

Litisconsórcio unitário e litisconsórcio necessário

FREDIE DIDIER JR.

Livre-docente pela USP e Pós-doutor na Universidade de Lisboa. Doutor pela PUC-SP. Mestre pela UFBA. Coordenador do curso de graduação da Faculdade Baiana de Direito. Professor-adjunto da Faculdade de Direito da UFBA. Membro da IAPL, do Instituto Iberoamericano de Direito Processual e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Advogado e consultor jurídico.

Recebido em: 26.03.2012

Aprovado em: 05.04.2012

ÁREA DO DIREITO: Processo; Civil

RESUMO: Trata-se da transcrição da prova escrita apresentada no concurso para a obtenção do título de livre-docente em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da USP, realizada em 10.02.2012.

PALAVRAS-CHAVE: Litisconsórcio – Espécies – Classificação.

ABSTRACT: This is the transcription of the written exam that was submitted by the author in partial fulfillment of the requirements to obtain his habilitation (livre docência) in Civil Procedural Law from the University of Sao Paulo.

KEYWORDS: Joinder of parties – Categories – Classification.

SUMÁRIO: 1. Delimitação da exposição – 2. Conceito de litisconsórcio – 3. O litisconsórcio unitário: 3.1. Conceito; 3.2 Litisconsórcio unitário e litisconsórcio simples ou comum; 3.3 O regime de tratamento dos litisconsortes; 3.4 Litisconsórcio unitário e colegitimação; 3.5 Distinções: 3.5.1 Litisconsórcio unitário e assistência litisconsorcial; 3.5.2 Litisconsórcio unitário e intervenção litisconsorcial voluntária – 4. Litisconsórcio necessário: 4.1 Conceito; 4.2 Casos de litisconsórcio necessário. Exame do direito brasileiro. A relação entre o litisconsórcio unitário e o litisconsórcio necessário; 4.3 Do litisconsórcio necessário ativo; 4.4 Natureza da sentença proferida contra litisconsorte necessário não citado – 5. Litisconsórcio facultativo unitário e coisa julgada.

1. DELIMITAÇÃO DA EXPOSIÇÃO¹

Os limites impostos pela seleção para a obtenção do título de livre-docência impõem que se faça uma delimitação, também, do tema a ser enfrentado. Assim, por opção, a análise restringir-se-á ao direito brasileiro. Considerações de direito estrangeiro ou *de lege ferenda* serão feitas incidentalmente.

2. CONCEITO DE LITISCONSÓRCIO

Há litisconsórcio sempre que houver uma pluralidade de sujeitos em um dos polos da relação processual.

Pode haver litisconsórcio e cumulação de demandas, como é o caso do litisconsórcio formado por quem se afirma titular de situações jurídicas homogêneas – possíveis credores de um banco, por exemplo.

Mas nem sempre há cumulação de demandas quando houver litisconsórcio. No caso de litisconsórcio unitário, adiante examinado, há uma demanda, cujo objeto é discutido por mais de um sujeito.

O litisconsórcio pode formar-se concomitantemente à formação do processo – neste caso, será chamado litisconsórcio inicial. É possível, porém, que o litisconsórcio forme-se quando o processo já estiver pendente – neste caso, litisconsórcio ulterior ou superveniente.

O litisconsórcio ulterior pode ocorrer em uma destas situações: (a) conexão: a reunião dos processos conexos pode implicar a formação de um litisconsórcio; (b) sucessão: o falecimento de uma parte pode gerar o surgimento de uma pluralidade de partes (por exemplo: réu falecido que é sucedido por seus herdeiros); (c) intervenção de terceiro: algumas modalidades de intervenção de terceiro têm, por efeito, exatamente, a formação de um litisconsórcio ulterior, como são os casos do chamamento ao processo e da oposição.

O litisconsórcio ulterior deve ser visto, porém, com reservas, pois pode comprometer a razoável duração do processo.

3. O LITISCONSÓRCIO UNITÁRIO.

3.1. Conceito

Há litisconsórcio unitário quando o órgão jurisdicional tiver de decidir o mérito de modo uniforme para todos os litisconsortes.

¹ Como se trata de transcrição da prova escrita do concurso para livre-docência, a referência às obras de outros autores, ao longo do texto, é feita de maneira sintética, sem a observância das regras de citação para artigos em periódicos. Para manter a fidedignidade da transcrição, o autor optou por não fazer esta correção.

É preciso destacar dois trechos do conceito apresentado.

