e à coisa julgada produzida na causa conduzida pelo substituído³⁰¹.

Construção mais sofisticada é exigida em casos de colegitimação ordinária, como na hipótese de ação de anulação de deliberação de assembleia societária. Para Cândido Rangel Dinamarco, ao conferir legitimidade a cada um dos titulares do direito incindível individualmente, o sistema jurídico acaba “por permitir que o julgamento favorável obtido pelo autor beneficie os demais legitimados”.³⁰²

Para se chegar a essa conclusão, certos pressupostos devem estar definidos. Em primeiro lugar, conforme Cândido Rangel Dinamarco, não há extensão subjetiva da coisa julgada aos ausentes, tampouco coisa julgada *secundum eventum litis*. Por força da limitação subjetiva da coisa julgada prevista no art. 472 do CPC, a coisa julgada formada entre as partes não atinge o colegitimado ausente, terceiro em relação à demanda. Dessa forma, a sentença de improcedência em nada altera a situação dos colegitimados ausentes. Contudo, a procedência da demanda de desconstituição atinge o interesse processual dos ausentes para o ajuizamento de novos processos com o mesmo objeto. É nesse sentido que Cândido Rangel Dinamarco afirma atingir os demais o julgamento favorável.

Em casos assim, sem que se possa falar em autoridade da coisa julgada projetada além das partes e *secundum eventum litis*, o que acontece é a perda de interesse de agir pelos legitimados não demandantes, uma vez que já produzido o resultado a que sua eventual futura demanda poderia conduzir. Já anulada a deliberação por sentença, que outra anulação poderiam desejar? Sendo julgada improcedente a demanda, não ficam os demais legitimados atingidos nem pela coisa julgada nem por essa situação de carência de ação apontada, sendo-lhes lícita a propositura de demanda para o mesmo fim não obtido (CPC, art. 472)³⁰³.

²⁹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, 8.ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p.255.

³⁰⁰ *Ibidem*, p.222.

³⁰¹ *Ibidem*, p.225.

³⁰² *Ibidem*, p.254.

³⁰³ *Ibidem*, p.254.

Conforme o processualista paulista, a exigência da formação do litisconsórcio e a extensão subjetiva da coisa julgada são ordenados ao mesmo fim de evitar julgamentos conflitantes. “Essa escolha é discricionária e condicionada a circunstâncias de tempo e espaço; e se, no direito alemão e no austríaco, denota-se especial gosto pela segunda solução, no Brasil não são muitos os casos de extensão subjetiva da coisa julgada”.³⁰⁴

4.3.3. Litisconsórcio no CPC de 1973: a relação entre o litisconsórcio unitário e sua necessária e/ou facultativa formação. Posição de Ovídio A. Baptista da Silva

É no volume 1 de seus Comentários ao Código de Processo Civil³⁰⁵ que Ovídio A. Baptista da Silva demonstra em que termos e com quais fundamentos se filia à teoria de Pontes de Miranda³⁰⁶ segundo a qual o litisconsórcio unitário é uma subespécie de necessário. Para tanto, ele propõe conceituar a unitariedade do litisconsórcio a partir do direito material.

O autor distinguirá os casos de litisconsórcio necessário (verdadeiramente) unitário das hipóteses de litisconsórcio facultativamente formado, nas quais, apesar da uniformidade na sentença de mérito (unidade de juízo), (verdadeira) unitariedade não haverá. Nessas hipóteses, para os possíveis colegitimados ausentes na demanda afetados pela decisão, Ovídio A. Baptista da Silva defende solução com base na distinção entre autoridade da coisa julgada e efeitos naturais da sentença.

Na obra, o autor também rejeita as principais teses defendidas por Barbosa Moreira quanto ao tema do litisconsórcio unitário. Além de atacar o conceito puramente processual de litisconsórcio unitário formulado pelo processualista carioca, Ovídio A. Baptista da Silva critica a proposta de Barbosa Moreira de criar um novo princípio geral de extensão

³⁰⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, 8.ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p.257.

³⁰⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Comentários ao código de processo civil: do processo de conhecimento*, arts. 1º ao 100, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, v.1. O tema também é tratado pelo autor, de forma menos detida, em *Curso de Processo Civil: processo de conhecimento*.6.ed.rev.eatual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

³⁰⁶ É preciso esclarecer que a partir da vigência do CPC de 1973, Pontes de Miranda passou a afirmar a possibilidade de configuração de litisconsórcio unitário e facultativo, diferentemente do que fazia ante o CPC de 1939, como já demonstrou-se. Diversos trechos podem ser citados nesse sentido. “O litisconsórcio unitário, isto é, aquele em que o julgamento há de ser igual para todos (portanto, um só), quase sempre é necessário sem haver necessidade”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de processo civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p.16). “A unitariedade não depende de ser necessário o litisconsórcio, nem a necessidade de ser unitário o litisconsórcio”. (PONTES DE MIRANDA, *op.cit.* p.20). “Litisconsórcio necessário unitário é o litisconsórcio em que é exigida a unitariedade. Foi isso que sempre demonstramos. Nem todos os litisconsórcios unitários são litisconsórcios necessários, e nem todos os litisconsórcios necessários são unitários”. (PONTES DE MIRANDA, *op.cit.*, p. 33-34)

ultra partes da coisa julgada, independentemente de previsão legal, para as situações de “unitariedade” com ausência de legitimados na demanda.

Costuram a solução proposta pelo autor gaúcho e suas críticas a certas teses sobre o tema uma forte crítica ao tratamento rigorosamente formal e refém dos raciocínios lógicos próprios das ciências exatas aplicado ao processo civil.

4.3.3.1 Litisconsórcio no CPC de 1973: a relação entre o litisconsórcio unitário e sua necessária e/ou facultativa formação. Posição de Ovídio A. Baptista da Silva. Litisconsórcio unitário como uma subespécie do necessário

O processualista gaúcho não vê equívoco na referência feita pelo *caput* do art. 47 do CPC quanto às duas fontes do litisconsórcio necessário: a lei ou a natureza (unitária) da relação jurídica litigiosa³⁰⁷. No mais, para Ovídio A. Baptista da Silva, o litisconsórcio necessário simples também não oferece problemas conceituais significativos, pois é a lei que determina a necessariedade, independentemente da natureza jurídica da relação litigiosa³⁰⁸. O mesmo consenso, contudo, não se vê em tema de litisconsórcio unitário.

Para o autor, uma questão fundamental para se compreender a noção da unitariedade do litisconsórcio por ele defendida está em perceber a diferença entre as hipóteses em que o litisconsórcio é formado por uma única demanda daquelas em que há uma cumulação objetiva de lides, formada por uma pluralidade de causas³⁰⁹. A lição, a que se filia Ovídio A. Baptista da Silva, é desenvolvida por Enrico Redenti, em *Il giudizio civile con pluralità di parti*.³¹⁰

Ovídio A. Baptista da Silva cita dois grupos de casos em que, para Enrico Redenti, haveria uma única demanda com pluralidade de partes (*rectius*: litisconsortes). Para o italiano, os dois grupos seriam caracterizadores de litisconsórcio unitário. Para o

³⁰⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Comentários ao código de processo civil: do processo de conhecimento*, arts. 1º ao 100, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, v.1.p.207.

³⁰⁸ *Ibidem*, p.209.

³⁰⁹ *Ibidem*, p.197.

³¹⁰ Há vezes contrárias à posição de REDENTI sobre a existência de uma relação jurídica formada por mais de duas pessoas, na doutrina alemã e italiana, segundo o processualista gaúcho. ROSENBERG e CARNELUTTI recusam-se a admitir a existência de lide única com pluralidade de partes por considerarem que a pluralidade de litisconsortes caracterizadora do litisconsórcio implica necessariamente em uma cumulação de lides, devido à bilateralidade da relação jurídica litigiosa. (SILVA, *op.cit.*, p. 197). Para Ovídio, “esse ponto, quando bem resolvido, a nosso ver, poderá auxiliar na busca de um critério satisfatório para a determinação do conceito e dos limites a serem reservados ao litisconsórcio *unitário*”. (*Ibidem*, p.211).

processualista gaúcho, apenas o primeiro daria ensejo ao fenômeno da unitariedade. Vejamos as diferenças entre esses dois grupos.

O primeiro grupo de casos refere-se às hipóteses em que a relação jurídica material, por sua própria estrutura interna formada por várias pessoas, impede que o processo se forme com a participação de apenas alguns dos legitimados³¹¹, pois, “[..] sendo *única* a relação litigiosa, a presença de todos os seus integrantes é condição prévia para que se possa sobre ela controverter”³¹² São exemplos desse grupo de casos a ação divisória de um único imóvel em condomínio e a ação de nulidade de casamento proposta por terceiros.

[...] não julgamos apropriado dizer-se que a ação de divisão contenha tantas demandas quantos sejam os condôminos do imóvel a dividir; ou que haja duas demandas cumuladas na ação de nulidade de casamento proposta pelo Ministério Público contra ambos os cônjuges. Aqui haverá litisconsórcio, portanto, pluralidade de partes, sem haver cumulação *objetiva* de lides³¹³.

Nesse grupo de situações, é a condição de ser *una e única* a relação de direito material que impõe (i) que todos os seus integrantes demandem ou sejam demandados numa única ação, (ii) que a sentença os trate de modo uniforme, e (iii) que eles tenham sua autonomia processual limitada.³¹⁴ “(...) nesta classe especial de demandas com pluralidade de partes, *não há cumulação objetiva de lides*. A lide é uma só, sendo dois ou mais os sujeitos que a compõem. A relação de direito material é plurissubjetiva”.³¹⁵ Está configurada, portanto, a hipótese de litisconsórcio unitário necessário.

Como se vê, a partir da teoria de Enrico Redenti, o processualista gaúcho coloca a *una e única* relação jurídica de direito material como a fonte do verdadeiro litisconsórcio unitário. Para Ovídio A. Baptista da Silva, a uniformidade da sentença de mérito e o regime especial a que se submetem os litigantes no mesmo polo processual é uma consequência da unitariedade do litisconsórcio, nunca a sua causa. A presença, no plano processual, de todos os colegitimados no plano material passa a ser uma exigência de *legitimatío ad causam*.³¹⁶

³¹¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Comentários ao código de processo civil: do processo de conhecimento*, arts. 1º ao 100, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, v.1. p.196.

³¹² *Ibidem*, p.214.

³¹³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil: processo de conhecimento*.6.ed.rev.e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.p.250-1.

³¹⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Comentários ao código de processo civil: do processo de conhecimento*, arts. 1º ao 100, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, v.1. p.209.

³¹⁵ *Ibidem*, p.212.

³¹⁶ *Ibidem*, p.214.

Afirma ele: “o litisconsórcio unitário decorre da natureza igualmente unitária da relação de direito material, objeto da lide, sendo subespécie de litisconsórcio necessário”, como já dizia Pontes de Miranda.³¹⁷

No segundo grupo de casos nos quais, para Enrico Redenti, também haveria uma única demanda com pluralidade de partes, estariam “as ações de anulação ou modificação de um ato, ou a ‘formação de uma vontade’, de um ente coletivo ou de algum de seus órgãos”.³¹⁸ Um exemplo dessa espécie de casos seria a ação de anulação de uma deliberação social.³¹⁹

No entanto, na opinião de Ovídio A. Baptista da Silva, nesse segundo grupo de casos “a relação de direito material não é única” e, portanto, não haveria verdadeira unitariedade do litisconsórcio. “Na ação de anulação de uma deliberação social *é a lei que permite e, portanto legítima, o tratamento independente das ações (ações, no plural!) de cada sócio*”.³²⁰ (grifos do original).

Nessas hipóteses, o que pode ocorrer, segundo o processualista gaúcho, é a *unidade de juízo*, em relação a dois ou mais sócios colegitimados presentes na demanda, o que não se confunde com *relação jurídica unitária*, verdadeira fonte do litisconsórcio unitário.³²¹ “[...] a *unidade de juízo*, ou unidade de convencimento que venha a determinar uma sentença substancialmente idêntica é inteiramente irrelevante para qualificar a relação jurídica litigiosa como *unitária*”.³²² Há, na hipótese, facultatividade na formação do litisconsórcio, desacompanhada de unitariedade³²³.

³¹⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Comentários ao código de processo civil: do processo de conhecimento*, arts. 1º ao 100, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, v.1. p.247.

³¹⁸ *Ibidem*, p.198.

³¹⁹ Em *Curso de Processo Civil: processo de conhecimento. op.cit.*, p. 258, Ovídio A. Baptista da Silva traz outras hipóteses como a ação pauliana proposta por dois ou mais credores, a demanda em que dois ou mais herdeiros instituídos se unam como autores para provar a autenticidade do testamento ou sejam acionados pelo herdeiro legítimo na ação de nulidade do mesmo testamento, a ação de anulação de ato jurídico quando proposta por dois ou mais legitimados, a ação popular como dois ou mais autores unidos em demanda conjunta, ação de credores que juntos propõem a revocatória falencial.

³²⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Comentários ao código de processo civil: do processo de conhecimento*, arts. 1º ao 100, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, v.1.p.235.

³²¹ *Ibidem*, p.219.

³²² *Ibidem*, p.226.

