



Universidade Estadual de Londrina

GILBERTO NOTÁRIO LIGERO

O LITISCONSÓRCIO ATIVO NECESSÁRIO NO PROCESSO CIVIL DE CONHECIMENTO

LONDRINA
2004

GILBERTO NOTÁRIO LIGERO

**O LITISCONSÓRCIO ATIVO NECESSÁRIO NO
PROCESSO CIVIL DE CONHECIMENTO**

Dissertação apresentada ao curso de
Mestrado em Direito Negocial, como
exigência parcial para obtenção do título de
Mestre, orientada pelo Professor Doutor Luiz
Fernando Belinetti.

LONDRINA
2004

LIGERO, Gilberto Notário. **O litisconsórcio ativo necessário no processo civil de conhecimento**. 2004. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina.

RESUMO

Estuda e analisa, no ordenamento processual civil brasileiro, o litisconsórcio ativo necessário. Trata de noções básicas do processo civil e do instituto do litisconsórcio, para uma melhor compreensão do tema. Partindo de situações previstas tanto pela lei como pela casuística, que exigem a formação dessa espécie litisconsorcial, procura resolver o problema da integração do litisconsorte renitente à relação processual. Considerando a colisão entre os princípios constitucionais da liberdade e do acesso à justiça, enumera os posicionamentos doutrinários sobre tal questão, resumidos nas teses negativista e afirmativista. Aponta a citação como mecanismo que integrará ao processo o litisconsorte renitente, visando uma demanda regular e útil. Elenca e sistematiza os reflexos processuais oriundos dessa integração, mencionando os seus principais aspectos e conclui que a prática exige o enfrentamento do problema para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional no processo civil de conhecimento.

Palavras-chave: Processo civil. Litisconsórcio ativo necessário. Citação. Integração. Liberdade. Acesso à justiça e sentença útil.

LIGERO, Gilberto Notário. **The necessary plaintiff in the civil suit law of conizance** 2004. Dissertation (Mastership In Transational Right) UEL – Universidade Estadual de Londrina - PR

ABSTRACT

It studies and analyzes, in the Brazilian civil suit law, the necessary active joint action. It is about basic notions of the civil suit law and of the institute of the joint action, for a better understanding of the theme. Starting from foreseen situations both for the law and for the casuistry, which demand the formation of that joint-action species, it tries to solve the problem of the integration of the obdurate joinder to the procedural relationship. Considering the collision among the constitutional principles of the freedom and of the access to the justice, it enumerates the doctrinaire positionings on such subject, summarized in the negativist and positivist theses. It aims the summons as the mechanism that will integrate into the process the obdurate joinder, seeking a regular and useful demand. It lists and it systematizes the reflexes originated from that integration, mentioning its main aspects and it concludes that the practice demands the confronting of the problem for the improvement of the jurisdicional procedure in the civil process of cognizance.

Keywords: Civil suit law. Necessary joint plaintiff. Summons. Integration. Liberty, access to justice and useful decision/sentence.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 CONSIDERAÇÕES FILOSÓFICAS	10
3 NOÇÕES SOBRE O DIREITO	16
3.1 Sociedade e Direito	16
3.2 Concepção de Direito	24
3.3 Direito material e direito processual	30
4 O LITISCONSÓRCIO E OS ASPECTOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO ...	35
4.1 O Processo	35
4.1.1 O processo jurisdicional civil	38
4.2 Processo e procedimento	42
4.3 Processo e relação jurídica	45
4.3.1 Conceito de relação jurídica processual	46
4.4 Classificação do processo civil brasileiro	49
4.5 Conceito de parte	51
4.6 As condições da ação	55
5 ASPECTOS FUNDAMENTAIS DO LITISCONSÓRCIO	60
5.1 Conceito de litisconsórcio	60
5.2 O litisconsórcio no Direito Estrangeiro	63
5.2.1 Litisconsórcio no Direito Alemão	63
5.2.2 Litisconsórcio no Direito Italiano	65
5.3 Litisconsórcio no Direito Brasileiro	66
5.4 Princípios informativos do litisconsórcio	70
5.5 O litisconsórcio necessário no processo de conhecimento	72
6 ESPÉCIES DE LITISCONSÓRCIO	74
6.1 Litisconsórcio ativo, passivo e misto	74
6.2 Litisconsórcio inicial e ulterior	74
6.3 Litisconsórcio facultativo - o artigo 46 do CPC	75
6.3.1 Hipóteses elencadas nos incisos do artigo 46 do CPC	77
6.3.2 Diferenças entre os incisos II e III do artigo 46 do CPC	81
6.3.3 Anotações sobre o parágrafo único do artigo 46 do CPC	83
6.4 Litisconsórcio necessário e unitário – o artigo 47 do CPC	85
6.5 Litisconsórcio simples e unitário	93

7 REGIME JURÍDICO DOS LITISCONSORTES	94
8 LITISCONSÓRCIO ATIVO NECESSÁRIO	96
8.1 A necessidade em razão da lei	96
8.2 A necessidade em razão da natureza da relação jurídica.....	100
8.3 A integração do litisconsorte ativo necessário.....	103
8.4 Os posicionamentos da doutrina nacional.....	105
8.4.1 As teses negativistas	107
8.4.2 As teses afirmativistas.....	114
8.5 Perspectiva adotada – a citação como mecanismo integrativo	125
9 REFLEXOS PROCESSUAIS DA INTEGRAÇÃO DO LITISCONSORTE.....	132
9.1 Litisconsorte assume o pólo ativo	134
9.2 Litisconsorte renitente omissa	135
9.3 A contrariedade do litisconsorte	139
9.3.1 Negação da qualidade de litisconsorte.....	139
9.3.2 Improcedência da demanda requerida pelo renitente	142
9.3.2.1 A figura da oposição imprópria.....	144
9.3.2.2 Formação do litisconsórcio facultativo passivo ulterior.....	150
CONCLUSÕES	155
REFERÊNCIAS.....	159
BIBLIOGRAFIA	166
APÊNDICE – JURISPRUDÊNCIA.....	175

1 INTRODUÇÃO

O litisconsórcio ativo necessário é o tema pesquisado e estudado neste trabalho.

A revisitação de quaisquer das espécies do instituto do litisconsórcio, considerado um clássico do direito processual civil, sempre revelou grande importância prática, especialmente porque está ligada aos sujeitos que estarão em juízo, bem como porque guiada pelos princípios da economia processual e da harmonia dos julgados.

É com esse intuito que se pretende repensar e questionar o litisconsórcio ativo necessário, de maneira que seja possível ressaltarem-se os seus principais aspectos e problemas.

A atividade de repensar o litisconsórcio acaba por gerar novos questionamentos e tendências e isso se verificará no curso da presente pesquisa. Esse fato, por si só, justifica o seu estudo entre os principais institutos do processo civil de conhecimento.

A pesquisa exige, inicialmente, que sejam fixadas considerações filosóficas, de tal modo que os posicionamentos adotados, durante o estudo, possam restar devidamente estabelecidos com coerência.

A filosofia a ser adotada é diferente da tradicional, chamada de perspectivista ou teoria do ponto de vista, defendida por José Ortega y Gasset, em que a razão científica cede espaço para uma razão vital.

A relação existente entre sociedade e Direito, indispensável à

compreensão do tema, será estudada.

Partindo do que se deve entender por sociedade e analisando, historicamente, o seu desenvolvimento, procurar-se-á verificar a cosmovisão predominante no mundo atual e que sirva de crença coletiva para aqueles que vivem de forma societária.

O estudo passará pelo conceito de Direito, como premissa fundamental para a manutenção da coerência de idéias. Buscar-se-á estabelecer uma concepção que não seja a predominante nos dias atuais, em especial que não reduza o Direito a um mero conjunto de normas positivadas pelo poder público.

Em decorrência da concepção de Direito, considerações sobre direito material e direito processual serão necessárias, de modo a se poderem vislumbrar quais as ligações existentes entre os mesmos. Para tanto, passar-se-á pela análise das teorias unitária e dualista do ordenamento jurídico.

Para um entendimento do fenômeno litisconsorcial e antes mesmo de se adentrar no mote principal do trabalho, serão revistos e analisados alguns elementos essenciais, tais como: uma concepção de processo, procedimento e processo, relação jurídica processual, classificação do processo, conceito de parte e, ainda, as condições da ação.