Primeiro, a decisão uniforme é a de mérito. Pode acontecer de, nada obstante a unitariedade do litisconsórcio, haver decisão que não examine o mérito em relação a um dos litisconsortes – que, por exemplo, pode ter desistido do processo, enquanto, para os demais, a decisão seja de mérito. Agora, se o mérito for julgado, há de ser da mesma maneira para todos os litisconsortes (neste sentido, Dinamarco, *Litisconsórcio*, Malheiros).

O segundo ponto a destacar é a imperatividade da decisão uniforme. O órgão jurisdicional tem de decidir de modo uniforme, não porque assim reputa mais justo; a decisão tem de ser uniforme em razão da natureza da relação jurídica submetida à apreciação jurisdicional. Este ponto é importantíssimo para a identificação do litisconsórcio unitário.

A unitariedade do litisconsórcio é uma consequência da natureza da relação jurídica substancial deduzida. Somente se pode verificar se o litisconsórcio é ou não unitário após examinar-se o objeto litigioso do processo. A unitariedade é mais uma das manifestações que a relação jurídica deduzida pode causar no processo. O vínculo direito material-processo revela-se, aqui, claramente (cf., a propósito, Barbosa Moreira, *Litisconsórcio unitário*, Forense; Dinamarco, *Litisconsórcio*, Malheiros; Bedaque, *Direito e processo*, Malheiros).

Se os litisconsortes discutem, em juízo, uma relação jurídica incindível, o litisconsórcio é unitário. É preciso registrar os pressupostos para que o litisconsórcio seja unitário:

- a) Os litisconsortes devem discutir, conjuntamente, a relação jurídica deduzida.
- b) Essa discussão conjunta deve dizer respeito a uma única relação jurídica. Se os litisconsortes discutem conjuntamente mais de uma relação jurídica, não há litisconsórcio unitário.
- c) Não basta que a discussão conjunta restrinja-se a uma relação jurídica. É preciso que esta relação jurídica seja indivisível. Elucidativo, para perceber este aspecto, é o exame do litisconsórcio quando a relação jurídica afirmada for uma obrigação solidária. Nestes casos, havendo litisconsórcio, está-se diante de uma discussão conjunta de uma única relação jurídica. Sucede que a obrigação solidária pode ser divisível ou indivisível. A obrigação solidária de pagamento de quantia é divisível; a de entrega de um cavalo, indivisível. Assim, nem sempre a solidariedade implicará unitariedade. Mas pode haver unitariedade se se discutir em juízo obrigações solidárias – quando forem indivisíveis.

Ora, se os litisconsortes discutem uma relação jurídica indivisível (a *res in iudicium deducta*), não há como a decisão sobre ela (decisão de mérito) ser diferente para esses litisconsortes.

Não obstante sejam vários, formem uma pluralidade, os litisconsortes serão tratados como se fossem um único sujeito; serão tratados como unidade.

3.2 Litisconsórcio unitário e litisconsórcio simples ou comum

O conceito de litisconsórcio comum é antitético ao conceito de litisconsórcio unitário.

Há litisconsórcio comum (ou simples), quando a decisão de mérito puder ser diferente para os litisconsortes. A simples possibilidade de a decisão de mérito ser diferente já torna comum o litisconsórcio.

Essa situação ocorre nos casos em que cada litisconsorte discute uma das relações jurídicas deduzidas em juízo – nos casos em que há cúmulo de demandas –, ou nos casos em que, embora discutam apenas uma relação jurídica, esta é cindível, conforme visto.

Há uma situação prática que costuma causar, aos mais desavisados, certo assombro. Trata-se do litisconsórcio formado por sujeitos que se afirmam titulares de situações jurídicas homogêneas (“situações jurídicas isomórficas”, “situações jurídicas repetitivas”). Este litisconsórcio, formado em razão da afinidade entre as situações jurídicas afirmadas (art. 46, IV do CPC) pelos litisconsortes, é simples; há tantas relações jurídicas afirmadas quantos sejam os litisconsortes. A decisão de mérito, nada obstante a homogeneidade das questões, pode ser diferente para cada um dos litisconsortes. Esta situação, que pode parecer estranha, pois, diante de situações semelhantes, a decisão deveria ser a mesma, nada tem de anormal.

Primeiro, a sentença de mérito, que resolvesse as diversas situações afirmadas, teria diversos capítulos – haveria diversas decisões reunidas formalmente em um único documento. Não se trata de uma única decisão para todos os litisconsortes: trata-se de várias decisões semelhantes para cada um dos litisconsortes.

Segundo, nada impede, em processos como este, que um dos litisconsortes renuncie à sua pretensão (art. 269, V do CPC), transija com o réu (art. 269, III do CPC) ou que este reconheça a procedência do pedido de apenas um dos demandantes. Em todas estas situações, haverá decisão de mérito para um dos litisconsortes, sem que seja dada, necessariamente, a mesma solução para os demais litisconsortes.