³²³ Ao negar a unitariedade a essa classe de hipóteses, o processualista não esclarece como estariam esses casos classificados, conforme o regime de tratamento dos litisconsortes. Por outro lado, importa ressaltar que em seu *Curso de Processo Civil: processo de conhecimento. (op. cit., p. 257-60)*, motivado talvez por uma necessidade de tratar o tema de forma mais simples e rápida, Ovídio A. Baptista da Silva cita exemplos de litisconsórcio facultativo unitário e os conceitua como casos em que “a relação jurídica é igualmente unitária, no sentido de constituir-se em verdadeira comunhão de direitos e obrigações, mas a lei admite que seus componentes possam estar em juízo como demandantes e demandados separadamente, não tornando obrigatória a formação do litisconsórcio”. Contudo, logo em seguida, o processualista diz que tal figura seria uma classe intermediária entre o *verdadeiro litisconsórcio necessário unitário* e o litisconsórcio facultativo comum, denominado pela doutrina espanhola como “litisconsórcio quase necessário”.

4.3.3.2 Litisconsórcio no CPC de 1973: a relação entre o litisconsórcio unitário e sua necessária e/ou facultativa formação. Posição de Ovídio A. Baptista da Silva. Litisconsórcio unitário como uma subespécie do necessário. Solução para a ausência de colegitimados em litisconsórcio facultativo

Nos dois grupos de situações apresentadas acima, em que há *demanda única com pluralidade de partes*, na concepção de Enrico Redenti, pode ocorrer que haja legitimados que fiquem alheios à demanda proposta. Para Ovídio A. Baptista da Silva, tal ausência deve ser tratada de forma distinta em ocorrendo no primeiro e no segundo grupo.

No primeiro conjunto de hipóteses, onde há unitariedade do litisconsórcio, na opinião de Ovídio A. Baptista da Silva, a incompleta formação do cúmulo subjetivo conduz sempre à nulidade ou à ineficácia da sentença, por ser a necessidade do litisconsórcio uma questão de *legitimatio ad causam*.³²⁴

Diversa é a situação em se tratando da segunda classe de hipóteses, representada aqui pela ação de anulação de uma deliberação social, em que o litisconsórcio é facultativo e as ações concorrentes e autônomas podem ser individualmente propostas. Se apenas um legitimado pode ingressar com a ação, os que se mantiveram ausentes são atingidos pela sentença de mérito, seja ela de procedência ou de improcedência?

Enrico Redenti, a quem Ovídio A. Baptista da Silva dá parcial razão, não aceitava que houvesse uma anômala extensão *ultra partes* da coisa julgada aos legitimados que estiveram ausentes da demanda, fosse a sentença de procedência ou de improcedência. Para o italiano, contudo, os demais sócios estavam impedidos de se opor ao resultado do primeiro julgamento devido a um efeito reflexo da sentença, produzido pela coisa julgada perante os interessados de fato, responsável por promover a consumação da ação.³²⁵

O processualista gaúcho concorda com Enrico Redenti apenas quanto à primeira conclusão, na qual ele rejeita a ocorrência da extensão *ultra partes* da *auctoritas rei iudicata*. Para Ovídio A. Baptista da Silva, aquilo que o italiano considera como ‘efeito reflexo’ da coisa julgada corresponde ao “efeito constitutivo que, como os demais efeitos naturais da sentença, alcança os terceiros” e, em geral, é confundido com a coisa julgada.³²⁶ Logo, seria o efeito constitutivo da sentença e não a extensão da coisa

³²⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Comentários ao código de processo civil: do processo de conhecimento*, arts. 1º ao 100, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, v.1.p.214.

³²⁵ *Ibidem*, p.217-8.

³²⁶ *Ibidem*, p.218.

julgada³²⁷ que poderia criar algum obstáculo à formulação de novos pedidos por outros sócios.³²⁸

Na sequência da construção de seu raciocínio, Ovídio A. Baptista da Silva fundamenta-se na célebre teoria de Enrico Tullio Liebman sobre eficácia e autoridade da sentença³²⁹ para explicar a distinção entre os efeitos da sentença de procedência e de improcedência, em demandas constitutivas, como é o caso da ação de anulação de deliberação social.

Conforme o processualista gaúcho, o conteúdo apenas declaratório da sentença de rejeição do pedido não influi de modo algum na posição dos sócios que ficaram alheios à demanda.³³⁰ Já, no caso da sentença de procedência que acolhe a demanda de anulação, o efeito constitutivo por ela produzido alcança a todos, pois o ato não pode ser anulado somente para alguns. Adverte Ovídio A. Baptista da Silva que tal resultado em nada tem a ver com eficácia *secundum eventum litis* do julgado, mas com a diversidade de efeitos naturais da sentença.³³¹

O que ocorre é que o sócio ausente do processo nada sente com a prolação da decisão de improcedência porque, enquanto terceiro, não há nenhum efeito natural da sentença que o atinja. Todavia, esse mesmo sócio irá sentir o efeito constitutivo, que é natural na sentença que acata o pedido, e verá a deliberação social anulada. Da mesma forma, com a anulação do ato no mundo jurídico, extingue-se o respectivo direito de ação do sócio alheio ao processo no sentido de propor uma demanda que tenha como pedido a anulação da mesma deliberação.

³²⁷ Cf. Ovídio A. Baptista da Silva, a advertência de que “não é a extensão da coisa julgada, mas o efeito constitutivo” da sentença que cria impedimentos para novos pedidos está em lição de ROSENBERG, *Tratado de derecho procesal civil*. 5.ed. alemã. Buenos Aires, 1955, t.II, p.481.

³²⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Comentários ao código de processo civil*: do processo de conhecimento, arts. 1º ao 100, *op.cit.*, p.219.

³²⁹ *Ibidem*, p.223 *et.seq.*

³³⁰ *Ibidem*, p.223.

³³¹ *Ibidem*, p.230-1.

Essa é, segundo Ovídio A. Baptista da Silva, uma “lição irrespondível”, dada por Liebman em *Pluralità di legittimati all’impugnazione di un unico atto*, que segue transcrita:

No direito moderno a única nota distintiva com relação às ações concorrentes está no fato de extinguirem-se todas quando a sentença acolhe uma delas, como uma consequência da obtenção do efeito comum a todas. Limitando a análise ao caso de várias ações concorrentes de impugnação contra um mesmo ato, não há dúvida de que, se a uma pessoa correspondem várias ações de nulidade de um contrato (por exemplo, fundadas em dolo ou em erro), uma vez acolhida uma delas também as outras serão extintas, tendo já se obtido o resultado comum à ambas; se, ao contrário, a ação de dolo é rejeitada, poderá ainda propor-se a ação fundada em erro. E ninguém estaria disposto a sustentar que a relação de concorrência deve importar extensão da autoridade da coisa julgada de uma ação para a outra... O que se estende aos terceiros, igualmente legitimados à impugnação, é somente o efeito da sentença, e precisamente a anulação do ato impugnado: porque o *petitum* de cada uma das ações inclui necessariamente, dada a unidade e indivisibilidade do ato que se impugna, também o escopo de todas as outras ações concorrentes, de modo que o acolhimento de uma delas conduz de fato à consequência de que igualmente para todos os outros interessados o ato não existe mais. Mas este resultado não implica extensão da coisa julgada além de seus normais limites subjetivos.³³²

Contudo, diante dos limites subjetivos da coisa julgada, em nenhum dos casos, de procedência ou de improcedência, o sócio ausente precisa se conformar com a decisão obtida em um processo do qual não foi parte. Isso porque, segundo Ovídio A. Baptista da Silva, “os efeitos naturais da sentença somente serão inexoráveis para os terceiros enquanto eles não estejam legitimados a desfazê-los, por meio de outras ações igualmente constitutivas”.³³³

[...] o que atinge os terceiros é o *efeito constitutivo*, não a coisa julgada, de modo que não se poderá, em princípio, impedir que outros legitimados oponham-se ao *efeito natural* dessa sentença, propondo uma demanda igualmente constitutiva, porém de sinal contrário, *para refazer o que o primeiro julgamento desfizera*³³⁴.

Ovídio A. Baptista da Silva ressalta que essa solução oferece margem à crítica de que, havendo demandas sucessivas pedindo a anulação do ato, o(s) autor(es) que tenha(m) sua demanda repelida possa(m) se beneficiar da procedência de um segundo processo,

³³² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Pluralità di legittimati all’impugnazione di un unico atto*. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1936, agora nos *Problemi del processo civile*, p. 69. apud SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Comentários ao código de processo civil: do processo de conhecimento*, arts. 1º ao 100, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, v.1.p.224.

³³³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Comentários ao código de processo civil: do processo de conhecimento*, arts. 1º ao 100, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, v.1.p.246.

³³⁴ *Ibidem*, p.223.

movido por outros legitimados³³⁵. Contudo, sem alteração legislativa, é a posição que resta para conjugar questões em choque:

Esta, porém, é a única alternativa para resolver o problema da facultatividade do litisconsórcio, com a preservação do direito constitucional de ação, que o litisconsórcio facultativo pressupõe, ao outorgar tantas ações singulares quantos sejam os litisconsortes, sem que haja conflito entre duas coisas julgadas contraditórias. Na verdade, somente o legislador poderá evitar esse embaraço, tornando necessário, nestes casos, o litisconsórcio.³³⁶

4.3.3.3 Litisconsórcio no CPC de 1973: a relação entre o litisconsórcio unitário e sua necessária e/ou facultativa formação. Posição de Ovídio A. Baptista da Silva. Críticas à teoria de Barbosa Moreira

Após apresentar sua posição sobre o tema, Ovídio A. Baptista da Silva³³⁷ combate a tese central defendida por Barbosa Moreira de que é possível a formação de litisconsórcio facultativo unitário nos casos em que a coisa julgada³³⁸ atingir terceiro, ao ir além de sua extensão subjetiva natural (*inter partes*). Como já visto, o litisconsórcio unitário, na visão do autor carioca, se deve a uma *contingência lógica* que visa evitar *duas coisas julgadas contraditórias*.

No centro da controvérsia, Ovídio A. Baptista da Silva ataca a construção de Barbosa Moreira de que a conceituação de litisconsórcio unitário encontra-se no plano puramente processual, enquanto “incontornável ‘unidade de juízo’, caracterizada pela obrigatoriedade ‘unitariedade na solução do litígio’”³³⁹. Essa afirmação é contrária a do autor gaúcho, que defende estar a causa da unitariedade no direito material, numa *una e única* relação jurídica substancial

Para a construção de sua tese, conforme Ovídio A. Baptista da Silva, o processualista carioca baseia-se em teorias de juristas alemães e austríacos. À época, segundo informa Barbosa Moreira, regras processuais dos ordenamentos positivos dos

³³⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Comentários ao código de processo civil: do processo de conhecimento*, arts. 1º ao 100, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, v.1. p.247.

³³⁶ *Ibidem*, p.247.

³³⁷ *Ibidem*, p.231 *et seq.*

³³⁸ Para a configuração dessa teoria importa ressaltar que, na opinião de Barbosa Moreira, “a coisa julgada não se limita apenas ao efeito declaratório da sentença, de modo que seu efeito constitutivo torna-se igualmente imutável, como coisa julgada” (*Ibidem*, p.227). Aqui se pode verificar um reflexo da polêmica controvérsia a respeito da coisa julgada havida entre Ovídio A. Baptista da Silva e Barbosa Moreira, em uma série de ensaios.

³³⁹SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Comentários ao código de processo civil: do processo de conhecimento*, arts. 1º ao 100, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, v.1.p 227.

dois países estendiam a autoridade da coisa julgada a terceiros que poderiam ter participado do processo como coautores ou corréus, em certas hipóteses nele indicadas.³⁴⁰

Nesses casos, além de ser facultativamente formado, o litisconsórcio também seria unitário, no sentido de haver uma sentença única ou uma ‘unidade de juízo’. Estendendo-se aos demais legitimados a *auctoritas rei iudicatae*, evitava-se, dessa forma, a possibilidade de formação de duas coisas julgadas contraditórias. Logo, dentro desse raciocínio, a extensibilidade da *auctoritas rei iudicatae* seria o pressuposto bastante da unitariedade do litisconsórcio.³⁴¹

Contudo, para o processualista gaúcho, essa construção teórica apresenta problemas. Em primeiro lugar, Ovídio A. Baptista da Silva acusa a teoria de Barbosa Moreira de criar um *raciocínio circular* entre a unitariedade e a extensão da coisa julgada a terceiros. Esse ponto de vista está muito bem explicado no trecho a seguir:

Seguindo este raciocínio, se quiséssemos saber se uma determinada hipótese corresponde a um litisconsórcio *unitário* - no qual a ‘extensibilidade da *auctoritas rei iudicatae*’, alcança os terceiros que poderiam ter ingressado como litisconsortes -, teríamos, primeiro, de saber se a *auctoritas rei iudicatae* realmente alcança os terceiros, raciocínio sem dúvida circular, que deixaria à mostra indesculpável ofensa a um princípio elementar de lógica formal, pois a coisa julgada atingiria os terceiros não por ser unitário o litisconsórcio, mas por atingi-los, como condição para que o litisconsórcio unitário se constituísse. Haveria unitariedade quando a coisa julgada atingisse os terceiros, o que somente se daria quando o litisconsórcio fosse unitário, explicação sem dúvida inaceitável³⁴².