A pesquisa se referirá, também, aos aspectos fundamentais do litisconsórcio, tais como: conceito de litisconsórcio, aspectos históricos, o litisconsórcio no direito alemão e no direito italiano, o litisconsórcio no direito brasileiro, princípios informativos do litisconsórcio, espécies de litisconsórcio e o regime jurídico entre os litisconsortes.

Passar-se-á ao litisconsórcio necessário ativo, que é o motivo

principal da pesquisa.

Esse tipo de litisconsórcio é considerado um dos grandes problemas da pluralidade de partes, por se tratar da necessária e indispensável presença de mais de uma pessoa no pólo ativo da demanda, a fim de que essa seja considerada regular.

É um dos grandes problemas processuais, porque se deve levar em conta que um dos litisconsortes necessários pode recusar-se a propor a demanda em conjunto.

Surgem, como conseqüência, algumas indagações, que trazem os contornos da pesquisa:

a-) o litisconsorte que pretende promover a demanda, em hipótese alguma, poderá movê-la, por lhe faltar legitimidade ativa diante da ausência do outro litisconsorte?

b-) há algum mecanismo legal capaz de obrigar o litisconsorte renitente a compor a relação jurídica processual, tornando viável a demanda?

c) a liberdade de demandar do litisconsorte que não quer litigar deve ser respeitada, em razão do princípio da liberdade estabelecido no artigo 5º, *caput* e inciso II, da Constituição Federal¹;

d-) como preservar-se o princípio do acesso à justiça, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal², para o litisconsorte que pretender

¹ Art. 5º da CF/88 Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos herdeiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos termos seguintes: I-...; II- ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

² Art. 5º, inciso XXXV da CF/88 - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

acionar o Judiciário?;

e-) o fato de o litisconsorte renitente ser citado, a fim de comparecer em juízo, é suficiente para solucionar o problema ou, obrigatoriamente, deverá estar ao lado do outro litisconsorte, formando o litisconsórcio ativo?

Tais questões podem dar a noção da complexidade do problema, principalmente por estarem relacionadas, diretamente, com a garantia de acesso ao Judiciário, que se tornou um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Para se obterem as respostas aos questionamentos expostos, serão estudadas: a necessidade litisconsorcial ativa, tanto em razão da lei como em razão da natureza da relação jurídica de direito material, a integração do litisconsorte ativo necessário e as correntes doutrinárias sobre o tema.

A citação como mecanismo integrativo do litisconsorte renitente e os reflexos processuais oriundos dessa integração fecharão a pesquisa, de maneira que se estabeleça, ao final, uma sistematização das diversas soluções para a problemática apresentada.

2 CONSIDERAÇÕES FILOSÓFICAS

A pesquisa científica, independentemente da área de atuação do pesquisador, exige a construção de um meio ambiente favorável para o seu desenvolvimento, visando à obtenção dos melhores resultados quanto ao objeto pesquisado.

Para a construção desse meio ambiente favorável, quem pesquisa deve preocupar-se, além de outros pontos, com a escolha do método científico a ser empregado, com o material utilizado, bem como com as questões a serem estudadas e respondidas.

É importante colocar-se, ademais, o ramo do pensamento filosófico, pois as bases da filosofia adotada influenciarão não só o desenrolar da pesquisa como também os seus resultados.

Se o pesquisador for racionalista, aplicará princípios universais e imutáveis, como método, e buscará os resultados que se identificarão com tal posicionamento.

Por outro lado, se perspectivista³, considerará a relatividade do conhecimento de acordo com as necessidades vitais do homem, além de considerar a posição social e histórica do mesmo, numa filosofia de “pontos de vista”.

Poderiam ser mencionados outros exemplos. Entretanto os que foram citados já são suficientes para demonstrar a importância de se tratarem os

³ Trata-se de uma corrente filosófica sistematizada por José Ortega y Gasset, conhecida, também, como teoria do ponto de vista, que será mais bem analisada a seguir.

aspectos filosóficos como preliminares do trabalho. Isso, porque a fixação de premissas filosóficas serve de fio condutor do pensamento, colaborando, diretamente, para a verificação da coerência da pesquisa desenvolvida.

Acredita-se que o estabelecimento de premissas filosóficas seja um tópico aplicável a qualquer tipo de pesquisa, não importando a área do conhecimento.

Na Ciência do Direito, essa preocupação também existe, porquanto se busca preparar um baldrame suficientemente forte, sobre o qual se edificará toda a construção do estudo.

A escolha de uma filosofia e de um método determinados influenciará o pesquisador, quanto ao conceito de Direito a ser adotado, assim como a idéia que o mesmo tem do ordenamento jurídico.

O litisconsórcio necessário ativo exige a fixação de tais premissas, uma vez que, a sua volta, estão questões que dividem a doutrina, em especial a discussão sobre se saber se é possível ou não, por meio da citação, integrar o co-legitimado ativo renitente na relação jurídica processual.

Adotando-se uma filosofia de sistemas abertos, a resposta a tal problemática será no sentido da possibilidade de utilização da citação como mecanismo integrativo do co-legitimado. Por outro lado, se adotada uma filosofia conservadora e reducionista, será mais fácil admitir-se a impossibilidade.

Considerando-se que se pretende demonstrar que o ordenamento processual possui mecanismos capazes de resolverem os casos de litisconsórcio necessário ativo e que tal problema não pode resumir-se a uma questão de carência de ação por ilegitimidade de parte, procurar-se-á adotar um

posicionamento filosófico não reducionista e de sistemas abertos, aptos a trazerem novos contornos para a estudada área do conhecimento.

É importante anotar-se que não há nenhuma pretensão em se debaterem teses filosóficas neste trabalho, por não se tratar do espaço adequado.

A filosofia que se adota está baseada no pensamento de José Ortega y Gasset, filósofo espanhol, conhecido por ser o mentor do pensamento perspectivista e por se enquadrar no perfil que se pretende definir como referencial durante a pesquisa, principalmente porque é humanista, tendo em vista sua preocupação com o homem, sua natureza, seu destino e como o mesmo está situado no mundo .

A vida humana e o modo como é construída historicamente é de suma importância para a filosofia orteguiana, pois não é possível desprezar-se o homem e sua circunstância, ou seja, o ser humano é aquilo que vive e o momento em que vive.⁴

É a filosofia da circunstância.

As convicções presentes no homem em um determinado momento da história são essenciais para entender o modo como vive e como enxerga o mundo.

⁴ “A vida humana é uma realidade estranha, da qual o primeiro que convém dizer é que constitui a realidade radical, no sentido de que a ela devemos de referir todas as demais, efetivas ou pressupostas, já que estas, de uma ou outra forma, têm que aparecer nela. A nota mais trivial, porém ao mesmo tempo a mais importante da vida humana, é que o homem não tem outro remédio senão fazer alguma coisa para manter-se na existência. A vida nos é dada, visto que nós não a damos a nós mesmos, senão que nos encontramos nela de uma hora para outra e sem saber como. Porém essa vida não nos é dada feita, cada um deve fazer a sua própria. A vida é uma ocupação, e o mais grave dessas ocupações que constituem a vida não que seja preciso realiza-las, mas, de uma certa forma, o contrário – quero dizer que nos encontramos sempre obrigados a fazer algo determinado, que não nos é imposta esta ou aquela tarefa, como lhe é imposta ao astro sua trajetória, ou à pedra sua gravitação. Antes de fazer alguma coisa, cada homem tem que decidir, por sua conta e risco, o que ele vai fazer. Porém essa decisão torna-se impossível se o homem não possui algumas convicções sobre o que são as coisas em seu redor, ou os outros homens, ou ele mesmo. Unicamente tendo em vista tudo isto, ele pode preferir uma ação à outra,

Essas convicções decorrem do que se chama de *crenças*⁵, ou seja, tudo aquilo que o homem acredita como capaz de mantê-lo vivo, tornando viável e justificável sua existência⁶.

É possível verificar que os paradigmas que se tornaram os responsáveis pela construção das crenças do homem, tais como o geocentrismo e o heliocentrismo, colaboraram para que fosse possível identificar a própria existência do homem, de maneira que as ciências e a religião fossem moldadas a partir dessas circunstâncias.