Pode-se afirmar que todo litisconsórcio por afinidade é simples (cf., Barbosa Moreira, *Litisconsórcio unitário*, Forense). A assertiva é importante para um tempo em que se cogita a construção de um modelo de processo adequado para a solução das causas repetitivas.

3.3 O regime de tratamento dos litisconsortes

A identificação do litisconsórcio como unitário ou simples depende, como se viu, da análise da relação jurídica substancial deduzida. Depende, como se vê, da existência de um processo em que o litisconsórcio já se tenha formado. Trata-se, assim, de uma classificação do

litisconsórcio que opera em um “segundo momento”, como afirma Dinamarco: após a formação do litisconsórcio.

O enquadramento do litisconsórcio como unitário ou simples apenas definirá qual será o regime jurídico de tratamento dos litisconsortes. Este é o principal papel que esta distinção exerce, sendo, na verdade, a própria razão de ser desta divisão.

Para que se possa compreender como se estrutura este regime jurídico, é preciso, antes, apresentar uma classificação dos comportamentos das partes, utilíssima para a compreensão do tema. Sugere-se, aqui, a proposta feita por Barbosa Moreira (*Litisconsórcio unitário*, Forense), seguida por Cândido Dinamarco (*Litisconsórcio*, Malheiros).

As condutas das partes podem ser divididas em condutas alternativas e condutas determinantes.

Condutas alternativas são ações ou omissões da parte que tem, por objetivo, alcançar uma situação mais favorável a quem as pratica. São alternativas exatamente porque este resultado favorável, embora desejado, não ocorrerá necessariamente. São exemplos de condutas alternativas: recorrer, alegar, contestar, requerer a produção de prova etc.

Condutas determinantes são as ações e omissões das partes que a colocam em uma situação desfavorável. São determinantes exatamente porque levam, inexoravelmente, à situação desfavorável. São exemplos: não recorrer, confessar, desistir, renunciar etc.

A partir desta diferenciação, pode-se apresentar o regime de tratamento dos litisconsortes, que obedecerá, basicamente, a três regras – o art. 48 do CPC brasileiro não traz esta sistematização e, por isso, recebe críticas doutrinárias.

1.^a regra. A conduta determinante de um litisconsorte não pode prejudicar o outro. Se o litisconsórcio for simples, a conduta determinante do litisconsorte o prejudica; se unitário, a conduta determinante de um litisconsorte somente será eficaz se todos os litisconsortes a ela aderirem – de fato, não há eficácia em uma renúncia ao direito apresentada por um litisconsorte unitário, se os demais litisconsortes também não renunciarem: o direito discutido é apenas um e indivisível; ou todos renunciam a ele, ou não se pode homologar a renúncia apresentada por apenas um.

2.^a regra. A conduta alternativa de um litisconsorte unitário aproveita ao outro. Assim, o recurso de um litisconsorte serve ao litisconsorte que não recorrer – art. 509 do CPC.

3.^a regra. A conduta alternativa de um litisconsorte simples apenas a ele beneficia. Assim, o recurso de um litisconsorte simples não expande os seus efeitos ao litisconsorte que não recorreu.

Essa terceira regra merece, porém, algumas considerações.

- a) O parágrafo único do art. 509 do CPC permite a extensão dos efeitos de um recurso interposto por um devedor solidário ao outro devedor, também réu, que não recorreu, se a defesa for comum. Como visto, pode acontecer de a solidariedade implicar litisconsórcio simples – quando a obrigação for divisível. Tem-se, aqui, então, um caso em que, por expressa previsão legal, a conduta alternativa de um litisconsorte simples pode beneficiar o outro litisconsorte.
- b) A prova, uma vez produzida, passa a pertencer ao processo – princípio de aquisição processual da prova, bem conhecido. Trata-se de conduta alternativa, que, a despeito de ter sido praticada por um litisconsorte simples, a todos aproveita. De fato, não há como o juiz, na decisão, dizer que o mesmo fato, para um litisconsorte, está provado e, para o outro, não.
- c) O art. 320, I, do CPC, determina que a presunção de veracidade dos fatos afirmados, efeito material da revelia, não se produz em desfavor do revel, se o litisconsorte tiver apresentado a contestação. A aplicação do dispositivo ao litisconsorte unitário é indubitosa; já em relação ao litisconsórcio simples, a regra pode ser aplicada desde que restrita aos fatos comuns aos litisconsortes. Assim, se um dos litisconsortes, ainda que simples, contestar a ocorrência de um fato afirmado pelo autor, e este fato for comum ao revel, não se aplicará a presunção de veracidade apenas em relação a este fato, que, de resto, foi impugnado. Aqui, do mesmo modo, não poderia o órgão jurisdicional dizer, na decisão, que o fato ocorreu para um e não ocorreu para o outro.