Nesses termos, para a configuração do litisconsórcio facultativo e unitário, a teoria de Barbosa Moreira fica totalmente dependente da existência, no direito brasileiro, da extensão da coisa julgada *ultra partes*. Entretanto, como o próprio Barbosa Moreira reconhece, diferentemente do que ocorria na Alemanha e na Áustria, o ordenamento brasileiro só excepcionalmente apresenta tais hipóteses legais de extensão da coisa julgada³⁴³, não estando presente em todos os possíveis casos de litisconsórcio unitário e facultativo.

³⁴⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Comentários ao código de processo civil: do processo de conhecimento*, arts. 1º ao 100, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, v.1. p.243-4.

³⁴¹ *Ibidem*, p. 228.

³⁴² *Ibidem*, p 229-30.

³⁴³ Citando autores italianos como Nicolò Trocker, Ovídio lembra que na esteira da difusão de controvérsias supra-individuais e coletivas, que torna muito difícil a participação de todos os legitimados, passa-se a aceitar a vinculação de terceiro alheios à demanda, ampliando-se a admissibilidade da figura do substituto processual e do representante. Contudo, lembra o processualista gaúcho, que tudo isso é feito nos devidos termos legais. “Mas esta contingência, além de pressupor a expressa autorização legislativa, ainda exige a observância do princípio da ‘adequada representação’ dos terceiros”. (*Ibidem*, p.240).

Apesar dessa ausência no ordenamento jurídico pátrio, o processualista carioca mantém a aplicação de sua teoria, criando o que Ovídio A. Baptista da Silva chama de “novo princípio geral de extensão *ultra partes* da coisa julgada independentemente de previsão legal”³⁴⁴. Mesmo sem lei a estender a coisa julgada *ultra partes*, conforme Ovídio A. Baptista da Silva, o que Barbosa Moreira faz é recorrer à explicação de que o litisconsórcio facultativo unitário “impõe-se por uma contingência lógica, decorrente da inevitável ‘quebra da uniformidade na solução do litígio’ se aos terceiros que poderiam ter intervindo como litisconsortes fosse dado contradizer o resultado da sentença”.³⁴⁵

Na opinião do autor gaúcho, ao adotar esse caminho, Barbosa Moreira torna *superfluas* as disposições do Código de Processo Civil³⁴⁶ e despreza a máxima de que cabe ao legislador regular o instituto da coisa julgada, instituto informado mais por razões políticas do que por um imperativo de lógica jurídica.³⁴⁷

Também na ausência de expressa previsão legal, na opinião do processualista gaúcho, a extensão *ultra partes* da coisa julgada a terceiros que poderiam ter participado do processo configura ofensa às regras constitucionais de acesso ao Poder Judiciário e ao princípio inscrito no art. 5º, LIV, segundo o qual ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal.³⁴⁸

Além dessas críticas, Ovídio A. Baptista da Silva aponta ainda outro problema na teoria de Barbosa Moreira. Segundo ele, ao sustentar que existem litisconsórcios facultativos e, ao mesmo tempo, unitários, o autor carioca estaria a admitir que, a cada legitimado, corresponderia um direito de ação. A questão que Ovídio A. Baptista da Silva coloca é: como explicar o desaparecimento do direito de ação dos demais legitimados à demanda?

Para o autor gaúcho, uma possível explicação para tal desaparecimento está na “consumação” da ação, teoria desenvolvida por Enrico Redenti. Contudo, na opinião de Ovídio A. Baptista da Silva, não é possível, sustentar tal explicação sem, mais uma vez, incorrer em “grave ofensa a princípios fundamentais de Direito Processual Civil,

³⁴⁴ Ovídio A. Baptista da Silva ressalva as hipóteses nas quais, por razões mais políticas do que jurídicas, a coisa julgada se forma além das partes por força legal. “[...] não se pode excluir a eventualidade de que um dado sistema de direito positivo prescreva a extensão *ultra partes* da coisa julgada”. Contudo, nessas hipóteses legalmente previstas, segundo o processualista, ainda se estaria dentro dos limites da teoria clássica sobre o tema. (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Comentários ao código de processo civil: do processo de conhecimento*, arts. 1º ao 100, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, v.1, p.239).

³⁴⁵ *Ibidem*, p.227.

³⁴⁶ *Ibidem*, p.244.

³⁴⁷ *Ibidem*, p.222.

³⁴⁸ *Ibidem*, p.240.

especialmente à garantia constitucional da ação, que a ordem jurídica assegura a quem se diga titular do direito e da respectiva pretensão”.³⁴⁹

Por isso, na opinião de Ovídio A. Baptista da Silva, com o *animus* de defender a existência de hipóteses de litisconsórcio unitário facultativo, Barbosa Moreira comete pelo menos dois equívocos. O primeiro está no esforço de extrair a unitariedade do litisconsórcio do plano exclusivamente processual, desprezando o direito material como fonte de relações jurídicas unas e únicas. Em segundo lugar, o autor carioca funda sua teoria a partir da premissa, não demonstrada no direito brasileiro, de que há coisa julgada apta a alcançar terceiros, na ausência de disposição legal, por força de uma ‘contingência lógica’³⁵⁰. Com isso, Barbosa Moreira ataca frontalmente direitos constitucionais ligados ao processo dos terceiros ausentes.

4.3.3.4 Litisconsórcio no CPC de 1973: a relação entre o litisconsórcio unitário e sua necessária e/ou facultativa formação. Posição de Ovídio A. Baptista da Silva. Crítica ao formalismo excessivo aplicado ao litisconsórcio

Também quanto ao tema do litisconsórcio, uma forte crítica ao tratamento rigorosamente formal e refém dos raciocínios lógicos próprios das ciências exatas aplicado ao processo civil perpassa a teoria e as críticas formuladas por Ovídio A. Baptista da Silva.

Na opinião do autor, em caso de litisconsórcio facultativo com unidade de juízo, os processualistas que “se perturbam” com a possibilidade de se distinguir as sentenças de procedência e de improcedência quanto aos efeitos que atingem terceiros demonstram desinteresse por tudo aquilo que seja *substância* e não simplesmente *forma*.

Trata-se, nas palavras do processualista gaúcho, de um “exagerado tributo ao paradigma que fez do processo uma ciência rigorosamente formal”³⁵¹.

Para este modo de ver, a sentença, enquanto objeto de estudo do processualista, é um ato jurisdicional formado por três elementos: *relatório*, *fundamentação* e *decisão*, tal como ela vem descrita nos manuais universitários. O exame de seu conteúdo e dos efeitos que o preenchem é assunto que foge de sua competência, posto que *matéria* (substância), portanto problema de direito material, a ser tratado pelos juristas dos respectivos campos de especialidades.³⁵²

³⁴⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Comentários ao código de processo civil*: do processo de conhecimento, arts. 1º ao 100, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, v.1. p.231.

³⁵⁰ *Ibidem*, p.243.

³⁵¹ *Ibidem*, p.220.

³⁵² *Ibidem*, p.220.

Da mesma forma, para o autor, os processualistas que buscam “regras universalmente válidas e eternas”³⁵³ próprias do raciocínio matemático ficam impedidos de analisar os casos individuais para diferenciá-los das hipóteses análogas³⁵⁴. Essa incapacidade fica clara ao se observar a dificuldade que certos autores apresentam em detectar a presença ou ausência de unitariedade do litisconsórcio por meio da análise das cargas de eficácia das sentenças.

Para exemplificar, Ovídio A. Baptista da Silva analisa a afirmação de Barbosa Moreira de que “a solidariedade não importa unitariedade do litisconsórcio”.³⁵⁵ Conforme o autor gaúcho, essa afirmação pode ser aplicada a demandas condenatórias, propostas por vários credores solidários, ou contra vários devedores igualmente solidários, pois não há dificuldade em se reconhecer eventual acolhimento do pedido com relação a apenas parte dos litisconsortes. Entretanto, diversa seria a solução para um caso em que estivesse em lide a anulação de uma relação obrigacional formada por vários credores ou devedores solidários. Nessa hipótese, a despeito de a “solidariedade não importar unitariedade”, o litisconsórcio seria unitário.

Nas palavras de Ovídio A. Baptista da Silva:

[...] a questão não deve ser resolvida deste modo, dizendo-se que a solidariedade ‘não importa unitariedade do litisconsórcio’, porém tendo-se em conta que a ação e respectiva sentença, sendo condenatórias (!), permitem tratamento independente para cada integrante da relação obrigacional da solidariedade. O elemento que, no exemplo, afasta a unitariedade não é a solidariedade, e sim o fato de ser condenatória a pretensão e, portanto, a sentença³⁵⁶.

Logo, para o processualista gaúcho, a explicação para essa relação entre solidariedade e unitariedade está também na particular análise da carga de eficácia das sentenças e não no acolhimento de uma regra geral de que a solidariedade não importe unitariedade do litisconsórcio.

³⁵³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Comentários ao código de processo civil: do processo de conhecimento*, arts. 1º ao 100, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, v.1. p.235.

³⁵⁴ *Ibidem*, p.234.

³⁵⁵ *Ibidem*, p.235.

³⁵⁶ *Ibidem*, p.235-6.

4.3.4 Litisconsórcio no CPC de 1973: a relação entre o litisconsórcio unitário e sua necessária e/ou facultativa formação. Posição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni

Em duas recentes obras, Daniel Mitidiero, acompanhado de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira em *Curso de Processo Civil: Teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. v.1.³⁵⁷, e de Luiz Guilherme Marinoni, em *Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo*³⁵⁸, trazem para o debate novas premissas e conclusões quanto à existência de litisconsórcios facultativos e unitários no sistema processual civil brasileiro.

Quanto à previsão legislativa geral para a formação do litisconsórcio necessário e do litisconsórcio unitário, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero apontam o art. 47 do Código de Processo Civil como sendo a “cláusula geral de necessidade e unitariedade”³⁵⁹.

Especialmente em relação às fontes do litisconsórcio necessário, reitera Daniel Mitidiero que este pode nascer da lei ou da natureza inconsútil da relação de direito material afirmada em juízo³⁶⁰. Discorda ele que tal obrigatoriedade de formação deva advir da submissão de possíveis terceiros à eficácia da sentença, como tem decidido o Superior Tribunal de Justiça (STJ). *In verbis*: “é o que se lê, por exemplo, em ementa de julgado da 5ª Turma do STJ³⁶¹, a qual refere que a possibilidade de ‘invasão da esfera jurídica’ dos terceiros pela eficácia da decisão prolatada *inter alios* teria o condão de legitimá-los à condição de litisconsortes passivos necessários.”³⁶²

Tal excerto supracitado consta de artigo de Daniel Mitidiero, no qual ele questiona se haveria litisconsórcio passivo necessário, assistência litisconsorcial ou assistência em

³⁵⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: Teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010. v.1.

³⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo*. 2.ed.rev.atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

³⁵⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: Teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. *op.cit.*,p.181.

³⁶⁰ MITIDIERO, Daniel. *Impugnação às Nomeações de Candidatos Aprovados em Concurso Público por Candidatos mais bem Classificados e não Nomeados: Litisconsórcio, Assistência "Litisconsorcial" ou Assistência?*. In: Fredie Didier Jr; Luís Otávio Sequeira de Cerqueira; Petrônio Calmon Filho; Sálvio de Figueiredo Teixeira; Teresa Arruda Alvim Wambier. (Org.). *O Terceiro no Processo Civil Brasileiro e Assuntos Correlatos - Estudos em Homenagem ao Professor Athos Gusmão Carneiro*. 1.ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 1, p. 177.

³⁶¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, RMS 17.075/MG, 5ª. T., j. 15.12.2001, rel. Félix Fischer, DJe. 20.02.2006 *apud* MITIDIERO, Daniel. *Impugnação ...*, *op. cit.*, p. 177.

³⁶² MITIDIERO, Daniel. *Impugnação ...*, *op. cit.*, p. 178.

hipóteses de ações de impugnação a nomeações de candidatos aprovados em concurso público por candidatos mais bem classificados e não nomeados. O autor critica a solução encampada pelo STJ, que considera a hipótese caso de litisconsórcio passivo necessário³⁶³.

Para Daniel Mitidiero, descabe falar em litisconsórcio necessário nessa demanda, em não havendo previsão legal ou relação jurídica incindível no plano do direito material entre a União e cada um dos candidatos aprovados no concurso por ela realizado.

Não há hipótese, de efeito, relação jurídica material única com pluralidade de figurantes, que dê ensanchas à configuração de “giudizio civile con pluralità di parti”, na clássica expressão de Enrico Redenti. O que existe, aí, é uma pluralidade de relações jurídicas conexas no plano do direito material³⁶⁴.

Conclui o autor gaúcho que os candidatos nomeados, cujas posses foram suspensas, estão legitimados a participarem como assistentes (art. 50, CPC), uma vez que o que eventualmente os apanha é a eficácia reflexa da sentença prolatada, por serem tais relações conexas no plano do direito material³⁶⁵.

Já no âmbito do litisconsórcio unitário, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero não consideram suficiente para legitimar sua formação o fito de se evitar uma contrariedade de julgados. “Indispensável é que o comando sentencial não possa se operar praticamente senão quando aplicado às várias posições individuais”, destacam³⁶⁶.