José Ortega y Gasset menciona que uma crença se torna paradigma para a própria existência do homem, quando se torna “dogma social”, isto é, quando a coletividade passa a acreditar nela e a vida gira em torno dela.

Esse aspecto é de grande relevância, pois atua no sentido de fazer com que o homem medite sobre a sua própria existência e a circunstância em que vive. Percebe-se que o homem encontra um porto seguro quando guiado por essa crença⁷.

Como conseqüência, causa, no espírito de quem esteja pesquisando uma determinada área do conhecimento humano, a preocupação de meditar sobre o tema, permeado pela crença coletiva que cerca a humanidade.

pode, em resumo, viver.” (ORTEGA y GASSET, José. **História como sistema**. Tradução de Juan A. Gili Sobrinho e Elizabeth Hanna Côrtes Costa. Brasília : UnB, 1.982. p. 27).

⁵ “A crença não é, sem mais nem menos, a idéia que se pensa, mas aquela em que, além disso, se acredita.” (ORTEGA y GASSET, José. **História....**, p. 28)

⁶ Durante um período da história da humanidade, se acreditou no geocentrismo, ou seja, que todos os demais planetas giravam em torno da Terra. Antiga tese defendida por Cláudio Ptolomeu. O homem era o centro do Universo e tudo o mais giraria em torno dele. Sabe-se que mais tarde, Copérnico acabou por defender a tese do heliocentrismo e o homem deixou de ser o centro do Universo, pensamento que mais uma vez mudou as crenças e os paradigmas então vigentes.

⁷ Ortega menciona como exemplo de dogma social a fé na razão ou na ciência. Trata-se da época do Renascimento, que perdurou entre os séculos XIV e XVI. Dessa forma, as relações do homem com o mundo em que vive passa a ser explicado a partir da razão. A fé em um ser divino deixa de ser o mote principal para a solução de todos os problemas da existência humana.

Um outro aspecto que marca dita filosofia é uma crítica ao universo fechado dos filósofos, que acabou gerando o pensamento *perspectivista*, pois

nenhuma realidade, por humilde que parecesse, e nenhum problema, por insólito que lhe antolhasse, deviam ser desprezados por nenhum filósofo digno deste nome.⁸⁻⁹

O filósofo estudado sempre demonstrou ser adepto de uma política de portas abertas, repensando os problemas filosóficos e, muitas vezes, a própria estrutura da filosofia¹⁰.

O perspectivismo considera que cada vida é um ponto de vista sobre o universo.

Anote-se que a palavra vida não se refere tão somente aos seres humanos mas também às nações e à própria história.

A verdade, ainda que parcial e absoluta, não é completa, por ser tão somente uma parcela do real, construída com início em um determinado ponto de vista circunstancial¹¹.

⁸ MORA, José Ferrater. Ensaio introdutório às etapas da filosofia de Ortega y Gasset. In: ORTEGA y GASSET, José. **Origem e epílogo da filosofia**. Rio de Janeiro : Livro Ibero-Americano, 1963. p. 44.

⁹ “Isto não impede, claro está, reconhecer o fato de que toda realidade possui uma profundidade própria e de que a tarefa do filósofo consiste em penetrar na superfície de cada realidade para extrair dela sua oculta essência. O método adotado por Ortega contrastava, pois, com os modos de ver propugnados pela filosofia acadêmica tradicional. Em lugar de desdenhar as realidades mais próximas e supor que não merecem a atenção do filósofo, Ortega insistiu em o filósofo deve esforçar-se por desentranhar sua significação. Como nosso pensador escreveu, é necessário elevar cada realidade à plenitude de sua significação.” (MORA, loc. Cit.)

¹⁰ Ibid., p. 45.

¹¹ “O perspectivismo, ou teoria do ponto de vista, significa para Ortega que toda realidade se constitui a partir de uma radicação vital. Estritamente, na vida individual do homem, num momento dado e numa dada circunstância. Em sentido amplo, na perspectiva de uma sociedade, de uma cultura, de uma civilização. “Cada vida é um ponto de vista sobre o universo. Em rigor, o que ela vê não o pode ver outra. Cada indivíduo – pessoa, povo, época – é um órgão insubstituível para a conquista da verdade. É assim que esta, que por si só própria é alheia às variações históricas, adquire uma dimensão vital. Sem o desenvolvimento, a mudança perpétua e a inesgotável aventura que constituem a vida, o universo, a omnimoda verdade, se quedaria ignorado” (JAGUARIBE, Hélio. **Prólogo -**

Adota-se esse pensamento como premissa metodológica, justamente porque se preocupa com revisitar a razão pura cartesiana, construída numa linguagem matemática e reducionista.

O mundo não pode ser fruto de uma razão mecânica, como se tudo funcionasse em compartimentos estanques e fechados. Dessa forma, a razão deve ser apenas uma função da vida, não a única responsável pela verdade.

Um trabalho científico nada mais é do que um ponto de vista sobre um dado objeto. Nota-se que não se trata de algo completo e acabado, mas de um conjunto de idéias, construído em uma determinada circunstância e que poderá levar outros pesquisadores a repensá-lo, na busca de outras respostas.

3 NOÇÕES SOBRE O DIREITO

3.1 Sociedade e Direito

A sociedade é um conjunto de pessoas que vivem em certa faixa de tempo e de espaço, seguindo normas comuns e que são unidas pelo sentimento de consciência do grupo¹².

A idéia de sociedade revela, como se pode deduzir do conceito mencionado, que a sua existência se dá em razão da relação entre pessoas e da necessidade da convivência coletiva. Uma sociedade não nasce em um “estalar de dedos”, ela é fruto de uma evolução gradual e contínua do grupo social. A história da humanidade comprova tal assertiva.

A vida social, no decorrer do tempo, vai se transformando de acordo com a realidade vivida por cada grupo de pessoas, sofrendo influências do espaço e do meio ambiente em que se encontram estabelecidas.

Relembrando-se José Ortega y Gasset, a sociedade, de igual forma, é influenciada por uma crença coletiva, que nada mais é do que uma idéia ou conjunto de idéias que justificam a própria vida e os demais fenômenos.

Essa crença coletiva é fator fundamental para se explicar a vida social, abrindo-se, dessa forma, um pequeno espaço, para tratar-se de tal assunto.

¹² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio século XXI. O dicionário da língua portuguesa.** 3º ed. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1999. p 1873.

Durante toda a Idade Média, no mundo ocidental, por exemplo, a crença coletiva era guiada pela filosofia baseada nos ensinamentos de Aristóteles e na teologia cristã.

Desse modo, a lógica formal aristotélica¹³ e a fé explicavam todas as coisas. A verdade somente seria obtida por meio de uma fé inabalável.

Nos séculos XV e XVI, com a expansão territorial do mundo então conhecido

Os humanistas liam no grego, aprendiam as línguas orientais. Nos conventos, eram descobertos manuscritos latinos. De Constantinopla, chegavam manuscritos gregos. O texto das obras antigas era estabelecido mais minucioso. A imprensa divulgava o conhecimento dessa Antigüidade enfim redescoberta. Não havia como não admirar grandes obras, filosofias harmoniosas, que não tinham, com a fé cristã, qualquer relação, de qualquer espécie.¹⁴

Era um momento de mudança das crenças coletivas, era o momento do Renascimento. O homem, inquieto e insatisfeito, já não mais aceitava que a fé pudesse explicar todas as coisas. A sociedade ocidental passava a ver o mundo sob outra perspectiva: o homem tinha o direito de procurar a verdade por si mesmo.

A experiência ganhava força inexplicável, pois era por meio dela que o homem passava a conhecer as coisas.

As relações do homem ocidental, na época citada, com o mundo em

¹³ “Aristóteles fez progredir todos os estudos que é costume agrupar sob o nome de filosofia. É unanimemente considerado como o inventor da *lógica formal*, a lógica que exige o acordo do pensamento consigo mesmo, seja qual for o conteúdo desse pensamento. Foi o primeiro a construir a teoria do *silogismo*, do raciocínio em que o espírito, tendo posto duas premissas, delas tira conclusão logicamente necessária. Concebeu também a idéia, mas discutida, mais discutível, de um *silogismo indutivo*, que permite, pela enumeração de casos particulares, chegar a uma conclusão geral.” (CHALLAYE, Félicien. **Pequena história das grandes filosofias**. Tradução e notas de Luiz Damasco Penna e J.B. Damasco Penna. 3ª ed. São Paulo : Nacional, 1978. p.52).

que vivia eram explicadas a partir da razão.