3.4 Litisconsórcio unitário e colegitimação

Há uma estreita relação entre o litisconsórcio unitário e a colegitimação. Há colegitimação quando mais de um sujeito tiver legitimidade para discutir em juízo uma mesma situação jurídica. Exatamente o que ocorre em todos os casos de litisconsórcio unitário. Frise-se, porém, que pode haver colegitimação sem que haja unitariedade, como no caso do litisconsórcio formado por sujeitos que se afirmam credores solidários de obrigação divisível. Este ponto não é tão disseminado no estudo do litisconsórcio unitário, embora seja importantíssimo.

A colegitimação (ou legitimação concorrente) pode ocorrer em três situações.

- a) Colegitimação ordinária: há vários sujeitos titulares do direito discutido; trata-se de direito com muitos sujeitos ativos. Cada um destes sujeitos tem legitimidade para conduzir o processo em que se discuta esse direito. É o caso dos condôminos na ação para proteção do condomínio. Caso de litisconsórcio unitário, como se vê.

Um ponto importante, neste primeiro caso de colegitimação, é que, se um dos litisconsortes for a juízo, irá na defesa de direito próprio (ele também se afirma titular) e alheio (o direito não é só dele). Surge uma situação em que há legitimidade ordinária e extraordinária, simultaneamente. O termo foi bem examinado por Donaldo Armelin (*Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, Revista dos Tribunais).

b) Há colegitimação, também, entre um legitimado ordinário e um legitimado extraordinário. Quando surgir um litisconsórcio nestas situações, será ele sempre unitário. É o que ocorre nos casos de litisconsórcio entre Ministério Público e incapaz, na ação de alimentos, ou entre denunciante e denunciado, em relação à demanda principal, quando há denunciação da lide; é o que também ocorre no litisconsórcio entre alienante e adquirente de coisa litigiosa (cf. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Alienação da coisa litigiosa*, Forense).

c) Há ainda colegitimação entre legitimados extraordinários, como ocorre entre os legitimados para as ações coletivas. Quando ocorre um litisconsórcio entre colegitimados extraordinários, será ele sempre um litisconsórcio unitário.

3.5 Distinções

3.5.1 Litisconsórcio unitário e assistência litisconsorcial

A assistência litisconsorcial é caso de formação ulterior de litisconsórcio unitário. O assistente litisconsorcial é litisconsorte unitário do assistido. A assistência litisconsorcial é, em suma, a formação posterior de um litisconsórcio unitário, que era facultativo – o exame do litisconsórcio facultativo unitário será feito mais à frente. Segue-se, neste ponto, a lição de Arruda Alvim, Thereza Alvim e Luiz Fux, apenas para exemplificar.

Cândido Dinamarco, porém, não equipara as figuras, embora reconheça que o regime do assistente litisconsorcial é o da unitariedade. Para Dinamarco, o assistente litisconsorcial não é litisconsorte, pois não formula pedido nem tem contra si pedido formulado. A questão está, pois, no que se entende como litisconsorte-parte principal.

Se se entende que litisconsorte, como parte principal, é todo aquele que esteja em um dos polos da relação processual, como sujeito do contraditório, atuando com parcialidade, não há qualquer obstáculo teórico em considerar o assistente litisconsorcial como litisconsorte – no caso, unitário.

3.5.2 Litisconsórcio unitário e intervenção litisconsorcial voluntária

Intervenção litisconsorcial voluntária é designação que aparece, na doutrina processual, com duas acepções:

a) Como sinônimo de assistência litisconsorcial. Neste sentido, todas as considerações foram feitas no item anterior.

b) Como litisconsórcio ulterior facultativo ativo simples. Trata-se, aqui, de pedido de intervenção para tornar-se litisconsorte simples, do autor, em razão da afinidade das situações jurídicas. Litisconsórcio simples, portanto.

Esta intervenção não está consagrada no Código de Processo Civil, nada obstante seja comum no foro.

Tradicionalmente, a doutrina repelia esta intervenção, sob o fundamento de que, por meio dela, se buscava escolher o juízo da causa e, assim, burlar o princípio do juiz natural. Há diversas decisões neste sentido, inclusive do STJ.