No caso de litisconsórcios simultaneamente necessários e unitários, defendem os dois processualistas gaúchos o exame do caso concreto, para se verificar a possibilidade de fracionamento da situação plurissubjetiva, método este preconizado por Enrico Redenti. Desejam eles analisar se é possível, em tese, aceitar a existência de uma decisão para alguns e a não existência para outros ou que tal resultado tenha certo conteúdo para alguns e diverso para os cotitulares restantes³⁶⁷. Em sendo positiva a resposta, o litisconsórcio necessário unitário se impõe.

³⁶³ MITIDIERO, Daniel. *Impugnação às Nomeações de Candidatos Aprovados em Concurso Público por Candidatos mais bem Classificados e não Nomeados: Litisconsórcio, Assistência "Litisconsorcial" ou Assistência?*. In: Fredie Didier Jr; Luís Otávio Sequeira de Cerqueira; Petrônio Calmon Filho; Sálvio de Figueiredo Teixeira; Teresa Arruda Alvim Wambier. (Org.). *O Terceiro no Processo Civil Brasileiro e Assuntos Correlatos - Estudos em Homenagem ao Professor Athos Gusmão Carneiro*. 1.ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 1, p. 177.

³⁶⁴ MITIDIERO, *loc.cit.*

³⁶⁵ MITIDIERO, Daniel. *Impugnação ...*, *op. cit.*180.

³⁶⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: Teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010. v.1. p.181.

³⁶⁷ *Ibidem*, p.181-2.

Lembram Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero que a impossibilidade de fracionamento da situação plurissubjetiva (e, por consequência, da configuração do litisconsórcio necessário unitário) ocorre, no mais das vezes, em casos de tutela jurisdicional constitutiva negativa. Destacam como exemplo a demanda de investigação de paternidade, proposta após a morte do pai, em que todos os herdeiros devem ser parte, ainda que não haja mais previsão legal a exigir o litisconsórcio, uma vez que o art. 363 do CC de 1916 não foi renovado pelo atual Código Civil. Conforme os autores, a configuração do litisconsórcio necessário unitário na hipótese decorre da natureza da relação jurídica, uma vez que o *status familiae* do autor é único³⁶⁸.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero não se olvidam de também fazer menção aos demais possíveis casos de litisconsórcio necessário unitário em outras espécies de tutela jurisdicional. Citam como exemplo uma demanda reivindicatória de imóvel, na qual devem figurar no polo passivo todos aqueles em cujo nome esteja registrado o bem³⁶⁹.

De outra parte, com base em princípios e garantias constitucionais que informam o processo justo, os autores rejeitam a formação do litisconsórcio facultativo unitário. Sem criar objeção ao “rigorismo da construção”³⁷⁰ que retira do sistema jurídico brasileiro o fundamento para a existência de litisconsórcios facultativos unitários, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero submetem tal conclusão à CRFB. Desejam saber “se a solução é conforme ao direito fundamental ao processo justo (art. 5º, LIV, CRFB) e, em especial, ao direito fundamental ao contraditório (art. 5º, LV, CRFB) e à igualdade entre as partes (art. 5º, I, CRRB)”³⁷¹.

[...] cumpre reiterar que eventuais soluções para o problema devem levar necessariamente em linha de conta a força normativa da Constituição e os valores constitucionais informativos do formalismo processual. Vale dizer: o direito processual civil contemporâneo, pensado na perspectiva do formalismo-valorativo, não se contenta tão somente com o rigorismo lógico das soluções para os problemas processuais (postura própria do processualismo), tendo por missão promover, para além disso, soluções conformes ao direito fundamental ao processo justo (art. 5º, inciso LIV, CRFB) e à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva dos direitos (art. 5º, incisos XXXV e LXXVIII, CRFB). Fora daí, não se pode afirmar que o CPC represente verdadeiro direito constitucional aplicado³⁷².

³⁶⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: Teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010. v.1. p.182.

³⁶⁹ *Ibidem*, p.182.

³⁷⁰ *Ibidem*, p.185.

³⁷¹ *Ibidem*, p.185.

³⁷² *Ibidem*, p.184.

Para proceder à análise, examinam o direito de reivindicar a coisa comum pertencente ao (s) condômino (s), previsto no art. 1314 do Código Civil. Conforme os autores, a doutrina vê nesse exemplo um caso de litisconsórcio facultativo unitário, por força da pluralidade de legitimados à demanda e da relação condominial incindível, que exige tratamento homogêneo.³⁷³ Resta assim configurada a construção criticada:

O art. 47, de seu turno, arrola como fonte da unitariedade a incindibilidade da situação jurídica em que se consubstancia o objeto litigioso do processo. Não há dúvida que a relação condominial é incindível para efeitos de prestação da tutela jurisdicional. É imperioso o seu tratamento homogêneo. Ressai dessa observação que eventual litisconsórcio aí formado tem de ser considerado unitário. Somando-se a pluralidade de legitimados com a incindibilidade da situação jurídica, tem-se proposta a figura do litisconsórcio facultativo unitário³⁷⁴.

Para fundamentar tal construção, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero, de forma apropriada, rejeitam de saída qualquer extensão de regras de legitimidade para causa, aplicáveis ao processo coletivo, para a justificação do litisconsórcio facultativo unitário. Advertem os autores que o processo coletivo “obedece à lógica diversa daquela concernente ao processo individual”³⁷⁵.

Os autores voltam-se também à análise de outro ponto que merece ser posto em xeque quanto à construção do litisconsórcio facultativo unitário. Ocorre que, para solucionar a ausência de legitimados na demanda promovida pela formação de litisconsórcios unitários de facultativa formação, setor doutrinário brasileiro de prestígio defende a extensão da coisa julgada *ultra partes*, pois haveria “equivalência funcional entre a extensibilidade da coisa julgada e litisconsórcio unitário”³⁷⁶.

Contudo, para Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni, a extensão da coisa julgada *ultra partes*, a atingir os demais colegitimados ausentes na demanda, ofende princípios constitucionais e o próprio Código de Processo Civil.

³⁷³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: Teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010. v.1. p.185.

³⁷⁴ *Ibidem*, p.185.

³⁷⁵ *Ibidem*, p.185.

³⁷⁶ *Ibidem*, p.185.

Tal posição fica clara nos dois trechos a seguir:

Submeter aquele que não foi parte no processo, nada obstante participe da relação unitária afirmada em juízo, à coisa julgada viola o direito fundamental ao processo justo (art. 5º, inciso LIV, CRFB), na medida em que pode privar o terceiro figurante da relação afirmada em juízo de seu direito sem que se possibilite a sua participação no processo, e viola o art. 472, CPC, pelo qual a coisa julgada não pode alcançar terceiros³⁷⁷.

Semelhante solução importa evidente violação do direito fundamental ao contraditório daqueles que poderiam ter tomado parte no processo, mas dele não participaram. Há inequívoca afronta ao direito fundamental ao processo justo. Em um processo pautado a partir de valores, cujas opções devem estar arrimadas na Constituição, é inadmissível impor tutela jurisdicional contrária aos interesses de quem não pode participar no processo de formação da decisão.³⁷⁸

Segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero, se, de um lado, não há prejuízo para os ausentes em sendo procedente a demanda, de outro, resta sem amparo a situação em que a decisão é a oposta. Nessa hipótese, a coisa julgada se formaria para todos que participam da relação incindível, tenham ou não participado do processo³⁷⁹.

De outra banda, os dois autores também não admitem solução que defenda a formação da coisa julgada apenas em caso de procedência do pedido do demandante, em hipóteses de coisa julgada *secundum tenorem rationis*.³⁸⁰ Nesse caso, estaria configurada violação ao direito fundamental à paridade de armas no processo civil (art. 5º, inciso I, CRFB), em relação ao demandado, pois ignora-se que o processo também deve a ele prestar tutela jurisdicional. “É desigual o processo que sujeita o demandado a tantas demandas quantos são os litisconsortes preteridos. Há flagrante violação do direito ao processo justo do demandado e à igualdade no processo”³⁸¹, afirmam Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero.

Pelo exposto, concluem Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero que, todos os imediatamente atingidos pela eficácia direta da tutela jurisdicional, sempre que estiver em juízo situação jurídica incindível, devem participar do processo, em litisconsórcio necessário unitário.

³⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo*. 2.ed.rev.atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais,2010. p.134.

³⁷⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: Teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010. v.1.p.186.

³⁷⁹ *Ibidem*, p.186.

³⁸⁰ *Ibidem*, p.186.

³⁸¹ *Ibidem*, p.186-7.

Dessa afirmação, extraem a seguinte máxima: “*No Estado Constitucional, não existe litisconsórcio facultativo unitário. Todo litisconsórcio unitário é igualmente necessário*”³⁸²”.

Essa solução, a uma, evita a violação do direito fundamental ao contraditório dos litisconsortes faltantes e, a duas, promove o equilíbrio entre as posições jurídicas do autor e do réu. Processo justo é aquele em que todos que podem ser atingidos diretamente pela tutela jurisdicional têm condições de participar em pé de igualdade. Aliás, o próprio conceito de processo, no Estado Constitucional, implica observância ao contraditório e à paridade na conformação do formalismo processual.³⁸³

Do ponto de vista da dinâmica processual, afirmam os autores que, se o litisconsórcio unitário estiver no polo passivo, cabe ao juiz determinar ao autor que promova a citação dos ausentes.³⁸⁴ “O juiz tem de controlar de ofício a observância das normas que impõem o litisconsórcio necessário (art. 267, § 3º). Trata-se de providência imposta pela ordem pública, a fim de que o processo tenha reais condições de prestar tutela ao direito da parte”³⁸⁵.

Havendo litisconsórcio necessário unitário ativo, deve o juiz “determinar a intervenção de ofício”, configurando-se, segundo eles, hipótese de intervenção *iussu iudicis*³⁸⁶. Nas duas hipóteses, a ausência do legitimado na demanda torna a sentença, além de ineficaz em relação ao faltante, nula.

4.3.5 Litisconsórcio no CPC de 1973: a relação entre o litisconsórcio unitário e sua necessária e/ou facultativa formação. Breves apontamentos sobre a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Feita a apresentação das principais posições doutrinárias sobre a temática, é preciso verificar como vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça (STJ) em matéria de litisconsórcio unitário, facultativo e/ou necessário. Cumpre registrar, contudo, que o item que segue não pretende examinar todo o conjunto de jurisprudência existente nesta Corte, tarefa que por si só já mereceria uma nova pesquisa e a redação de um outro trabalho. A

³⁸²ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: Teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010. v.1.p.187.

³⁸³ *Ibidem*, p.187.

³⁸⁴ *Ibidem*, p.183.

³⁸⁵ *Ibidem*, p.182.

³⁸⁶ *Ibidem*, p.187.

intenção é de apenas registrar as decisões mais atuais que apontem certas escolhas a indicar as tendências lá existentes.

Verifica-se em julgados que o STJ considera possível tanto a formação de litisconsórcio unitário necessário, quanto a de litisconsórcio unitário facultativo³⁸⁷. Não se encontrou nenhuma decisão negando peremptoriamente a possibilidade, em abstrato, de configuração facultativa do litisconsórcio unitário.

Em certos casos, a referência à existência de hipótese de litisconsórcio facultativo unitário é direta, como o foi no REsp. 408.219/SP³⁸⁸, na qual se verificou, em caso de ação de improbidade administrativa, ser o município litisconsorte facultativo unitário para fins de anulação de contrato de prestação de serviços sem licitação, realizado pela Prefeitura de Rio Claro/SP. Conforme o julgado, não havia nulidade no fato de o município ter ingressado no processo apenas na fase recursal, figurando como partes na ação de conhecimento o prefeito, o secretário municipal e a empresa contratada para prestar serviços sem licitação. *In verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DO MUNICÍPIO - LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO - NULIDADE - INOCORRÊNCIA.

1. A falta de citação do Município interessado, por se tratar de litisconsorte facultativo, na ação civil pública declaratória de improbidade proposta pelo Ministério Público, não tem o condão de provocar a nulidade do processo.
2. Ainda que assim não fosse, permaneceria a impertinência subjetiva da alegação haja vista que o beneficiário somente poderia nulificar o processo se descumpridas garantias que lhe trouxessem prejuízo. Princípio da Instrumentalidade das Formas no sentido de que "não há nulidade sem prejuízo" (art. 244, do CPC)
3. A solução acerca da validade do contrato é uniforme para todos os partícipes do negócio jurídico inquinado de ilegal, por isso que, a defesa levada a efeito pelo Subsecretário e pelo próprio Prefeito, legitimados passivos, por força do pedido condenatório, serviu, também, à Municipalidade, em razão da "Unitariedade do Litisconsórcio" em função do qual a decisão homogênea implica em que os atos de defesa aproveitem a todos os litisconsortes. É o que se denomina de "regime de interdependência dos litisconsortes" no denominado litisconsórcio unitário[...]³⁸⁹

Todavia, vê-se, em outras decisões, que a conclusão da existência de litisconsórcio facultativo unitário é consequência do rechaço à figura o litisconsórcio necessário,

³⁸⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp. 968.729/SC, 4ª T., j. 12.04.2012, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 15.05.2012; REsp. 976.679/SP, 3ª T., j. 08.09.2009, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe. 02.10.2009; REsp. 408.219/SP, 1ª T., j. 24.09.2002, rel. Min. Luiz Fux, DJe. 14.10.2002.