A fé em um ser divino deixava de ser o mote principal para a solução de todos os problemas da existência humana¹⁵.

As grandes construções científicas passaram a dominar a cosmovisão. E a razão explicava e regia a própria vida.

Esse dogma foi construído a partir de uma Revolução científica, da qual participaram, principalmente, Galileu Galilei, René Descartes, Isaac Newton e Francis Bacon. Veja-se qual foi a contribuição de cada um deles para a construção de um dogma que, até hoje, perdura.

Galileu, ao inventar a luneta, verificou a hipótese de que a Terra girava em torno do Sol, ficando estabelecida a idéia de que ela deixava de ser o centro do universo; ou seja, a Terra é um planeta como qualquer outro.

Também propôs que a ciência deveria ser formulada em uma linguagem matemática, lógica e segura, porquanto não seriam admissíveis influências do subjetivismo.

Essa linguagem segura tornava a ciência objetiva, da qual era possível extrair-se que a razão podia explicar todas as coisas. Não havia mais espaço para o discurso científico, muito menos para discussões éticas.¹⁶

Já no século XVII, Descartes estabeleceu um novo método chamado reducionista, preconizando que, para entender o objeto em seu todo, o observador

¹⁴ Ibid., p. 91.

¹⁵ “Nos séculos XVI e XVII, a visão de mundo medieval, baseada na filosofia aristotélica e na teologia cristã, mudou radicalmente. A noção de um universo orgânico, vivo e espiritual foi substituída pela noção do mundo como uma máquina, e a máquina do mundo tornou-se a metáfora dominante da era moderna.” (CAPRA, Fritjof. **A teia da vida : uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. Tradução de Newton Roberval Eichenberg. 1ª ed. São Paulo : Cultrix, 1996. p. 34.)

deveria, primeiramente, estudar cada partícula do mesmo. Era o famoso método cartesiano.

A linguagem matemática de Galileu deveria estar ancorada em um método das reduções.¹⁷

Issac Newton, com sua mecânica, acabou por concretizar, ainda mais, a idéia de que o mundo nada mais era do que “uma máquina perfeita governada por leis matemáticas exatas[...]”.¹⁸

Por último, pode-se citar Francis Bacon, considerado empirista, para quem a ciência se fazia com objetividade e experiência, isto é, ela deveria ser demonstrada na prática, de maneira que a teoria se concretizasse.¹⁹ O pensamento baconiano é, portanto, pragmático.

Analisando a filosofia dos pensadores citados, é possível vislumbrar-se que os mesmos fizeram surgir uma cosmovisão baseada em três pontos:

¹⁶ “Galileu Galilei expulsou a qualidade da ciência, restringindo esta última ao estudo dos fenômenos que podiam ser medidos e quantificados.” (CAPRA, loc. cit.).

¹⁷ “René Descartes criou o método do pensamento analítico, que consiste em quebrar fenômenos complexos em pedaços a fim de compreender o comportamento do todo a partir das propriedades das suas partes. Descartes baseou sua concepção da natureza na divisão fundamental de dois domínios independentes e separados – o da mente e o da matéria. O universo material, incluindo os organismos vivos, era uma máquina para Descartes, e poderia, em princípio, ser entendido completamente analisando-o em termos de suas menores partes.” (CAPRA, Fritjof. **A teia da vida...**, p. 34-35.)

¹⁸ Ibid., p. 35.

¹⁹ “A verdade só pode ser encontrada pela união da experiência e da razão (Bacon não é um puro empirista, no sentido mais estreito do termo). Não se trata de acumular fatos sem liame, como a formiga amontoa grãos, nem de combinar silogismos cujas premissas proviessem só do espírito, como a aranha tira de si mesma o fio da teia; cumpre imitar a abelha que, com o colhido das flores, fabrica o mel. Como o espírito é um espelho deformante, cumpre pôr em primeiro plano a experiência. Cumpre armar a inteligência de asas, mas de solas de chumbo, que a obriguem a evitar toda hipótese e a permanecer constantemente em contato com a realidade.” (CHALLAYE, Félicien. **Pequena história das grandes filosofias**. Tradução de Luiz D Penna e J.B. Damasco Penna. 3ª ed. São Paulo : Nacional, 1978. p. 104).

*linguagem, método e experimentação.*²⁰

Sob a égide dessa concepção de mundo, a sociedade ocidental se desenvolveu e, até hoje, a influencia.

Como é próprio da natureza humana, a crença na ciência e na razão matemática sofreu oposições e novas teorias tentaram explicar a vida e a própria sociedade. No final do século XVIII e começo século XIX, surgiu o movimento da filosofia do sentimento, que via, na filosofia da experiência e do método reducionista, uma simples acumulação de conceitos.

Esse movimento, também chamado de romântico, pregava a idéia de que: “Um só caminho ficava aberto, para levar as verdades vívidas, encorajadoras, consoladoras: o do *coração*.”²¹

Fritjof Capra anuncia que, mais recentemente, outras teorias surgiram e merece destaque a teoria do pensamento sistêmico:

De acordo com a visão sistêmica, as propriedades essenciais de um organismo, ou sistema vivo, são propriedades do todo, que nenhuma das partes possui. Elas surgem das interações e das relações entre as partes. Essas propriedades são destruídas quando o sistema é dissecado, física ou teoricamente, em elementos isolados. Embora possamos discernir partes individuais em qualquer sistema, essas partes não são isoladas, e a natureza do todo é sempre diferente da mera soma de suas partes.”²²

Esse pensamento é uma das grandes revoluções no pensamento científico ocidental, principalmente porque contraria o método reducionista cartesiano, posto que os sistemas não podem ser estudados em partículas, mas no todo, de maneira que, na abordagem sistêmica, as propriedades das partes

²⁰ Anotações de aula proferida em 11 de março de 2003, pelo Professor Doutor Luiz Fernando Belinetti, no curso de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina.

²¹ CHALLAYE, Félicien. **Pequena história...**, p. 177.

somente são entendidas a partir da organização do todo.

A vida se transforma em uma rede, já que os organismos vivos são concebidos como redes de células, órgãos e sistemas orgânicos: "Uma das principais intuições da teoria dos sistemas foi a percepção de que o padrão em rede é comum a todas as formas de vida. Onde quer que haja vida, há redes."²³

Essa visão sistêmica da vida é acompanhada pela teoria da "autopoiese" ou da autogeração, defendida pelos biólogos Humberto Maturana e Francisco Varela .

Essa autogeração pode ser entendida da seguinte forma:

"A função de cada um dos componentes dessa rede é a de transformar ou substituir outros componentes, de maneira que a rede como um todo regenera-se continuamente. É essa a chave da definição sistêmica da vida: as redes vivas criam ou recriam a si mesmas continuamente mediante a transformação ou a substituição dos seus componentes. Dessa maneira, sofrem mudanças estruturais contínuas ao mesmo tempo que preservam seus padrões de organização, que sempre se assemelham a teias."²⁴

Definir o sistema vivo como uma rede autopoietica significa dizer-se que a vida somente pode ser compreendida como uma propriedade do sistema como um todo.²⁵

A teoria sistêmica da vida dá ensejo a um novo modo de explicar a própria sociedade, uma cosmovisão absolutamente diferenciada e chamada de holística, na qual todas as partes apresentam funções próprias, contudo, entrelaçadas e integradas.

²² CAPRA, Fritjof. **A teia da vida...**, p. 40.

²³ CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo : Ed. Cultrix, 2002. p. 27.

²⁴ CAPRA, loc. cit.

²⁵ CAPRA, loc. cit.