Ultimamente, porém, doutrinadores têm encarado esta figura com mais tolerância, admitindo-a, sob certas condições, como mecanismo de concretização do princípio da igualdade (situações semelhantes devem ter tratamento semelhante) e da duração razoável do processo (situações semelhantes devem ser examinadas por um mesmo juízo para fins de economia). Nesta linha, com algumas variações, Leonardo Greco, Cândido Dinamarco, Luiz Paulo Araújo Filho e Cassio Scarpinella Bueno.

Trata-se, sem dúvida, de uma movimentação doutrinária que decorre da necessidade histórica, que se vive no Brasil, de dar um tratamento dogmático mais adequado às chamadas demandas repetitivas ou demandas de massa.

É certo, porém, que o art. 10, § 2.º, da Lei de Mandado de Segurança (Lei 12.016/2009), ao proibir a entrada de litisconsorte após o despacho inicial, acaba por permiti-la até este momento – em interpretação *a contrario sensu*, que parece ser legítima. Ao que tudo indica, a nova doutrina exerceu forte influência nesta inovação legislativa.

4. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO

4.1 Conceito

A pluralidade de sujeitos em um dos polos do processo pode resultar de uma conveniência dos litigantes ou pode ser uma imposição legal. Quando a formação do litisconsórcio for obrigatória, fala-se que ele é necessário: a formação do litisconsórcio independe da vontade das partes. Caso contrário, o litisconsórcio será facultativo.

A identificação dos casos em que o litisconsórcio é necessário depende do exame do direito positivo. A solução é normativa, não teórica. Cada ordenamento pode definir os casos em que se reputa indispensável a formação do litisconsórcio.

No litisconsórcio necessário, ocorre o que a doutrina convencionou chamar de legitimação conjunta – a presença de todos os litisconsortes, no processo, é indispensável para o desenvolvimento válido do processo.

Convém lembrar, ainda, que essa divisão do litisconsórcio opera-se na formação do litisconsórcio – num “primeiro momento”, como afirma Dinamarco.

4.2 Casos de litisconsórcio necessário. Exame do direito brasileiro. A relação entre o litisconsórcio unitário e o litisconsórcio necessário.

A identificação das hipóteses de litisconsórcio necessário, no direito brasileiro, é, indiscutivelmente, um dos temas mais polêmicos que a edição do Código de Processo Civil de 1973 pôde propiciar – tudo por causa da redação ruim do art. 47 do CPC.

Após quase quarenta anos, já há um certo consenso em torno do assunto. Este consenso deve-se, sobretudo, aos trabalhos doutrinários de Barbosa Moreira e Cândido Dinamarco. As considerações seguintes tomam por base esta doutrina.

De acordo com a letra do art. 47 do CPC, há litisconsórcio necessário quando o juiz tiver de decidir de modo uniforme o mérito e, ainda, quando houver expressa previsão legal.

Assim, ainda de acordo com o dispositivo, há duas espécies de litisconsórcio necessário: (a) quando for unitário; (b) por disposição de lei. Nesta ordem, o litisconsórcio unitário seria uma espécie de litisconsórcio necessário: todo litisconsorte unitário seria necessário. Além disso, haveria o litisconsórcio necessário por força de lei, que, como bem percebeu Dinamarco, costuma ser simples: se o caso fosse de litisconsórcio unitário, recairia na regra geral e, assim, não haveria necessidade de uma menção específica do legislador – embora, certamente, não seja de estranhar se o legislador, quando reafirmar a regra geral, preveja expressamente a necessidade do litisconsórcio em caso que redundaria em litisconsórcio unitário. Nesta linha, nem todo necessário é unitário. São exemplos de litisconsórcio necessário simples, por força de lei: confinantes na ação de usucapião imobiliária e os casos do art. 10, § 1.º, do CPC.

O problema é que, como bem percebeu a doutrina, há inúmeros casos de litisconsórcio unitário facultativo. Ou seja: há inúmeras hipóteses de litisconsórcio unitário cuja formação não é obrigatória. Alguns exemplos: litisconsórcio entre condôminos para a ação em que se busca a proteção do condomínio; litisconsórcio entre credores de obrigação indivisível (art. 291 do CPC); litisconsórcio entre legitimados ao processo coletivo; litisconsórcio entre acionistas para a demanda em que se pretende invalidar ato da assembleia. Em todos esses casos, o litisconsórcio, embora unitário, é facultativo.

O texto do art. 47 do CPC, está, pois, em dissonância com todo o ordenamento jurídico.

Ressalvadas posturas isoladas (por exemplo: Ovídio Batista), há consenso de que nem todo litisconsórcio unitário é necessário.

São classificações distintas, que operam em momentos distintos, como visto, e não podem ser confundidas.