³⁸⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp. 408.219/SP, 1ª T., j. 24.09.2002, rel. Min. Luiz Fux, DJe. 14.10.2002.

³⁸⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp. 408.219/SP, 1ª T., j. 24.09.2002, rel. Min. Luiz Fux, DJe. 14.10.2002.

especialmente no polo ativo da demanda. Este é o caso dos Recursos Especiais nº 968.729/SC e 976.679/SP, julgados em 2012 e relatados, respectivamente pelos Ministros Luis Felipe Salomão e Nancy Andrighi:

PROCESSO CIVIL E DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA CUMULADA COM DEMOLITÓRIA. LITISCONSÓRCIO ATIVO COM O MUNICÍPIO. ART. 934 DO CPC. PRAZO DECADENCIAL PARA PROPOSITURA DA AÇÃO DEMOLITÓRIA. SÚMULA 7 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

[...] Não há falar, via de regra, em litisconsórcio necessário no polo ativo da relação jurídica processual, uma vez que não é possível compelir alguém a demandar em juízo ante a voluntariedade do direito de ação, nem tolher o direito de acesso à justiça daquele que quer litigar, mormente em face do art. 5º XXXV, da Constituição da República, que assegura a todos a inafastabilidade da tutela jurisdicional.³⁹⁰

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. PLANO DE SAÚDE EMPRESARIAL, EXTENSÃO A DEPENDENTE DO BENEFICIÁRIO DESDE A INFÂNCIA ATÉ A CONCLUSÃO DO CURSO DE ENSINO SUPERIOR. LEGITIMIDADE ATIVA CONFIGURADA. ESPTIPULAÇÃO EM FAVOR DE TERCEIRO. PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE DE AGIR NÃO DEMONSTRADA.

[...] O tema da admissibilidade ou não do litisconsórcio ativo necessário envolve limitação ao direito constitucional de agir, que se norteia pela liberdade de demandar, devendo-se admiti-lo apenas em situações excepcionais. Não se inclui entre essas situações o litígio que envolve o filho, dependente de pessoa beneficiada por plano de saúde coletivo, e a companhia responsável pela cobertura contratual.³⁹¹

Quanto ao tema da possibilidade de configuração de litisconsórcio necessário no polo ativo há interessante julgado de 1999³⁹², cujo objeto principal analisado no Recurso Especial foi a possibilidade de configuração ou não de litisconsórcio necessário ativo sem previsão legal expressa. Aduzia a recorrente que o litisconsórcio ativo necessário se limitava às hipóteses expressamente previstas em lei, a exemplo do art. 10 do CPC, e que o art. 47, segunda parte, do CPC, adotado como fundamento do acórdão, diria respeito apenas ao litisconsórcio passivo.

O relator da matéria, Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, colacionou doutrina nos dois sentidos e decidiu no sentido da existência de litisconsórcio necessário ativo na ausência de previsão legal. Entre outros argumentos, afirmou o Ministro que “não pode

³⁹⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp. 968.729/SC, 4ª T., j. 12.04.2012, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 15.05.2012.

³⁹¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp. 976.679/SP, 3ª T., j. 08.09.2009, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe. 02.10.2009.

³⁹² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp. 141.172/RJ, 4ª T., j. 26.10.1999, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJe. 13.12.1999.

haver regra única que cerceie em absoluto, nem que permita sem restrições, o litisconsórcio ativo necessário”. Assim ficou decidido:

PROCESSO CIVIL. LITISCONSÓRCIO ATIVO NECESSÁRIO. EXCEÇÃO AO DIREITO DE AGIR. OBRIGAÇÃO DE DEMANDAR. HIPÓTESES EXCEPCIONAIS. RECURSO PROVIDO.

I - Sem embargo da polêmica doutrinária e jurisprudencial, o tema da admissibilidade ou não do litisconsórcio ativo necessário envolve limitação ao direito constitucional de agir, que se norteia pela liberdade de demandar, devendo-se admiti-lo apenas em situações excepcionais.

II - Não se pode excluir completamente a possibilidade de alguém integrar o pólo ativo da relação processual, contra a sua vontade, sob pena de restringir-se o direito de agir da outra parte, dado que o legitimado que pretendesse demandar não poderia fazê-lo sozinho, nem poderia obrigar o co-legitimado a litigar conjuntamente com ele.

III - Fora das hipóteses expressamente contempladas na lei (verbi gratia, art. 10, CPC), a inclusão necessária de demandantes no pólo ativo depende da relação de direito material estabelecida entre as partes. Antes de tudo, todavia, é preciso ter em conta a excepcionalidade em admiti-la, à vista do direito constitucional de ação.

Quanto ao tratamento ofertado ao colegitimado ausente em hipótese de litisconsórcio unitário facultativamente formado, há julgado³⁹³ da lavra da Ministra Nancy Andrighi no sentido de defender a extensão para além das partes da coisa julgada *secundum eventum litis*. *In verbis*:

EMENTA

PROCESSO CIVIL E DIREITO CIVIL. DIREITOS REAIS. SERVIDÃO DE ÁGUA. ESTABELECIMENTO. CONDIÇÃO RESOLUTIVA. EXTINÇÃO PELA AUTOSSUFICIÊNCIA EM CAPTAÇÃO DA ÁGUA PELO PRÉDIO DOMINANTE, POR FONTE INDEPENDENTE. AÇÃO PLEITEANDO O CUMPRIMENTO DA SERVIDÃO. PROPOSITURA POR CONDOMÍNIO. LEGITIMIDADE. LITISCONSÓRCIO ATIVO NECESSÁRIO. INEXISTÊNCIA. HIPÓTESE DE LITISCONSÓRCIO ATIVO FACULTATIVO UNITÁRIO. [...]

[...] Qualquer dos titulares de direito indivisível está legitimado a pleitear, em juízo, o respectivo adimplemento. Não há, nessas hipóteses, litisconsórcio ativo necessário. Há, em lugar disso, litisconsórcio ativo facultativo unitário, consoante defende renomada doutrina. Nessas hipóteses, a produção de efeitos pela sentença se dá *secundum eventum litis*: somente os efeitos benéficos, por força de lei, estendem-se aos demais titulares do direito indivisível. Eventual julgamento de improcedência só os atinge se eles tiverem integrado, como litisconsortes, a relação jurídica processual.

Por fim, cumpre destacar uma tendência recente no STJ sentido de impor litisconsórcio necessário a terceiro eventualmente atingido em sua esfera jurídica pelo provimento jurisdicional³⁹⁴.

³⁹³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp. 1.124.506/RJ, 3ª T., j. 05.06.2012, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe. 14.11.2012.

³⁹⁴ Crítica a essa posição foi feita por Daniel Mitidiero e mencionada pelo trabalho (4.3.4).

Vejam os ementas de decisões nesse sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. PENSÃO POR MORTE DE SERVIDOR PÚBLICO. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO UNITÁRIO ENTRE COMPANHEIRA E EX-ESPOSA. REGULARIDADE DA RELAÇÃO JURÍDICA. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. CONHECIMENTO DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DO ART. 47, PAR. ÚNICO, DO CPC. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA QUE SE PROMOVA A CITAÇÃO. RECURSO PREJUDICADO.

1. O eventual reconhecimento do direito da companheira à pensão por morte de servidor público atinge diretamente a esfera jurídica da ex-esposa, diminuindo-lhe ou retirando-lhe o benefício previdenciário, razão pela qual se impõe a sua integração ao processo, sob pena de que a decisão a ser proferida seja absolutamente ineficaz em face da ex-esposa (cf. art. 47, in fine, e 472 do CPC).³⁹⁵

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO ALIMENTÍCIA. ALTERAÇÃO DO MONTANTE REPASSADO AOS FILHOS BENEFICIÁRIOS. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. CONFIGURAÇÃO.

1. É indispensável a presença, no polo passivo da ação, do terceiro eventualmente atingido em sua esfera jurídica pelo provimento jurisdicional³⁹⁶.

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RECURSO DE TERCEIRO PREJUDICADO. INCIDENTE DE FALSIDADE DOCUMENTAL. ESTADO EMITENTE DO TÍTULO DOMINIAL. LITISCONSORTE NECESSÁRIO. ART. 47, DO CPC. NULIDADE DO PROCESSO.

[...] litisconsórcio é necessário quando a eficácia da decisão depender da citação de todos os sujeitos, cujas relações jurídicas são atingidas pela sentença. A ausência de convocação transforma a decisão em inutiliter data, por isso que se o terceiro não for convocado para o processo, legitima-se à impugnação recursal, à luz do disposto no art. 499, § 1º, do CPC³⁹⁷.

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PENSÃO ALIMENTÍCIA. AÇÃO REVISIONAL. ALTERAÇÃO DO MONTANTE REPASSADO AOS BENEFICIÁRIOS. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO.

1. É indispensável a presença no pólo passivo da ação do terceiro eventualmente atingido em sua esfera jurídica pelo provimento jurisdicional.³⁹⁸

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA. DUPLICATA MERCANTIL. PAGAMENTO REALIZADO. PROTESTO INDEVIDO. INTERESSE DE AGIR. NECESSIDADE DE TUTELA. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. INEXISTÊNCIA. DECISÃO. NÃO-INCIDÊNCIA SOBRE A ESFERA JURÍDICA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO.

[...] 2. Somente há necessidade de se observar o litisconsórcio quando houver incidência da sentença sobre a esfera jurídica de várias pessoas.³⁹⁹

³⁹⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, RMS 28110/MS, 6ª T., j. 01.03.2012, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. DJe. 19.03..2012.

³⁹⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp. 1.055.310/RJ, 3ªT., j.18.10.2011, rel. Min. Nancy Andrighi. DJe. 26.10.2011.

³⁹⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, EDcl no REsp. 883398/MT, 1ªT., j.07.12.2010, rel. Min. Luiz Fux. DJe. 15.12.2010.

³⁹⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp. 955.933/DF, 4ª T., j.25.03.2008, rel. Min. João Otávio de Noronha. DJe. 05.05.2008.

³⁹⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp. 973.876/ES, 4ª T., j.18.03.2010, rel. Min. João Otávio de Noronha. DJe. 29.03.2010.

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MEDIDA CAUTELAR PARA CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL PENDENTE DE ADMISSIBILIDADE PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SÚMULAS N.º 634 E 635 DO STF. CARTÓRIO EXTRAJUDICIAL. VACÂNCIA. TITULARIDADE INTERINA. AUSÊNCIA DE FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. NULIDADE PROCESSUAL. TERATOLOGIA. INEXISTÊNCIA.

[...] In casu, o recurso especial dirige-se contra acórdão que entendeu pela imprescindibilidade de formação de litisconsórcio passivo necessário (art. 47 do CPC), ao argumento de que o acolhimento da pretensão veiculada pela autora, qual seja, declaração da inconstitucionalidade e/ou ilegalidade da criação do 2º Ofício do Tabelionato de Notas de Buritis e da ilegalidade da anexação do Tabelionato de Notas ao Ofício do Registro Civil das Pessoas Naturais do Distrito de Serra Bonita-MG, para fins de transferência das atribuições notariais de ambas serventias e dos respectivos livros ao 1º Ofício do Tabelionato de Notas Buritis-MG, de titularidade da parte autora, influirá na esfera de direitos dos atuais ocupantes das mencionadas serventias⁴⁰⁰.

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. NULIDADE DECRETADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. AUSÊNCIA DE FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. NULIDADE PROCESSUAL. SÚMULA 631/STF. ART. 24, DA LEI N.º 12.016/2009. EMPRESA VENCEDORA DO CERTAME. PETIÇÃO DE TERCEIRO INTERESSADO. PEDIDO DE NULIDADE ACOLHIDO.

1. A eficácia da sentença quando repercute na esfera jurídica alheia impõe o litisconsórcio necessário, ante a ratio essendi do art. 47, do CPC e da Súmula 145 do extinto Tribunal Federal de Recursos, sendo certo que a ausência de citação daquele gera a nulidade do processo. Precedentes do STJ: RMS 20.780/RJ, DJ 17.09.2007; RMS 23406/SC, DJ 26.04.2007 e REsp 793.920/GO, DJ 19.06.2006⁴⁰¹.

Críticas a essa relação entre a eficácia da sentença como fonte para a necessidade do litisconsórcio já foram feitas por certos autores, como consta no item precedente. Tal discussão faz recordar ainda o debate havido na vigência do Código de Processo Civil de 1939, quando a doutrina divergia sobre as fontes reais do litisconsórcio necessário. Havia vozes que defendiam a eficácia da sentença como fonte para tal formação obrigatória. Entretanto, como se sabe e ficou demonstrado na primeira parte deste estudo, a corrente vitoriosa foi aquela que defendia como fontes da figura disposição de lei e a natureza da relação jurídica, conforme dispõe o atual art. 47, *caput* do CPC.

⁴⁰⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AGRG na MC 13.635/MG, 1ª T., j. 03.04.2008, rel. Min. Luiz Fux. DJe. 24.04.2008.

⁴⁰¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp. 1.159.791/RJ, 1ª T., j.07.12.2010, rel. Min. Luiz Fux. DJe. 25.02.2011.