É um novo paradigma que

[...] concebe o mundo como um todo integrado, e não uma coleção de partes dissociadas. Pode, também, ser denominada visão ecológica, se o termo “ecológica” é empregado num sentido muito mais amplo e mais profundo que o usual, e o fato de que, enquanto indivíduos e sociedades, estamos todos encaixados nos processos cíclicos da natureza (e, em última análise, somos dependentes desses processos).²⁶

A sociedade seria o resultado do sistema, de maneira que as relações entre os sujeitos que compõem essa sociedade se ramificam em redes e, de uma forma ou de outra, acabam influenciando a vida social como um todo.²⁷

Esse paradigma ecológico criado por Fritjof Capra foi citado, não por acaso, mas porque representa uma nova forma de pensar e ver o mundo atual. E, mais, ajuda a explicar a sociedade e as relações que ocorrem no seu âmbito.

Assim, partiu-se de um estudo das crenças coletivas desde a idade média, passando pela renascença, até chegar ao século XXI. Pergunta-se: qual é a cosmovisão que influencia não só a sociedade brasileira mas também o restante do mundo?

Em que pese existir uma preocupação com a construção de novos paradigmas, tal como a teoria ecológica, ainda prevalece, no mundo ocidental, a trilogia: *linguagem matemática (Galileu)*, *método (Descartes)*, *experiência (Bacon)*,

²⁶ CAPRA, Fritjof. **A teia da vida...**, p. 25.

²⁷ Fritjof Capra menciona que: “A idéia central dessa concepção sistêmica e unificada da vida é a de que seu padrão básico de organização é a rede. Em todos os níveis de vida – desde as redes metabólicas dentro de uma célula até as teias alimentares dos ecossistemas e as redes de comunicação da sociedade humana -, os componentes dos sistemas vivos se interligam sob a forma de rede. [...] No decorrer deste novo século, dois fenômenos em específico terão efeitos significativos sobre o bem-estar e os modos de vida da humanidade. Ambos esses fenômenos têm por base as redes e ambos envolvem tecnologias radicalmente novas. O primeiro é a ascensão do capitalismo global; o outro é a criação de comunidades sustentáveis baseadas nas alfabetização ecológica e na prática do projeto ecológico. Enquanto que o capitalismo global é feito de redes eletrônicas onde correm fluxos financeiros e de informações, o projeto ecológico trata das relações ecológicas de fluxos energéticos e materiais. O objetivo da economia global é o de elevar ao máximo a riqueza e o poder de suas

como sendo a cosmovisão preponderante e estabelecida.

Tem-se uma sociedade individualista, de visão reducionista. Os fenômenos sociais são explicados por uma lógica matemática e, dessa forma estabelecidos.

Dá-se maior valor aos interesses particulares do que aos de toda a sociedade. Nesta o indivíduo se enxerga como uma partícula, destacado e despreocupado com a função que exerce no todo.

Todas as relações sociais²⁸ são estabelecidas nesse contexto e as regras comuns de convivência, que colaboram, diretamente, para a manutenção da vida social, também são delineadas a partir dessa visão.

Como o Direito é uma forma de controle social, concebido, tradicionalmente, como um conjunto de regras e princípios necessários para o controle social, acaba sofrendo a influência do paradigma escolhido pela sociedade.

Quando essas relações passam a ser enfocadas pelo Direito, são transformadas em relações jurídicas²⁹.

O Direito passa a regulá-las, a fim de que a convivência seja viável, em especial numa sociedade que tem uma cosmovisão individualista e que gera, como conseqüência, um número muito grande de conflitos de interesses

elites; o objetivo do projeto ecológico é o de elevar ao máximo a sustentabilidade da teia da vida.” (CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas...**, p. 267-268).

²⁸ “Conhecimento recíproco e/ou convivência entre pessoas.”(in FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio século XXI. O dicionário da língua portuguesa**. 3º ed. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1999. p 1735.

“Por isso, pelo aspecto sociológico o direito é geralmente apresentado como uma das formas – sem dúvida a mais importante e eficaz dos tempos modernos – do chamado *controle social*, entendido como o conjunto de instrumentos de que a sociedade dispõe na sua tendência à imposição dos modelos culturais, dos ideais coletivos e dos valores que persegue, para a superação das antinomias, das tensões e dos conflitos que lhe são próprios.”³⁰

Identifica-se, nesse momento, o nexo entre sociedade e Direito, este último como mecanismo de controle social, instrumento de manutenção da harmonia entre as pessoas em sociedade.

3.2 Concepção de Direito

Tratar de um tema relacionado ao direito processual exige o estabelecimento de uma concepção de Direito, como premissa fundamental.

A concepção que, atualmente, prevalece é a tradicional, baseada na afirmativa de ser o Direito um mero conjunto de normas positivas. Essa visão padronizou o Direito, reduzindo-o a leis.

Como exemplo, pode-se citar a concepção de Vicente Ráo:

[...] é o direito um sistema de disciplina social fundado na natureza humana, que estabelecendo nas relações entre os homens uma proporção de reciprocidade nos poderes e deveres que lhes atribui, regula as condições existenciais dos indivíduos e dos grupos sociais e, em consequência, da sociedade, mediante normas coercitivamente impostas pelo poder público.³¹

Esse padrão tradicional pode ser encontrado em outros autores, que destacam o Direito como um conjunto de normas ditadas pelo poder estatal, tais

²⁹ “A tarefa da ordem jurídica é exatamente a de harmonizar as relações sociais intersubjetivas, a fim de ensejar a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifício de desgaste.” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et. al. **Teoria geral do processo**. 19ª ed. São Paulo : Malheiros, 2003. p. 19).

³⁰ CINTRA, loc. cit.

como Maria Helena Diniz³², Washington de Barros Monteiro³³ e José da Silva Pacheco.³⁴

Essa visão de Direito, como antes mencionado, é reducionista, por considerá-lo um aglomerado de normas, estabelecidas, com o intuito de conduzir o povo por um determinado caminho.

É uma concepção apresentada nos moldes da cosmovisão ainda predominante, qual seja, construída em compartimentos e fechada para novos fluxos. Resumindo, Direito não é outra coisa senão leis.

Pretende-se adotar uma concepção que considere o Direito muito mais do que um conjunto de leis positivadas, derivadas de um processo legislativo, impostas pelo poder público e prontas para conduzir o povo, como se fosse um rebanho de ovelhas.³⁵

Uma concepção que não seja reducionista, mas que conceba um Direito que modifique, na prática, a vida das pessoas, promovendo, na medida do

³¹ RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5ª ed. São Paulo : RT, 1999. p. 55.

³² “[...] o direito positivo é o conjunto de normas, estabelecidas pelo poder político, que se impõem e regulam a vida social de um dado povo em determinada época.” (DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Vol 1. 11ª ed. São Paulo : Saraiva, 1995. p. 7).

³³ “Ao conjunto dessas normas, gerais e positivas, ditadas por um poder soberano e que disciplinam a vida social, se denomina direito. Aliás, essa palavra vem do latim *dirigere* e serve para guiar-nos.” (MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. Vol 1. 32ª ed. São Paulo : Saraiva, 1994. p. 2).

³⁴ “Todo Estado tem um ordenamento jurídico, constituído de leis em sentido amplo, capaz de servir-lhe de arcabouço estrutural e de garantir a paz social, com justiça, segurança e desenvolvimento. Pode ser próprio ou adotado como ocorreu, no Brasil, após a independência. Quem o edita é o Estado, que tem poder legislativo exercido predominantemente pelo Congresso, sem excluir as normas da competência de outros órgãos, como por exemplo os estaduais, municipais etc., integrativos de sua constituição. Ao dever do Estado de prover a sociedade, em que atua, de um ordenamento jurídico, poder-se-ia chamar de tutela jurídica, e a essa atividade, não importa o órgão de que emana, de tutela jurídica. É assunto que está fora do direito processual.” (PACHECO, José da Silva. **Direito processual civil**. vol 1. São Paulo : Saraiva, 1976. p. 8 – 9).

³⁵ “[...] o radical ariano-semítico RJ, o mais antigo que se conhece relacionado com a palavra “direito”, significava originariamente *conduzir o rebanho* ou *ir à frente do rebanho*, o que se explica pelo nomadismo dos primitivos ários dedicados ao pastório. A evolução dos vocábulos de origem ariana, em que aparece essa raiz, evidencia a mesma idéia, por exemplo, *dirigir uma família*, *tribo* ou *clã*, ou ainda *ir à frente*, *ser o primeiro*. Em suma, o radical serviu para formação de palavras relacionadas, ao mesmo tempo, com a atividade pastoril e com

possível, o bem comum.³⁶

Dessa forma, o **bem comum** é o argumento que motiva a adoção de uma concepção diferenciada de Direito, aposta à noção tradicional, que se preocupa tão somente com uma ordem de leis estruturadas.