Registre-se que a doutrina brasileira avançou muito neste tema, desenvolvendo um sistema conceitual muito preciso para identificar ambas as figuras. Na Europa, ainda, aparece esta confusão entre o litisconsórcio unitário e necessário, de que serve de exemplo o recente Código de Processo Civil suíço.

De fato, é absolutamente compreensível que, em razão *da unitariedade*, todos os sujeitos da relação jurídica discutida devam fazer parte do processo. Daí a aproximação entre a unitariedade e a necessidade do litisconsórcio. Trata-se, inclusive, de uma concretização do princípio do devido processo legal, especificamente do seu corolário, o princípio do contraditório.

Sucedem que há, também, boas razões para facultar o litisconsórcio, mesmo em situações de unitariedade. Isso como uma concretização do também princípio constitucional do acesso à justiça. Alguns exemplos para ilustrar o ponto: (a) a tutela coletiva ficaria certamente inviabilizada se a ação coletiva somente pudesse ser ajuizada por todos os legitimados extraordinários, em litisconsórcio necessário; (b) um condômino não pode ser obrigado a somente poder ir a juízo, defender um bem que lhe pertence, se o outro condômino for com ele – o direito de acesso à justiça do primeiro condômino estaria sendo ofendido gravemente.

A dificuldade maior encontrada pela doutrina é definir o critério para a identificação do litisconsórcio unitário facultativo.

É certo que este fenômeno ocorre, no mais das vezes, no polo ativo da relação processual – para Dinamarco, “quase que exclusivamente”. Isso porque não se pode admitir o litisconsórcio necessário ativo – o tema, bastante controvertido, será examinado mais adiante. Assim, sempre que a unitariedade ocorrer no polo ativo, o litisconsórcio será facultativo. Não é por acaso, certamente, que a quase totalidade dos exemplos de litisconsórcio unitário facultativo, citados pela doutrina, está no polo ativo. Também não é por acaso que a quase totalidade dos exemplos de assistência litisconsorcial, citados pela doutrina, se refira ao polo ativo – o que reforça a aproximação, feita em item anterior, entre a assistência litisconsorcial e o litisconsórcio facultativo unitário.

Convém, no entanto, mencionar alguns exemplos de litisconsórcio facultativo unitário passivo: (a) litisconsórcio entre réu, denunciante e denunciado à lide; (b) litisconsórcio entre o adquirente da coisa litigiosa e o réu-alienante, que permaneceu no processo em razão de o

autor, sem adversário, não ter consentido com a sucessão processual (art. 42 do CPC; a propósito, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “*Alienação da Coisa Litigiosa*”, Forense).

Não se pode ignorar, ainda, que a existência de litisconsórcio facultativo unitário causa grande problema em relação à extensão ou não da coisa julgada material ao possível litisconsorte unitário que não participou do processo. O tema é delicado e merece, por isso, item próprio, mais à frente.

4.3 Do litisconsórcio necessário ativo

Não existe litisconsórcio necessário ativo.

Esta peremptória afirmação é, como cediço, bem polêmica. Há farta doutrina que admite a existência do litisconsórcio necessário ativo. Apenas para exemplificar: Cândido Dinamarco, Jose Roberto dos Santos Bedaque, Arruda Alvim, Nelson Nery Júnior, Mathias Lambauer etc. Todos, sem exceção, admitem que o litisconsórcio necessário ativo deve ser visto como situação rara e excepcional.

Para Dinamarco, os casos em que houver cotitularidade de direito, que dependa do consenso dos titulares para ser exercido, impõem o litisconsórcio ativo. Dá o exemplo da ação edilícia, que deve ser ajuizada por todos os compradores.

Não parece que se deva impor um litisconsórcio ativo, mesmo nesses casos.

São duas razões, muito singelas, como se reconhece.

Primeiro, não se pode condicionar o ingresso em juízo à vontade de outra pessoa. O sujeito não pode ter seu direito de ação tolhido somente porque o outro sujeito não quer demandar. Há quem contraponha esse argumento com a referência à necessidade de consentimento do cônjuge para a propositura de ação real imobiliária. Haveria, aí, um condicionamento do direito de ação, em hipótese clara de litisconsórcio ativo necessário (neste sentido, Moacyr Amaral Santos, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, v.2, Saraiva). Não parece ser procedente esta objeção. Em primeiro lugar, porque pressupor consentimento não é o mesmo que obrigar a demandar conjuntamente. Um exemplo prosaico talvez esclareça: supondo que o filho deva pedir consentimento ao pai ou mãe para sair à noite, isto não pode ser o mesmo que obrigar o pai a sair a com o filho. O cônjuge, uma vez autorizado, pode demandar sozinho nestes casos. Em segundo lugar, como técnica para proteger o direito de ação, o legislador permite que o juiz supra a falta de consentimento nos casos em que ele não puder ser oferecido (por exemplo: cônjuge em coma) ou não for dado se justa razão. Ver, a propósito, os arts. 11 do CPC, e 1.148 do CC.