5 Litisconsórcio no projeto de Novo Código de Processo Civil

Antes de passar às conclusões, algumas considerações a respeito do projeto de lei do Novo Código de Processo Civil (NCPC) se fazem necessárias, ainda que se trate de matéria em tramitação, cujo texto está sujeito a alterações.

O anteprojeto do NCPC foi elaborado por uma comissão de juristas, sob a presidência do então ministro do Superior Tribunal de Justiça, hoje membro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux. No Senado Federal, proposto pelo senador José Sarney (PMDB/AP), o projeto de lei (PL) nº 166/2010 passou a tramitar a partir de 8 de junho de 2010.

Antes de ser remetida à Câmara dos Deputados para revisão, nos termos do art. 65 da CRFB, em 20 de dezembro do mesmo ano, a matéria sofreu alterações quanto ao tema do litisconsórcio. As considerações a serem feitas aqui se referem ao texto do PL 8046/2010⁴⁰², que doravante passa a ser chamado de projeto de NCPC. A matéria tramita em uma comissão especial da Câmara dos Deputados constituída para o fim de analisá-la.

A figura do litisconsórcio é tratada pelo projeto de NCPC no Título V, entre os arts. 112 e 117, com considerável número de alterações com relação ao diploma legal em vigor. Os textos dos artigos encontram-se na tabela apresentada ao final deste item.

Equivalente ao art. 46 do Código vigente, o *caput* do art. 112 mantém inalteradas fontes do litisconsórcio. Quanto a esse ponto, sugerem Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero⁴⁰³, com razão, que “poderia o Projeto ter aproveitado a oportunidade para terminar com a superposição existente entre as hipóteses dos incisos II e III”. A crítica é conhecida pela doutrina, (item 4.1, supra). O art. 112 também foi acrescido de três parágrafos, referentes à limitação possível em casos de litisconsórcio facultativo multitudinário. São poucas as mudanças: o § 1º informa que a limitação quanto ao número de litigantes pode ser solicitada na fase de conhecimento e na de execução e o § 3º prevê cabimento de agravo de instrumento contra o indeferimento do pedido.

As figuras do litisconsórcio necessário e unitário passam a receber tratamento de forma separada, evitando-se a tão criticada redação do art. 47 do CPC de 1973. Os arts. 113 e 114 tratam, respectivamente, das hipóteses de configuração do litisconsórcio

⁴⁰² BRASIL, Projeto de Lei n.8046 de 2010. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em: 31 maio 2013.

⁴⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.85.

necessário e dos efeitos decorrentes da ausência de litisconsortes necessários na demanda. Já o art. 115 disciplina o litisconsórcio unitário.

O art. 113 elenca (e para doutrina majoritária, mantém) como fontes do litisconsórcio necessário a lei e a natureza da relação jurídica controvertida, dependendo da citação de todos os que devam ser litisconsortes a eficácia da sentença.

O art. 114, por sua vez, adota com acerto uma lição doutrinária a respeito dos efeitos da sentença prolatada em demanda com litisconsórcio necessário incompleto. Afirma o dispositivo que, se a decisão devesse ser uniforme, a sentença de mérito é nula. Nos demais casos, referindo-se aqui às hipóteses de litisconsórcio necessário simples, a sentença é ineficaz para os não citados.

Por sua vez, o art. 115 desfaz o que, para parte da doutrina, era uma ligação entre o litisconsórcio unitário e o necessário. Sem cogitar de necessidade ou de facultatividade de formação, o dispositivo afirma que será unitário o litisconsórcio sempre que o juiz, pela natureza da relação jurídica, tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes litisconsorciadas. Escolhe o legislador relacionar o litisconsórcio unitário à unidade de juízo e não apenas às hipótese de relação *una e única* de direito material (item , supra). A inclusão do último trecho ‘litisconsorciadas’ corrige um equívoco do *caput* do art. 47, que se referia à sentença uniforme para todas as “partes”, o que é, em si, uma impossibilidade lógica (item 4.3.3.2, supra).

Os arts. 116 e 117 referem-se, respectivamente, aos arts. 48 e 49 do CPC de 1973. Quanto ao art. 117, não há alteração: cada litisconsorte tem o direito de promover o andamento do processo e todos devem ser intimados dos respectivos atos. Já o art. 116, que trata dos dois regimes do litisconsórcio, traz mudanças para o regime especial. Segundo o dispositivo do projeto do NCPC, no caso de litisconsórcio unitário, os atos e omissões de um litisconsorte poderão beneficiar os demais, o que não era previsto.

Cumprido destacar que o projeto de NCPC não faz referência à problemática de colegitimados ausentes à demanda em caso de litisconsórcio unitário facultativamente formado. Como se viu no decorrer da monografia, há países como a Alemanha e a Itália que disciplinaram, em certos casos, em legislações de direito material, a possibilidade de extensão da autoridade da coisa julgada (*erga omnes* ou *secundum eventum litis*) para os colegitimados ausentes (item 4.3.1) em demandas que versavam sobre uma relação jurídica única, nas quais havia legitimação concorrente e autônoma de várias pessoas.

Abaixo, segue proposta de quadro comparativo entre as disposições do CPC de 1939, o CPC de 1973 e o projeto de NCPC, quanto ao tema do litisconsórcio:

Quadro 1- Comparativo entre CPC de 1939, CPC de 1973 e projeto do NCPC

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1939	CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973	PROJETO DE NCPC PL 8046/2010
<p>Art. 88. Admitir-se-á o litisconsórcio, ativo ou passivo, quando fundado na comunhão de interesses, na conexão de causas, ou na afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito. No primeiro caso, não poderão as partes dispensá-lo; no segundo, não poderão recusá-lo, quando requerido por qualquer delas; no terceiro, poderão adotá-lo, quando de acordo.</p>	<p>Art. 46. Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando:</p> <p>I - entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide;</p> <p>II - os direitos ou as obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito;</p> <p>III - entre as causas houver conexão pelo objeto ou pela causa de pedir;</p> <p>IV - ocorrer afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito.</p> <p>Parágrafo único. O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa. O pedido de limitação interrompe o prazo para resposta, que recomeça da intimação da decisão. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)</p>	<p>Art. 112. Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando:</p> <p>I – entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide;</p> <p>II – os direitos ou as obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito;</p> <p>III – entre as causas houver conexão pelo objeto ou pela causa de pedir;</p> <p>IV – ocorrer afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito.</p> <p>§ 1º O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, na fase de conhecimento ou na de execução, quando este comprometer a rápida solução do litígio, dificultar a defesa ou o cumprimento da sentença.</p> <p>§ 2º O requerimento de limitação interrompe o prazo para manifestação ou resposta, que recomeça da intimação da decisão que o solucionar.</p> <p>§ 3º Do indeferimento do pedido de limitação de litisconsórcio cabe agravo de instrumento.</p>
<p>Art. 88. Admitir-se-á o litisconsórcio, ativo ou passivo, quando fundado na comunhão de interesses, na conexão de causas, ou na afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito. No primeiro caso, não poderão as partes dispensá-lo; no segundo, não poderão recusá-lo, quando requerido por qualquer delas; no terceiro, poderão adotá-lo, quando de acordo.</p>	<p>Art. 47. Há litisconsórcio 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 eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.</p>	<p>Art. 113. Será necessário o litisconsórcio quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes.</p>
	<p>Parágrafo único. O juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo.</p>	<p>Art. 114. A sentença de mérito, quando proferida sem a integração do contraditório, será:</p> <p>I – nula, se a decisão deveria ser uniforme em relação a todos que deveriam ter integrado a lide;</p> <p>II – ineficaz, nos outros casos, apenas para os que não foram citados.</p> <p>Parágrafo único. Nos casos de litisconsórcio passivo necessário, o juiz determinará ao autor que requeira a citação de todos que devam ser litisconsortes, dentro do prazo que assinar, sob pena de extinção do processo.</p>
<p>Art. 90. Quando a relação jurídica litigiosa houver de ser resolvida de modo uniforme para todos os litisconsortes, os revéis, ou os</p>	<p>Art. 47. Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver</p>	<p>Art. 115. Será unitário o litisconsórcio quando, pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de</p>

<p>que tiverem perdido algum prazo, serão representados pelos demais.</p> <p>Os litisconsortes revéis poderão intervir nos atos ulteriores, independentemente de nova citação.</p>	<p>de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.</p>	<p>modo uniforme para todas as partes litisconsorciadas.</p>
<p>Art. 89. Salvo disposição em contrário, os litisconsortes serão considerados em suas relações com a parte adversa como litigantes distintos e os atos de um não aproveitarão nem prejudicarão aos demais.</p>	<p>Art. 48. Salvo disposição em contrário, os litisconsortes serão considerados, em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos; os atos e as omissões de um não prejudicarão nem beneficiarão os outros.</p>	<p>Art. 116. Salvo disposição em contrário, os litisconsortes serão considerados, em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos, exceto no litisconsórcio unitário, caso em que os atos e as omissões de um não prejudicarão os outros, mas os poderão beneficiar.</p>
<p>Art. 92. O direito de promover os atos do processo cabe, indistintamente, a qualquer dos litisconsortes; quando um deles citar ou intimar a parte contrária, deverá também citar ou intimar os colitigantes.</p>	<p>Art. 49. Cada litisconsorte tem o direito de promover o andamento do processo e todos devem ser intimados dos respectivos atos.</p>	<p>Art. 117. Cada litisconsorte tem o direito de promover o andamento do processo, e todos devem ser intimados dos respectivos atos.</p>
<p><i>Artigos sem correspondência no CPC de 1973 e no projeto de NCPC:</i></p> <p>Art. 91. O juiz, quando necessário, ordenará a citação de terceiros, para integrarem a contestação. Se a parte interessada não promover a citação no prazo marcado, o juiz absolverá o réu da instância.</p> <p>Art. 93. Quando a sentença houver de influir na relação jurídica entre qualquer das partes e terceiro, este poderá intervir no processo como assistente, equiparado ao litisconsorte.</p> <p>Art. 94. O juiz não poderá determinar o desmembramento de processos (art. 116), se a eficácia da sentença depender de presença de todos os autores ou de todos os réus. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942).</p>		

6. CONCLUSÕES

1. A presente monografia teve como escopo examinar o tratamento dado pela doutrina brasileira para a figura do litisconsórcio unitário, diante de sua necessária e/ou facultativa formação, sob o enfoque do modelo constitucional de processo civil.

2. Em linhas gerais, procurou-se traçar o desenvolvimento histórico da figura do litisconsórcio no direito brasileiro. Contou-se, para isso, com informações provenientes do direito estrangeiro, especialmente da Alemanha e da Itália, por terem sido as legislações desses dois países a inspiração para a disciplina legal do litisconsórcio no Brasil.

3. Considerou-se tarefa importante a análise do litisconsórcio no CPC de 1939, não apenas a título de informação histórica, que seria por si só relevante, mas por se entender que a compreensão atual do fenômeno e da disciplina ora vigente em muito depende dessas referências.

3.1 No estudo sobre o litisconsórcio no CPC de 1939, verificou-se que uma das discussões centrais havidas na doutrina dizia respeito à fonte do litisconsórcio necessário. Como afirmam certos autores, a legislação processual não se referia a ele diretamente. Entendia-se, inicialmente, ser de necessária formação o litisconsórcio indispensável, fundado na comunhão de interesses (*rectius*: comunhão de direitos ou obrigações), conforme redação do art. 88.

3.1.1 Entretanto, como muitos autores verificaram, de acordo com o sistema jurídico vigente à época, nem todos os casos de comunhão de direitos ou obrigações exigiam a presença em juízo de todos os legitimados à demanda. A própria lei, ao outorgar tantas ações singulares quantos fossem os virtuais litisconsortes, produzia exceções a essa regra geral. Por isso, relacionar litisconsórcio necessário com a comunhão de interesses era, na opinião do próprio redator do art. 88, Francisco Morato, um *erro notável*. Para saná-lo, buscou-se amparar o litisconsórcio necessário na eficácia da sentença a ser prolatada, ou em disposição de lei e na natureza da relação jurídica ajuizável. Foi vitoriosa a última corrente, entendendo-se também hoje que o litisconsórcio necessário é exigido *por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica* (art. 47, *caput*, CPC de 1973).

3.2 Quanto ao litisconsórcio unitário, o art. 90 do CPC de 1939 relacionava a figura com a necessidade de resolução uniforme para todos os litisconsortes. No dispositivo, também se prevê a ‘representação’ pelos atuantes dos revéis e daqueles que tiverem perdido algum prazo.

3.2.1 A doutrina, de forma expressiva, seguiu a posição de Pontes de Miranda, segundo a qual o litisconsórcio unitário era uma espécie do gênero litisconsórcio necessário.

3.2.2. Contrariando a tese de Pontes de Miranda, Barbosa Moreira confrontou o litisconsórcio unitário com o necessário, na intenção de dar total autonomia conceitual às duas figuras, inspirado na legislação e na doutrina alemãs. Segundo ele, o termo litisconsórcio necessário apenas deveria ser empregado nas situações de indispensável presença simultânea de duas ou mais pessoas num dos polos do processo. Já o litisconsórcio unitário era aquele no qual a decisão de mérito, em seu conteúdo, deveria ser obrigatoriamente uniforme para os litisconsortes presentes no mesmo polo do processo.