Para se chegar à concepção diferenciada de Direito, amparado pelas bases do bem comum, há uma necessidade de revisitação do modo como se deve encarar o ordenamento jurídico.

No mais, toda e qualquer revisitação exige que o estudioso se volte para o objeto do conhecimento que se pretende dar uma nova concepção com um olhar novo, despindo-se de velhos preconceitos.

Luiz Fernando Belinetti, que também procurou uma concepção diferenciada do Direito³⁷, diz que a busca de uma nova visão de ordem jurídica é uma preocupação antiga, lembrando que

[...] a idéia de se construir uma nova noção de ordem jurídica não é nova. Da obra de Allorio, percebe-se claramente este fato. Conforme indica o aludido autor, Santi Romano teria sido o artífice dessa renovação, trazendo a idéia de que o ordenamento não se resume ao direito positivo.³⁸

O processualista menciona que essa nova visão não explicou a que mais o Direito se resumiria, além do direito positivo. Contudo “[...] quebrara-se a

a atividade de governo grupal ou societal.” (COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**. 3ª ed. Belo Horizonte : Del Rey, 2003. p. 209).

³⁶ “O bem comum consiste no conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana.” (PAPA JOÃO XXIII, *Pacem in Terris*, Encíclica, II, 58 apud DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 23ª ed. São Paulo : Saraiva, 2002. p. 24.).

³⁷ “[...] defino o Direito como a ordem concreta que objetiva regular a conduta humana de forma externa, bilateral e coercitiva” (BELINETTI, Luiz Fernando. **Sentença civil: perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo : RT, 1994. p. 21).

³⁸ *Ibid.*, p. 51.

noção ortodoxa de ordenamento como conjunto de normas positivas”³⁹ e apresenta uma visão tridimensional do Direito, dizendo que o mesmo é composto pelo direito vigente, o direito eficaz e o direito intrinsecamente válido⁴⁰, tendo, como fundamento, o pensamento de Eduardo García Maynez.

Ao fundamentar seu posicionamento afirma que haverá uma modificação profunda na aplicação do Direito, uma vez que

O objetivo não é mais a pura aplicação do direito positivo, mas sim o oferecimento de soluções justas às questões que lhe são postas (em face da aludida convergência que se deve buscar na aplicação do ordenamento). Para obtenção de tais soluções, naturalmente deveria em primeiro lugar procurar apoio no direito positivo (concordo que ele traz ínsita a presunção – relativa – de que concretiza justiça); todavia (e aqui o ponto radical da mudança), se ele não apresentasse uma solução justa, seria o caso de utilizar-se do direito intrinsecamente válido, a fim de adequar a decisão à evolução social e aos parâmetros de justiça então reinantes na sociedade.⁴¹

É um posicionamento diferente das regras ortodoxas, que estabelece que o Direito, não só conduz uma determinada sociedade pelo caminho correto, mas procura realizar a justiça.

Acompanhando o posicionamento de Luiz Fernando Belinetti, adota-se uma concepção diferenciada de ordem jurídica e do Direito preconizada por Eduardo García Maynez, para quem, o ordenamento jurídico é uma ordem concreta.⁴²

³⁹ Ibid., p. 51.

⁴⁰ Ibid., p. 51-61.

⁴¹ Ibid., p. 60.

⁴² “Depois de meditar largamente sobre a tese de que o direito é um conjunto de normas (o que reduz o problema de sua definição a busca da diferença específica destas) cheguei ao convencimento de que a noção tradicional de ordem jurídica deve ser corrigida. [...] Das conclusões de minha análise quero destacar, com a reserva de fundamentá-las no curso desta obra, as seguintes: a) a teoria dominante sobre a noção de ordem jurídica resulta incorreta e, em consequência, deve ser modificada; b) o direito não é uma “monocracia impessoal”, uma ordem abstrata, mas uma ordem concreta; c) aquela teoria dá indevidamente o nome de ordem jurídica ao sistema de normas que o Estado cria ou reconhece para a regulação do comportamento humano; d) o sistema normativo é somente uma parte ou elemento da ordem jurídica, a saber, o conjunto dos preceitos integrantes da regulação bilateral, externa e coercível de tal comportamento; e) o direito, como ordem concreta, somente pode existir

Para esse filósofo do Direito, o ordenamento jurídico não pode ser reduzido ao mero conjunto de normas, mas como ele mesmo adverte, o sistema de normas é apenas um dos elementos componentes da ordem jurídica concreta.⁴³

Nessa ordem de idéias, o ordenamento jurídico deve ser visto tridimensionalmente: como direito vigente, direito eficaz e direito intrinsecamente válido. Esses três direitos formam a concreta ordem jurídica⁴⁴.

O direito vigente nada mais é do que o próprio sistema de normas estabelecidas pelo legislativo.

Já o direito eficaz é o aplicado na sociedade, mesmo que não previsto em normas emanadas do poder público (p. ex: regras consuetudinárias).

Por sua vez, o direito intrinsecamente válido é o que modifica, efetivamente, a vida dos sujeitos da sociedade, fazendo valer a Justiça esperada.⁴⁵

quando os destinatários de seu sistema normativo ajustam normalmente sua conduta às prescrições em vigor; f) a eficácia de dito sistema é um elemento estrutural de todo o ordenamento jurídico; g) a validade intrínseca, no sentido axiológico-material, das ordens desta espécie, depende do grau em que sua eficácia condicione a *efetiva realização* dos valores a que seu sistema normativo deve tender.” (MÁYNEZ, Eduardo García. **Filosofia del derecho**. 7ª ed. México : Porrúa, 1994. p.20-21)

⁴³ Eduardo García Máynez define ordem da seguinte forma: “[...] é a submissão de um conjunto de objetos a uma regra ou sistema de regras cuja aplicação faz surgir, entre ditos objetos, as relações que permitem realizar as finalidade do *ordinante*” (Ibid., p.23).

⁴⁴ Para Miguel Reale, Direito “[...] é a realização ordenada e garantida do bem comum numa estrutura tridimensional bilateral atributiva, ou de forma analítica: *Direito é a ordenação heterônoma, coercível e bilateral atributiva das relações de convivência, segundo uma integração normativa de fatos e valores.*” (REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 19ª ed. São Paulo : Saraiva, 1991. p.67).

⁴⁵ “[...] a ordem jurídica não é, como afirmam quase todos os autores, um simples conjunto de normas, senão uma *ordem concreta* que deriva da submissão normal da conduta a esse conjunto de normas. A *unidade* do último depende do fundamento de sua validade, ou em outras palavras, de sua *norma básica*, e o *caráter sistemático* dos preceitos que desta dependem está condicionado pelas relações de supra e subordinação entre tais preceitos, as quais obedecem, de sua parte, a uma série de *delegações* estabelecidas pelo constituinte, tanto em favor do legislador ordinário, como dos órgão encarregados de aplicar, a casos singulares, as disposições jurídicas de índole abstrata. Isto claramente indica, para empregar Heller, que o sistema de que antes falamos *não é uma monocracia impessoal*, senão um feixe unitário e coerente de normas, das quais umas são criadas pelo legislador (constituinte ou comum) e outras, de origem consuetudinária ou procedentes de ordens não jurídicas (convencionalismos sociais ou moralidade positiva), são logo incorporadas, de maneira expressa ou presumida, ao mesmo sistema, do qual formam parte, ademais, as normas *individualizadas* ou *especiais*, tanto as de índole pública, que dimanam de *atos de aplicação oficial*, como as de *índole privada*, cuja fonte imediata reside na autonomia dos particulares. Todas elas integram o *sistema jurídico*, que, como temos dito, não deve confundir-se com a *ordem concreta* que chamamos direito.[...] Na medida em que os destinatário do sistema (seja como sujeitos individuais que fazem seu próprio direito, seja como órgãos de pessoas coletivas ou como

A definição de Direito, para Eduardo García Máynez, é a seguinte:

Direito é uma ordem concreta, instituído pelo homem para a realização de valores coletivos, cujas normas – integrantes de um sistema que regula a conduta de maneira bilateral, externa e coercível – são normalmente cumpridas pelos particulares e, em caso de inobservância, aplicadas ou impostas pelos órgãos do poder público.⁴⁶

O filósofo, partindo deste conceito, defende a sua idéia como sendo a de um **direito correto**, justamente porque visa a fazer valerem valores coletivos.