O segundo argumento contra a possibilidade de litisconsórcio necessário ativo é que não se pode obrigar alguém a demandar sem que esta seja a sua vontade. Seria grave ofensa ao direito fundamental da liberdade impor que alguém seja autor em juízo.

Nelson e Rosa Nery, que admitem a existência do litisconsórcio ativo necessário, nos casos em que ele é unitário, em razão da cotitularidade do direito discutido, apresentam solução para os contra-argumentos aqui apresentados.

Defendem que um dos sujeitos pode demandar sozinho, desde que ponha aquele que se recusou a demandar como réu. Ou seja: aquele que deveria ser autor, porque não quis sê-lo, deve tornar-se réu.

A solução, embora criativa, possui sérios problemas lógicos.

Se alguém demanda sozinho, litisconsórcio ativo não há. Como os próprios autores disseram, o “litisconsorte recalcitrante” será réu, ao lado do outro sujeito, que seria réu de todo jeito. A pluralidade de partes, neste caso, está no polo passivo, não no ativo.

Além disso, qual seria o pedido formulado contra este réu – que, diga-se, na proposta dos autores, poderá, se achar conveniente, transformar-se em litisconsorte ativo. Ou seja: este réu, uma vez demandado, poderia, por sua vontade, deixar de ser réu.

Os mesmos autores, ao final da exposição, dizem que, o que de fato importa, é que o titular do direito discutido faça parte do processo, “pouco importa o polo” onde esteja.

Como se vê, a proposta, em vez de enfraquecer, reforça o posicionamento ora defendido: não existe caso de litisconsórcio necessário ativo.

Há, de fato, porém, graves inconvenientes com a existência do litisconsórcio facultativo unitário, já apresentados em item anterior.

O direito brasileiro não cuida do tema com a atenção devida.

Há casos, como o do cônjuge, em que o legislador exige prévio consentimento do possível litisconsorte, como forma de protegê-lo. Há outros casos como na ação divisória, em que o legislador impõe a intimação de possíveis litisconsortes unitários ativos (no caso, os condôminos da coisa que se busca dividir).

A solução que se reputa mais adequada é construir, doutrinariamente, a partir da concretização dos princípios do contraditório, da igualdade e da duração razoável do processo, o dever de o órgão jurisdicional dar ciência ao possível litisconsorte unitário, que não faça parte do processo, da litispendência. Com esta informação, o possível litisconsorte assumirá a posição processual que mais bem convier aos seus interesses – litisconsorte do autor ou assistente do réu.

Trata-se de medida que garante a participação e a informação deste sujeito, sem obrigá-lo a demandar, sem obrigar o autor a demandar contra quem não quer e, ainda, sem condicionar o direito fundamental de ação de um sujeito à vontade do outro.

Seria uma espécie de intervenção *iussu iudicis*, ampliada para além das hipóteses de litisconsórcio necessário – determinação da citação do litisconsorte necessário não citado (art. 47, parágrafo único, do CPC).

É solução que resolve a lacuna do direito brasileiro, a partir da eficácia integrativa dos princípios constitucionais já citados.

Para encerrar o ponto, há duas informações que merecem ser registradas, para que se possa ter uma visão ainda mais completa do tema.

O art. 114, § 2.º, da CF/1988, prescreve que os dissídios coletivos trabalhistas serão ajuizados se houver mútuo consenso entre os sindicatos. O texto é oriundo da Emenda Constitucional 45/2004. Assim, literalmente, só haveria “dissídio” consensual, o que é uma contradição em termos. Impor a um sindicato que somente proponha um dissídio coletivo se o sindicato adversário concordar, é, simplesmente, eliminar o acesso à justiça coletiva trabalhista. Não por acaso, foram ajuizadas cinco ADIns contra este dispositivo, todas com o mesmo fundamento.

Esses casos de litisconsórcio unitário ativo quando houver cotitularidade de direito são tratados, pela doutrina espanhola, de litisconsórcio quase-necessário. Não pode ser necessário, em razão das objeções levantadas, mas não pode ter o mesmo tratamento de um litisconsórcio facultativo trivial. Apesar do ilogismo da designação, a ponderação é boa e reforça a necessidade de buscar-se uma solução que conforme os princípios em conflito.