3.2.3 Distanciando-se de pressupostos de direito material, Barbosa Moreira aponta a aptidão para a extensibilidade da *auctoritas rei iudicatae* aos colegitimados ausentes na demanda como critério exclusivamente processual para a ocorrência da unitariedade.

3.2.4 Segundo Barbosa Moreira, em hipóteses de litisconsórcio unitário, duas técnicas mantinham entre si equivalência funcional para a eliminação do risco da quebra de homogeneidade na disciplina da relação jurídica. Para os colegitimados ausentes no processo, aplica-se a extensão da coisa julgada *ultra partes*. Para os litisconsortes presentes na demanda, aplica-se o regime especial de tratamento. Na presença de ambas as situações, há cabimento das duas técnicas.

3.2.5 Barbosa Moreira rejeita a tese de que os litisconsortes presentes representavam ou substituíam processualmente os ausentes, em casos de aplicação do regime especial ligado ao litisconsórcio unitário. No vazio legislativo, o processualista carioca constrói uma teoria fundada na diferenciação entre comportamentos determinantes (por exemplo, a revelia) e comportamentos alternativos (por exemplo, a contestação). Segundo ele, por um lado, deve-se negar efeitos aos comportamentos determinantes adotados por apenas um ou alguns dos colitigantes. Por outro lado, deve-se estender a todos os comportamentos alternativos manifestados por um ou alguns dos colitigantes.

4. Verificou-se que a disciplina do litisconsórcio foi alterada pelo CPC de 1973. Quanto ao art.46, a comunhão de interesses deixa de ser pressuposto para a necessidade e passa a compor, ao lado da conexão e da afinidade, as três hipóteses de admissibilidade da figura, em litisconsórcios facultativos ou necessários. O CPC Buzaid passou a dispor sobre o litisconsórcio necessário e o litisconsórcio unitário em um único artigo, o 47, *caput* e parágrafo único, de forma diversa ao tratamento dado ao tema pelo CPC de 1939,

que tratava da necessidade/facultatividade da formação no art. 88 e de sua unitariedade (regime especial) no art. 90, sem relacioná-los expressamente.

4.1 A necessidade do litisconsórcio passa a ter como fonte a lei ou a natureza da relação jurídica, de acordo com a interpretação da doutrina ao *caput* do art. 47. A presença de todos os litisconsortes necessários configura uma das condições da ação, a legitimidade *ad causam*. Diante da ausência de litisconsorte(s) necessário(s), o juiz deve ordenar ao autor que promova a citação, sob pena de extinguir o processo sem julgamento de mérito. Caso a sentença seja prolatada na ausência de litisconsórcio necessário, a decisão é ineficaz ou dada inutilmente (*inutiliter data*).

4.2 Muitas são as críticas, não sem razão, acerca da problemática redação do art. 47, responsável por acrescentar dificuldades interpretativas para uma temática por si só complexa.

4.3 Para auxiliar na compreensão do art. 47 e na relação entre o litisconsórcio unitário e sua necessária e/ou facultativa formação, dada a relevância e originalidade que apresentam, foram selecionadas para abordagem as posições de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Ovídio A. Baptista da Silva, e de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni.

4.3.1 Ada Pellegrini Grinover figura como uma das adeptas de prestigiosa corrente teórica que, além de aceitar a configuração da figura do litisconsórcio facultativo unitário, também se filia à solução da extensão subjetiva da coisa julgada *ultra partes* formulada por Barbosa Moreira.

4.3.1.1 Importa registrar que, quanto à questão dos colegitimados ausentes na demanda, a processualista adotava, até meados da década passada, solução cunhada por Enrico Tullio Liebman, baseada na diferenciação entre a eficácia natural da sentença e a autoridade da coisa julgada, rejeitando expressamente a posição de Barbosa Moreira.

4.3.1.2 Em artigos publicados a partir de 2005, Ada Pellegrini Grinover revê sua posição e passa a acompanhar a construção teórica da extensão da coisa julgada *ultra partes* de Barbosa Moreira, acrescentando a ela novos argumentos de fundamentação.

4.4.1.3 Segundo Ada Pellegrini Grinover, assim como já é tradicional no ordenamento pátrio em matéria de processos coletivos, justifica-se a aplicação da coisa julgada *erga omnes* aos casos de litisconsórcio facultativo unitário, seja a sentença favorável ou desfavorável, ressalvada a improcedência por insuficiência de provas. Explica a autora que tanto nos casos de litisconsórcio facultativo unitário quanto na tutela de direitos difusos e coletivos, de natureza indivisível, a legitimidade processual conferida

a cada legitimado é concorrente e autônoma. Da mesma forma, o objeto da demanda é indivisível.

4.4.1.4 Contra a acusação de que a extensão da coisa julgada a terceiros possa afrontar as garantias constitucionais do devido processo legal e do contraditório, a autora argumenta a possibilidade de considerar-se o autor como substituto processual dos demais coletivamente ausentes, lembrando que é inerente ao instituto da substituição processual que a coisa julgada abranja o substituto e os substituídos.

4.4.1.5 Todavia, como reconhece a processualista, não há no ordenamento pátrio lei relacionando os casos de litisconsórcio facultativo unitário à substituição processual. A essa ausência legal, Ada Pellegrini Grinover responde com uma “interpretação mais elástica” do art. 6º do CPC, feita pela doutrina antes da entrada em vigor da Lei da Ação Civil Pública. Segundo ela, a partir de então, passou-se a entender que, em sede de ação coletiva, o membro do grupo tem legitimação para a demanda já que o seu interesse é, ao mesmo tempo, próprio e alheio. Conforme a autora, igual entendimento poderia ser estendido ao litisconsorte unitário facultativo ausente, por uma operação simples de hermenêutica.

4.4.2 Da análise do art. 47 do CPC de 1973 e da natureza das relações jurídicas postas em juízo, passando pelas exigências constitucionais e pela disciplina do ordenamento positivo brasileiro, Cândido Rangel Dinamarco conclui haver no sistema brasileiro tanto casos de litisconsórcio unitário necessário quanto de litisconsórcio unitário facultativo.

4.4.2.1 Do ponto de vista do direito material, na presença de situação jurídica incidível posta no centro do processo, Cândido Rangel Dinamarco entende que unitariedade e necessidade do litisconsórcio são expressões de uma só ideia, pois tão inútil quanto oferecer decisões diferentes para cada litisconsorte é oferecer essas decisões apenas um deles.

4.4.2.2 Na interpretação de Cândido Rangel Dinamarco, o *caput* do art. 47 dispõe que há litisconsórcio necessário quando ele for unitário. Em outras palavras, significa dizer que o litisconsórcio será necessário sempre que o unitário. Entretanto, tal regra geral não está imune a exceções decorrentes de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro. Conforme Cândido Rangel Dinamarco, pelo menos duas situações configuram exceção à regra geral do *caput* do art. 47.

4.4.2.3 Primeiramente, é o legislador que cria hipóteses de litisconsórcio facultativo unitário ao conferir legitimidade individual para cada interessado ingressar em

juízo, em demanda que verse sobre relação jurídica incindível a exigir solução homogênea única. Trata-se de uma restrição à *lex generalis* derivada de *leges speciales*.

4.4.2.4 Cândido Rangel Dinamarco cita ainda a *tendência* de se excepcionar a formação do litisconsórcio necessário unitário no polo ativo do processo, no sentido de *alargar a facultatividade* para que a ação possa ser exercida individualmente, ainda que não haja lei dispensando expressamente a cumulação subjetiva, em respeito ao direito constitucional de ação.

4.4.2.5 Como se vê, as restrições impostas à figura do litisconsórcio necessário unitário para Cândido Rangel Dinamarco são tantas a ponto de transformar a regra fundamental em excepcionalidade do sistema.

4.4.2.6 No âmbito do litisconsórcio facultativo unitário, não desconhece Cândido Rangel Dinamarco os inconvenientes de ordem prática e jurídica que podem se originar da ausência de colegitimados na demanda. Contudo, conforme o autor, a lei e o sistema jurídico lançam mão de técnicas para evitar tais males.

4.4.2.7 Entre as situações legalmente reguladas, Cândido Rangel Dinamarco cita o exemplo da outorga prevista no *caput* do art. 10 do CPC e a hipótese das obrigações indivisíveis representadas pela *solidariedade ativa* (art. 291 do CPC).

4.4.2.8 Para além das hipóteses de litisconsórcio facultativo unitário não tratadas individualmente pela lei, o processualista paulista encontra resposta no sistema jurídico: ele divide as hipóteses de litisconsórcio unitário facultativo entre aquelas que se formam entre colegitimados ordinários e entre colegitimados extraordinários.

4.4.2.9 Nos casos de legitimação extraordinária, trata-se de hipóteses de substituição processual, às quais é inerente ao instituto que o substituído fique vinculado aos efeitos da sentença e à coisa julgada. Construção mais sofisticada é exigida em casos de colegitimação ordinária, como na hipótese de ação de anulação de deliberação de assembleia societária. Para Cândido Rangel Dinamarco, ao conferir legitimidade a cada um dos titulares do direito incindível individualmente, o sistema jurídico acaba por permitir que o julgamento favorável obtido pelo autor beneficie os demais legitimados.

4.4.2.10 Para se chegar a essa conclusão, certos pressupostos devem estar definidos. Afirma Cândido Rangel Dinamarco que não há extensão subjetiva da coisa julgada aos ausentes, tampouco coisa julgada *secundum eventum litis*. Por força da limitação subjetiva da coisa julgada prevista no art. 472 do CPC, a coisa julgada formada entre as partes não atinge o colegitimado ausente, terceiro em relação à demanda. Dessa forma, a sentença de improcedência em nada altera a situação dos colegitimados ausentes.

Contudo, a procedência da demanda de desconstituição atinge o interesse processual dos ausentes para o ajuizamento de novos processos com o mesmo objeto.

4.4.3 Constatou-se que, em Comentários ao Código de Processo Civil v.1, Ovídio A. Baptista da Silva demonstrou em que termos e com quais fundamentos se filiava à teoria de Pontes de Miranda, segundo a qual o litisconsórcio unitário era uma subespécie de necessário. Para tanto, ele se propôs conceituar a unitariedade do litisconsórcio a partir do direito material.

4.4.3.1 Apoiado em Enrico Redenti, o autor gaúcho distinguiu os casos de litisconsórcio necessário (verdadeiramente) unitário das hipóteses de litisconsórcio facultativamente formado, nas quais, apesar da uniformidade na sentença de mérito (unidade de juízo), (verdadeira) unitariedade não haverá.

4.4.3.2 Conforme Ovídio A. Baptista da Silva, o litisconsórcio unitário tem como fonte uma relação *una e única* de direito material plurissubjetiva. No plano processual, a lide é uma só, sendo dois ou mais os sujeitos que a compõem. Nesse grupo de situações, é a condição de ser *una e única* a relação de direito material que impõe (i) que todos os seus integrantes demandem ou sejam demandados numa única ação, (ii) que a sentença os trate de modo uniforme, e (iii) que eles tenham sua autonomia processual limitada.

4.4.3.3 O processualista gaúcho diferenciou esse conjunto de situações de outro grupo de hipóteses, das ações de anulação ou modificação de um ato, ou a ‘formação de uma vontade’, de um ente coletivo ou de algum de seus órgãos. Na opinião de Ovídio A. Baptista da Silva, nesse segundo grupo de casos, a relação de direito material não era única e, portanto, não haveria verdadeira unitariedade do litisconsórcio. Nessas hipóteses, o que poderia ocorrer é a *unidade de juízo ou de convencimento* que venha a determinar uma sentença substancialmente idêntica aos litisconsortes presentes, o que não se confunde com *relação jurídica unitária*, verdadeira fonte do litisconsórcio unitário.

4.4.3.4 Nos dois grupos de situações, é possível que colegitimados fiquem alheios à demanda. Para Ovídio A. Baptista da Silva, no primeiro conjunto de hipóteses, onde há unitariedade do litisconsórcio, a incompleta formação do cúmulo subjetivo conduz sempre à nulidade ou à ineficácia da sentença, por ser a necessariedade do litisconsórcio uma questão de *legitimatío ad causam*. Diversa é a situação em se tratando da segunda classe de hipóteses, em que o litisconsórcio é facultativo e as ações concorrentes e autônomas podem ser individualmente propostas.

4.4.3.5 Para ele, com fundamento em célebre teoria de Enrico Tullio Liebman, o que alcança terceiros são os efeitos naturais da sentença, que são distintos nas situações de

improcedência e de procedência da demanda. O conteúdo apenas declaratório da sentença de rejeição do pedido não influi de modo algum na posição dos colegitimados alheios ao processo. No caso da sentença de procedência, o efeito constitutivo por ela produzido alcança a todos. Adverte Ovídio A. Baptista da Silva que tal resultado em nada tem a ver com eficácia *secundum eventum litis* do julgado.

4.4.3.6 Para o autor gaúcho, por não estarem submetidos à autoridade da coisa julgada, os colegitimados atingidos pelos efeitos naturais da sentença podem contra ela se opor, propondo uma demanda igualmente constitutiva, porém de sinal contrário, para refazer o que o primeiro julgamento desfizera.