Trata-se de uma visão de Direito que apresenta uma ruptura com as estruturas ortodoxas da concepção tradicional, fugindo dos moldes cartesianos de razão.⁴⁷

Dessas idéias, dois aspectos chamaram a atenção e que são relevantes para a presente pesquisa. O primeiro e principal é a inclusão do **bem comum** como parte integrante de um Direito que seja eficaz.

O segundo é visão que o mesmo tem de sistema, ou seja, o Direito não é só um conjunto de normas, mas um sistema que apresenta uma interação entre os três direitos (vigente, eficaz e intrinsecamente válido).

funcionários públicos) cumprem com os deveres ou exercitam os direitos que se lhes impõem ou outorgam, sua conduta condiciona a *eficácia* das correspondentes normas e, desta maneira, contribui para a realização da ordem jurídica. Ao mesmo tempo, os atos de observância ou de aplicação oficial dão origem a uma enorme rede de relações intersubjetivas, através das quais permanecem, mediata ou imediatamente, *cumpridos* os fins do *ordinante* (ou seja, *a sociedade juridicamente organizada*) e, com ele, *realizados* os *valores* em que tais fins se fundam.” (MÁYNEZ, Eduardo García. *Filosofia del derecho*. 7ª ed. México : Editorial Porrúa, 1994. p.133-134).

⁴⁶ *Ibid.*, p.135.

⁴⁷ “Se aplicamos agora a consideração do diagrama nossa concepção de direito como ordem normativa concreta, encontraremos o seguinte: como para citada concepção a *eficácia normal* do sistema é elemento integrante de toda ordem jurídica concreta e, de acordo com a mesma concepção, as ordens de tal espécie devem achar-se orientados para a realização de valores coletivos como a justiça, a seguridade e o bem comum, é claro que, dentro do marco da taxologia geral exposta no capítulo primeiro desta obra, somente poderemos considerar como *direito correto* (*richtiges Recht*, como dizem os juristas alemães) ao qual reúna os atributos de vigência,

O bem comum é algo a ser realizado pelo Direito:

Uma ordem jurídica concreta somente é valiosa quando resulta instrumento capaz de realização dos desideratos que lhe dão sentido. Dos fins a que tende, os mais importantes consistem na justiça, a seguridade e o bem comum. Estes valores básicos constituem o que se têm chamado a *idéia do direito*. Poderia também chamar-se de *ideal jurídico*, porque, como afirma Heinrich Henkel, as exigências que dimanam desses valores nunca podem cumprir-se integralmente, ainda que a vontade, firme e constante, de cumpri-las, seja um dever para todos os membros da sociedade juridicamente organizada.⁴⁸

O Direito deve criar condições para a realização da personalidade humana e, por conseguinte, do bem comum.

Por essas considerações é que se adota, como premissa, que o Direito é uma ordem concreta, que regula as condutas dos sujeitos que compõem determinada sociedade, de forma externa, bilateral e coercitiva, tendo em vista o bem comum.

3.3 Direito material e direito processual

Como já salientado, o direito vigente é um dos componentes da ordem jurídica concreta. Aquele que adota uma concepção diferenciada do Direito não nega o direito positivo, ao contrário, aceita-o como forma de tutela jurídico-estatal, mas desde que ao lado de um direito eficaz e um direito intrinsecamente válido.

Esse direito vigente é formado por normas de direito material e de

validade intrínseca e eficácia.” (MÁYNEZ, Eduardo García. **Filosofia del derecho**. 7ª ed. México : Porrúa, 1994. p.515.)

⁴⁸ Op. cit., p.481-482.

direito processual, cada qual com a sua função.

O direito material ou substancial é aquele formado por um conjunto de normas editadas para a regulamentação das relações jurídicas, envolvendo os bens da vida. São normas voltadas para regular a própria convivência social, tais como as regras de direito civil, direito consumerista, direito previdenciário, direito tributário e outros⁴⁹.

Para o presente estudo, interessa, sobretudo, o direito processual, que, segundo José de Albuquerque Rocha não é um fenômeno restrito à atividade jurisdicional, mas ocorrente também no Legislativo, Executivo, bem como na esfera dos sujeitos privados.

O direito processual será encarado, nesse passo, em sentido amplo e em sentido estrito.

Em sentido amplo, o direito processual é

[...] o conjunto de normas que disciplinam essa seqüência ordenada de atos voltados à produção de um efeito jurídico final, ou, mais resumidamente, como o conjunto de normas disciplinadoras do fenômeno processo.⁵⁰

O processo sob esse aspecto é muito mais abrangente e se mostra importante instrumento de realização de efeitos jurídicos tanto no âmbito público quanto no âmbito privado.

Por outro lado, estritamente falando, o direito processual pode ser concebido como o conjunto de normas que regulam o processo no âmbito

⁴⁹ Direito material é: “[...] é o corpo de normas que disciplinam as relações jurídicas referentes a bens e utilidades da vida (direito civil, penal, administrativo, comercial, tributário, trabalhista etc.)” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. et. al. **Teoria geral do processo**. 19ª ed. São Paulo : Malheiros, 2003. p. 40).

⁵⁰ ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 7ª ed. São Paulo : Atlas, 2003. p. 34.

jurisdicional.⁵¹

Verifica-se, por conseguinte, que tanto o direito substancial quanto o direito processual formam um sistema de tutela jurídico-estatal, visando ao bem comum.

Funcionalmente, são normas diferentes, uma vez que o primeiro regula, diretamente, as relações sociais, enquanto o segundo atuará, visando a estabelecer efeitos jurídicos concretos.⁵²

Quando se fala de direito processual em sentido estrito, ou seja, quando regula o processo no âmbito jurisdicional, uma questão de grande relevância metodológica vem à tona: qual a função que esse direito desempenha? Ele simplesmente declara o direito substancial ou completa o ordenamento, constituindo novas normas concretas?

Essas questões desembocam nos debates a respeito das teorias unitarista e dualista do direito processual.

Para a teoria dualista, o direito processual comporia um ordenamento jurídico separado do sistema do direito material, de maneira que o mesmo somente seria útil para declarar a situação previamente prevista no ordenamento material. O processo apresentado, nessa concepção, simplesmente fará atuar o direito material.

⁵¹ “O direito processual é, justamente, o conjunto das normas jurídicas, que dispõem sobre a constituição dos órgãos jurisdicionais e sua competência, disciplinando essa realidade que chamamos de processo, e que consiste numa série coordenada de atos de vontade tendentes à produção de um efeito jurídico final, que, no caso do processo jurisdicional, é a decisão e sua eventual decisão.” (ROCHA, loc. cit.).

⁵² Esta é a posição unitarista de José de A. Rocha: “[...] enquanto o direito substantivo disciplina as condutas materiais, isto é, condutas cuja realização não *cria novas normas jurídicas*, mas situações materiais (por exemplo: a conduta de construir uma ponte em cumprimento do dever imposto por uma lei à administração pública não produz resultados jurídicos, senão materiais), o direito processual disciplina os atos de vontade necessários à criação de *novas normas jurídicas*. No caso do direito processual, a nova situação jurídica criada pela vontade dos órgãos jurisdicionais e partes é a norma do caso concreto (decisão do conflito). (ROCHA, José de Albuquerque, **Teoria...**, p. 34.).

Por outro lado, há a doutrina que defende a concepção unitária do ordenamento jurídico, isto é, o direito processual é mais do que um simples instrumento utilizado para declarar o direito material, é um mecanismo por meio do qual a atividade jurisdicional revelada pela sentença acaba por constituir um direito novo para o caso concreto individualizado, que integra o ordenamento.

De acordo com Luiz Fernando Belinetti, a visão unitarista

Busca suas raízes fundamentalmente nas concepções positivistas críticas do positivismo puro. Kelsen poderia ser indicado como seu principal inspirador, quando coloca a atividade jurisdicional como norma jurídica concreta. Porém, as noções positivistas sociológicas também nela enquadram, de vez que vêm na atividade jurisdicional uma fonte do direito por excelência.⁵³

Por essa razão, o direito processual comporia, juntamente com o direito material, o mesmo ordenamento, formando um só conjunto de normas. Considerando esse aspecto e por uma questão de coerência metodológica, adota-se a tese unitarista.