4.4 Natureza da sentença proferida contra litisconsorte necessário não citado

Grave problema jurídico é o de saber qual a natureza da sentença proferida contra alguém que deveria ser litisconsorte, mas não foi citado.

A solução do problema parte da premissa de que o litisconsórcio necessário pode ser simples ou unitário. Essa sutileza é importantíssima e não é percebida pela maioria dos doutrinadores. Se um possível litisconsorte unitário não tiver sido citado, a sentença proferida contra ele é nula, podendo ser impugnada, inclusive, por *querela nullitatis*, prevista no art. 475-L, I, do CPC. O defeito compromete irremediavelmente toda a sentença, exatamente porque a solução do mérito tem de ser uniforme.

Se, porém, for um possível litisconsorte necessário simples que não tenha sido citado, a solução é um tanto diversa.

Como se viu, quando há litisconsórcio simples, há pluralidade de relações discutidas, ou se discute uma relação jurídica individual. Nestes casos, em que o objeto do processo é composto ou pode ser decomposto, a sentença deve ser visualizada em seus diversos capítulos.

Assim, o capítulo relativo a sujeito que foi citado é um capítulo válido, sem qualquer defeito.

Não há razão para invalidar a sentença na parte em que ela cuida do réu que foi citado.

O capítulo relativo ao réu não citado é ineficaz em relação a ele e pode, se for o caso, inclusive, ser invalidada – pode ser que nem exista o interesse na invalidação, resolvendo-se o problema com a simples ineficácia relativa.

O que é preciso perceber é que a não citação de litisconsorte necessário simples não compromete todo o processo e, por consequência, toda a sentença.

Trata-se de solução desenvolvida pela doutrina alemã, difundida no Brasil por diversos autores, como Willis Santiago Guerra Filho, cuja tese de doutorado trata do tema, Marcos Bernardes de Mello, dentre outros.

Parece, inclusive, que é a orientação que vem sendo seguida nas discussões em torno do projeto do Novo Código de Processo Civil, ora em tramitação na Câmara dos Deputados.

5. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO UNITÁRIO E COISA JULGADA

Como visto, há casos em que o litisconsórcio unitário é facultativo. Viu-se, ainda, que o direito brasileiro resolve o tema a contento.

O núcleo do problema é a disciplina dos limites subjetivos da coisa julgada: a coisa julgada se estende ao possível litisconsorte unitário que não participou do processo?

Há três correntes doutrinárias:

a) Há quem defenda que não se estende (Eduardo Talamini). Assim, nada obstante a unitariedade, a decisão de mérito não vincula o possível litisconsorte. Essa solução compromete o princípio da igualdade, pois o réu poderia ser demandado tantas vezes quantos fossem os possíveis litisconsortes – e, se vier a perder em uma dessas investidas, o resultado beneficiará àquele que já tinha proposto a demanda e que não saiu vitorioso.

b) A outra solução é a que admite a extensão da coisa julgada ao possível litisconsorte unitário. É a posição de Barbosa Moreira e Ada Grinover, que mudou recentemente seu entendimento (antes, adotava a primeira concepção). Como visto, nos casos de litisconsórcio facultativo unitário, há legitimação extraordinária. Conforme autorizada e clássica doutrina (Chiovenda), a coisa julgada produzida em processo conduzido por legitimado extraordinário estende-se ao substituído, salvo se houver expressa previsão em sentido contrário. Havendo

legitimação extraordinária, inverte-se a regra do art. 472 do CPC: a coisa julgada se estende ao substituído, atinge terceiro, salvo exceção (por exemplo: art. 271 do CC). Do contrário, a legitimação extraordinária perderia sua utilidade. Essa é a posição ora adotada: se há unitariedade, a decisão tem de ser a mesma para todos e tem de ser única; permitir que se traga a juízo novamente a mesma relação jurídica é permitir o *bis in idem*, ofendendo a segurança jurídica, a efetividade e a igualdade.

c) Há, finalmente, a terceira corrente, que entende que somente a coisa julgada favorável deve estender-se ao possível litisconsorte unitário (assim, por exemplo, Leonardo Greco). Também não se aceita esta ideia pela mesma razão: isso permitiria que o réu, inicialmente vencedor, fosse demandado tantas vezes quantos fossem os possíveis litisconsortes, em ofensa ao princípio da igualdade.

Por isso tudo, é imprescindível que se reconheça a impossibilidade de o juiz dar ciência do processo ao possível litisconsorte unitário. Esta solução, ao que parece, resolve o problema, ponderando de maneira mais adequada os diversos valores em jogo.