4.4.3.7 O processualista gaúcho também rejeitou as teses de Barbosa Moreira: (i) de que há a possibilidade de formação de litisconsórcios facultativos unitários e (ii) de que ocorre extensão subjetiva da autoridade da coisa julgada aos colegitimados que ficaram ausentes na demanda.

4.4.3.8 Na opinião de Ovídio A. Baptista da Silva, na intenção de propor uma conceituação no plano puramente processual para litisconsórcio unitário, Barbosa Moreira incorre num equivocado raciocínio lógico circular: o de que a extensibilidade da *auctoritas rei iudicatae* era o pressuposto do litisconsórcio unitário. Significa dizer que a coisa julgada atinge os terceiros não por ser unitário o litisconsórcio, mas é unitário o litisconsórcio porque a coisa julgada atinge terceiros.

4.4.3.9 Dentro desse raciocínio, para encontrar o litisconsórcio unitário, resta saber se e quando a coisa julgada atinge terceiros no direito brasileiro. Ovídio A. Baptista da Silva lembra que, para a construção dessa tese, Barbosa Moreira inspirou-se em teorias alemãs e austríacas, dois países cujos ordenamentos jurídicos estendem a autoridade da coisa julgada a terceiros que poderiam ter participado como coautores ou corréus. Distinta, porém, é a situação no direito pátrio, uma vez que o ordenamento pátrio só excepcionalmente prevê hipóteses de extensão da coisa julgada a terceiros.

4.4.3.10 Conclui Ovídio A. Baptista da Silva que, para sustentar sua teoria, Barbosa Moreira acaba por criar um novo princípio geral da extensão *ultra partes* da coisa julgada independentemente de previsão legal, o que desrespeita o CPC e as regras constitucionais de acesso ao Poder Judiciário e ao princípio inscrito no art. 5º, inciso LIV, segundo o qual ninguém será privado dos seus bens sem o devido processo legal.

4.4.4 Sem criar objeção ao “rigorismo da construção” que retira do sistema jurídico brasileiro o fundamento para a existência de litisconsórcios facultativos unitários, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni rejeitam a

formação dessa figura com base em princípios e garantias constitucionais que informam o processo justo.

4.4.4.1 Para os autores, não é possível aceitar qualquer espécie de extensão da coisa julgada a terceiros. Segundo eles, a extensão da coisa julgada *ultra partes*, a atingir os demais colegitimados ausentes na demanda, ofende princípios constitucionais e o próprio Código de Processo Civil. Tal solução viola o direito fundamental ao processo justo (art. 5º, inciso LIV, CRFB), o direito fundamental ao contraditório daqueles que poderiam ter tomado parte no processo e o art. 472, CPC, que dispõe que a coisa julgada não pode alcançar terceiros.

4.4.4.2 Os autores também não admitem solução que defenda a formação da coisa julgada apenas em caso de procedência do pedido do demandante, em hipóteses de coisa julgada *secundum tenorem rationis*. Nesse caso, estaria configurada violação ao direito fundamental à paridade de armas no processo civil (art. 5º, inciso I, CRFB), em relação ao demandado, pois ignora-se que o processo também deve a ele prestar tutela jurisdicional.

4.4.4.3 Por isso, afirmam os autores que, no Estado Constitucional, não existe não existe litisconsórcio facultativo unitário. Todos os imediatamente atingidos pela eficácia direta da tutela jurisdicional, sempre que estiver em juízo situação incindível, devem participar do processo em litisconsórcio necessário unitário.

4.4.4.4 Para os três autores, se o litisconsórcio estiver no polo passivo, cabe ao juiz determinar ao autor que promova a citação dos ausentes. Havendo litisconsórcio necessário unitário ativo, deve o juiz determinar a intervenção de ofício, configurando-se, segundo eles, hipótese de intervenção *iussu iudicis*.

5. Diante das sínteses conclusivas, é momento de oferecer resposta à questão: no modelo constitucional de processo civil, o litisconsórcio unitário *deve* ou *pode* se configurar, com que consequências para os colegitimados?

5.1 A resposta alcançada é a de que o litisconsórcio unitário *deve* se configurar, sendo esta a regra geral do sistema, em virtude da própria relação material colocada em juízo e da hermética do art. 47, *caput*, CPC. Admite-se, contudo, casos excepcionais de litisconsórcios facultativos unitários, previstos excepcionalmente por disposição legal, especialmente quanto ao polo ativo da demanda, por estarem eles alicerçados no direito constitucional de ação. Cumpre destacar, todavia, que na presença de *relação una e única* de direito material plurissubjetiva, não há espaço para que a lei preveja exceções, pois há aí litisconsórcio *verdadeiramente* unitário. A excepcionalidade legal pode se configurar apenas no grupo de hipóteses em que há *unidade de juízo*.

5.2 Para os casos excepcionais de litisconsórcio unitário facultativo em que haja colegitimados ausentes, acredita-se que qualquer solução que estenda a coisa julgada a terceiros não está de acordo com as exigências do processo justo no Estado Constitucional. Deve, portanto, ser rejeitada. Para solucionar esta questão, resta como mais adequada à proteção dos direitos fundamentais processuais constitucionais a posição segundo a qual o que atinge os terceiros são os efeitos naturais da sentença. Por isso, entende-se que, nos casos excepcionais de formação de litisconsórcio facultativo unitário legalmente previstos, deve-se aplicar essa solução e garantir aos colegitimados que se mantiveram como terceiros a garantia de direito de ação.

5.3 Não se desconhece que pode ferir a posição jurídica do demandado a garantia de que o terceiro legitimado tenha o direito de ingressar com nova ação sobre o mesmo objeto depois de um julgamento já ter ocorrido. Esse argumento é válido. Contudo, nesse caso, trabalha-se com a virtual possibilidade de que um colegitimado deseje ingressar com nova demanda, e, portanto, não há certeza de dano.

5.4 Ovídio A. Baptista da Silva também verificou que a manutenção do direito de ingressar com nova ação sobre o mesmo objeto para o colegitimado ausente causa disparidades e oferece margem à crítica. Mas, segundo o autor gaúcho, outra saída não resta ao intérprete, da forma como tudo está posto no sistema. *“Esta, porém, é a única alternativa para resolver o problema da facultatividade do litisconsórcio, com a preservação do direito constitucional de ação, que o litisconsórcio facultativo pressupõe, ao outorgar tantas ações singulares quantos sejam os litisconsortes, sem que haja conflito entre duas coisas julgadas contraditórias. Na verdade, somente o legislador poderá evitar esse embaraço, tornando necessário, nestes casos, o litisconsórcio”*⁴⁰⁴.

5.5 Ao evitar *tal embaraço*, estaria o legislador cumprindo com sua tarefa de concretizar o direito fundamental ao processo justo, mediante a promulgação de normas processuais. Como bem afirmou Daniel Mitidiero: *“[...] o legislador tem o dever, por força constitucional, de viabilizar a participação daqueles que podem ser atingidos, direta ou reflexamente, pela decisão no processo de sua formação”*.⁴⁰⁵

⁴⁰⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Comentários ao código de processo civil: do processo de conhecimento*, arts. 1º ao 100, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, v.1.p 247.

⁴⁰⁵ MITIDIERO, Daniel. *Impugnação às Nomeações de Candidatos Aprovados em Concurso Público por Candidatos mais bem Classificados e não Nomeados: Litisconsórcio, Assistência "Litisconsorcial" ou Assistência?*. In: Fredie Didier Jr; Luís Otávio Sequeira de Cerqueira; Petrônio Calmon Filho; Sálvio de Figueiredo Teixeira; Teresa Arruda Alvim Wambier. (Org.). *O Terceiro no Processo Civil Brasileiro e Assuntos Correlatos - Estudos em Homenagem ao Professor Athos Gusmão Carneiro*. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 1, p. 179.

REFERÊNCIAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: Teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010. v.1.

_____. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. In: Leituras complementares de processo civil. Salvador: JusPodivm, 2008.

ASSIS, Araken de. *Cumulação de Ações*. 3.ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10.ed.rev.e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v.1).

BRASIL, *Código Civil de 2002*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 20 maio 2013.

_____, *Código de Processo Civil de 1973*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em: 20 maio 2013.

_____, *Código de Processo Civil de 1939*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm> Acesso em: 20 maio 2013.

_____, *Código Civil de 1916*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm>. Acesso em: 20 maio 2013.

_____, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 maio 2013.

_____, Projeto de Lei n.8046 de 2010. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em: 31 maio 2013.

_____, Superior Tribunal de Justiça, REsp. 1.124.506/RJ, 3ª T., j. 05.06.2012, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe. 14.11.2012.

_____, Superior Tribunal de Justiça, REsp. 968.729/SC, 4ª T., j. 12.04.2012, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 15.05.2012.

_____, Superior Tribunal de Justiça, RMS 28.110/MS, 6ª T., j. 01.03.2012, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. DJe. 19.03.2012.

_____, Superior Tribunal de Justiça, REsp. 1.055.310/RJ, 3ªT., j.18.10.2011, rel. Min. Nancy Andrighi. DJe. 26.10.2011.

_____, Superior Tribunal de Justiça, Resp. 1.159.791/RJ, 1ª T., j.07.12.2010, rel. Min. Luiz Fux. DJe. 25.02.2011.

_____, Superior Tribunal de Justiça, EDcl no REsp. 883.398/MT, 1ªT., j.07.12.2010, rel. Min. Luiz Fux. DJe. 15.12.2010.

_____, Superior Tribunal de Justiça, Resp. 973.876/ES, 4ª T., j.18.03.2010, rel. Min. João Otávio de Noronha. DJe. 29.03.2010.

_____, Superior Tribunal de Justiça, REsp. 976.679/SP, 3ª T., j. 08.09.2009, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe. 02.10.2009.

_____, Superior Tribunal de Justiça, Resp. 955.933/DF, 4ª T., j.25.03.2008, rel. Min. João Otávio de Noronha. DJe. 05.05.2008.

_____, Superior Tribunal de Justiça, AGRG na MC 13.635/MG, 1ª T., j. 03.04.2008, rel. Min. Luiz Fux. DJe. 24.04.2008.

_____, Superior Tribunal de Justiça, RMS 17.075/MG, 5ª. T., j. 15.12.2001, rel. Min. Félix Fischer, DJe. 20.02.2006.

_____, Superior Tribunal de Justiça, REsp. 408.219/SP, 1ª T., j. 24.09.2002, rel. Min. Luiz Fux, DJe. 14.10.2002.

_____, Superior Tribunal de Justiça, REsp. 141.172/RJ, 4ª T., j. 26.10.1999, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJe. 13.12.1999.

BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia da Pesquisa Jurídica*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUENO, Cassio Scarpinella. *O “modelo constitucional do direito processual civil”*: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações. Disponível em <<http://www.scarpinellabueno.com.br/text15.htm>> Acesso em 7 jun. 2013.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1965, v.2.

DAL POZZO, Antonio Araldo Ferraz. *Reflexões sobre o litisconsórcio*. Justitia, ano 44, vol. 116, jan./mar. 1982. p.166-200.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Salvador: Editora JusPodium, 2010, 12.ed., rev., ampl. e atual.,v.1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, 8.ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

ESTELLITA, Guilherme. *Do Litisconsórcio no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Universidade do Brasil, 1955.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Coisa julgada erga omnes, secundum eventum litis e secundum probationem*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v.380, jul./ag.2005. p.3-19.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. v.1. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco.3. ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover, 3.ed.Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo Civil*. 5.ed.rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.1.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*. 8.ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. v.2.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo*. 2.ed.rev.atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido Processo Legal e Proteção de Direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MITIDIERO, Daniel. *Direito Fundamental ao Processo Justo*. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, v. 45, 2011.p.22-34.

_____, *Colaboração no Processo Civil: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos*. 2. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____, *Impugnação às Nomeações de Candidatos Aprovados em Concurso Público por Candidatos mais bem Classificados e não Nomeados: Litisconsórcio, Assistência "Litisconsorcial" ou Assistência?* In: Fredie Didier Jr; Luís Otávio Sequeira de Cerqueira; Petrônio Calmon Filho; Sálvio de Figueiredo Teixeira; Teresa Arruda Alvim Wambier. (Org.). *O Terceiro no Processo Civil Brasileiro e Assuntos Correlatos - Estudos em Homenagem ao Professor Athos Gusmão Carneiro*. 1.ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 1, p. 176-181.

_____, *Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.

_____, *Características fundamentais do Processo Civil brasileiro contemporâneo*. In: *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____, *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio Unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

_____, *Notas sobre o litisconsórcio necessário no direito brasileiro e no alemão*. In: *Direito Processual Civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

_____, *O litisconsórcio e seu duplo regime*. In: *Direito Processual Civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 12. ed., rev., ampl. e atual.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de processo civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 2.

_____, *Comentários ao Código de processo civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA. *Zivilprozessordnung*, 30 de janeiro de 1877. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/zpo/>> Acesso em: 31 maio 2013.

REPÚBLICA ITALIANA, *Codice di Procedura Civile*, 28 de outubro de 1940. Disponível em: <<http://www.normattiva.it/ricerca/semplice>> Acesso em: 31 maio 2013.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Comentários ao código de processo civil: do processo de conhecimento, arts. 1º ao 100*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, v.1.

_____, *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*. 6.ed.rev.e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1976, v.1.