Ao conceber-se o Direito a partir de uma ordem concreta, que engloba o direito vigente, o direito eficaz e o direito intrinsecamente válido, admite-se que o julgador, ao analisar o caso concreto, busque uma solução que, no plano dos fatos e dos valores, seja a mais justa possível e de acordo com o bem comum.

Essa solução nem sempre estará prevista na norma material nem será fruto de uma interpretação desse tipo de norma, mas um direito novo, oriundo das convicções pessoais do julgador, que, preocupado com a realização concreta da Justiça, profere uma decisão nesse sentido.⁵⁴

⁵³ BELINETTI, Luiz Fernando. **Sentença civil** : perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro. São Paulo : RT, 1994. p. 62.

⁵⁴ “Assim, pode-se dizer que a atividade jurisdicional é constitutiva de direito eficaz, *declarando*, nos casos concretos, o conteúdo de direito preexistente, ou *criando* direito novo, quando, embasado na sua ideologia

Percebe-se que, a par do que se tratou até agora, a visão unitarista coloca em evidência a atividade jurisdicional, destacando que o juiz desempenha papel ativo na construção e concretização do Direito.

A tese dualista, baseada na idéia de que o juiz tão somente declara o direito preexistente, acaba por transformar esse sujeito processual imparcial em um personagem passivo, que não expressa sua vontade no desempenho de uma das mais importantes funções do Estado, que é a prestação de tutela jurisdicional.

Destacando-se o mencionado no capítulo anterior, sobre uma nova concepção da vida e da própria sociedade, que é a sistêmica, na qual se vislumbra uma rede em que vários componentes se interligam e se complementam, a tese unitarista é a que parece mais adequada à pesquisa.

De certa forma, é um posicionamento que coloca o direito processual não como um sistema isolado de normas. Ao contrário, são normas que se encontram inseridas no ordenamento jurídico, ao lado do direito material, do qual participam, ativamente, na autogeração e reconstrução desse ordenamento.

O direito processual é uma propriedade essencial para a manutenção da ordem jurídica concreta, interagindo com os demais componentes dessa ordem, visando à manutenção da vida social equilibrada.

peçoal, o aplicador contrariasse os outros parâmetros indicados. Note-se que em momento algum a atividade jurisdicional deixa de se valer do ordenamento. Apenas que, quando um juiz específico vai julgar um litígio, sua ideologia pessoal aflora *de fato no* ordenamento, quando geralmente possui apenas potencial para integrá-lo.” (Ibid., p. 66).

4 O LITISCONSÓRCIO E OS ASPECTOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO

4.1 O Processo

Para um melhor entendimento do fenômeno litisconsorcial, é indispensável a análise de alguns institutos fundamentais do processo.

Antes de tudo e por uma questão de coerência, é importante estabelecer-se o que se entende por Processo, de modo que fique bem definida a sua importância para a ordem concreta.

A palavra processo significa

Ato de proceder; seguimento; decurso; maneira de operar, resolver ou ensinar; método; sistema; técnica; conjunto de papéis relativos a um negócio; (for.) ação judicial; os autos e demais documentos referentes a uma causa cível ou criminal; série de fenômenos que se sucedem e são ligados entre si por meio de relações de causa e efeito⁵⁵

Por exemplo, uma determinada empresa que necessita contratar advogados, para atuarem no seu departamento jurídico, poderá escolher os profissionais mediante um processo seletivo, ou seja, a empresa optará por realizar uma prova de seleção ou analisará currículos.

Utilizando esse método, a empresa conseguirá chegar até o profissional adequado, para compor os seus quadros. O processo faz parte do dia-

⁵⁵ FERNANDES, Francisco. et. al. **Dicionário brasileiro globo**.56ª ed. São Paulo : Ed. Globo, 2003. verbete “processo”.

a-dia das pessoas e igualmente da sociedade.⁵⁶

No Estado contemporâneo, a utilização de meios ou mecanismos (*rectius*=processo) é indispensável para a própria concretização das finalidades estatais.

O Estado Democrático de Direito brasileiro tem como finalidades fundamentais, aquelas estabelecidas no artigo 3º da Constituição Federal de 1.988.⁵⁷

Para realizá-las, o constituinte achou por bem adotar a **teoria da tripartição das funções estatais**⁵⁸, nos termos do artigo 2º da CF/88. O Legislativo, o Executivo e o Judiciário são responsáveis pela manutenção e o equilíbrio do Estado Brasileiro, realizando as finalidades antes anotadas, em especial o bem de todos ou bem comum.

Pode-se perguntar, nesse momento, como é que essas funções legislativas, executivas e judiciárias são realizadas no Estado? Há algum mecanismo utilizado para seu desempenho?

Elio Fazzalari, em importante trabalho sobre o direito processual no ordenamento italiano, descreve o processo da seguinte maneira:

⁵⁶ Elio Fazzalari doutrina que há uma difusão do processo fora do ordenamento estatal, dizendo que: “O nosso interesse e, portanto, o nosso discurso se concentra sobre os processos contemplados e regulados por nosso ordenamento estatal. Mas, para uma informação completa, útil aqui constatar que o emprego do processo é relevante também fora e ou prescinde de tal ordenamento. [...] o emprego de esquemas processuais para a resolução de controvérsias está presente no interior dos partidos, sindicatos, associações esportivas, ordens profissionais e microcosmos financeiros privados.” (FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8ª ed. Padova : CEDAM, 1.996. p. 12-13).

⁵⁷ Art. 3º da CF/88. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I- construir uma sociedade justa, livre e solidária; II- garantir o desenvolvimento nacional; III- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁵⁸ Deve-se entender que essas atividades estatais devem ser designadas de “funções” e não de “poderes”, uma vez que há um só Poder estatal uno e indivisível, ou seja, aquele que emana do povo (art. 1º, parágrafo único, da CF/88). O que ocorre, no Estado, é uma divisão de trabalhos entre os seus vários órgãos, e não uma divisão do Poder entre os mesmos.

O “processo” é uma estrutura na qual se desenvolvem, no ordenamento estatal italiano, numerosas atividades de direito público (particularmente, mas não somente, deveres fundamentais do Estado)

<http://br.f506.mail.yahoo.com/ym/Compose?&To=jcgranatti@uel.br> e algumas atividades de direito privado.⁵⁹

Analisando a citada definição de processo, verifica-se que, numa perspectiva diferenciada e moderna, esse instrumento não é uma exclusividade da função jurisdicional, como, muitas vezes, errônea e precipitadamente, se preconiza.⁶⁰

O Legislativo atua por intermédio de um processo, criando normas que irão compor a ordem concreta, estabelecendo o direito vigente, regulador das condutas sociais.⁶¹

A Administração Pública, por seu turno, realiza ou executa as normas mediante um processo administrativo, cujas regras básicas também estão determinadas pela Constituição Federal.

E a função jurisdicional estatal, desenvolvida, com exclusividade, pelo Poder Judiciário, igualmente ocorre mediante um determinado processo⁶².

Os órgãos jurisdicionais, via de regra, são provocados pelos interessados na solução de um conflito jurídico de interesses e, mediante a instauração do processo jurisdicional, visam à criação de normas concretas e individuais, trazendo paz e equilíbrio à vida social.⁶³⁻⁶⁴

⁵⁹ FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. 8ª ed. Padova : CEDAM, 1.996. p. 3.

⁶⁰ Ressalte-se, nesse momento, o mencionado no tópico 2.3 sobre o direito processual em sentido amplo.

⁶¹ Interessante anotar-se que a Constituição Federal de 1.988, entre os artigos de 59 a 69, regulamentou, expressamente, o **processo legislativo**. Tal fato, por si só, é bastante, para demonstrar que o processo é uma realidade presente em todas as funções estatais.

⁶² Aqui, remete-se o estudioso ao item 2.3, no intuito de que se relembre o direito processual em sentido estrito.

⁶³ “[...] quando as normas abstratas são criadas (função legislativa) ou aplicadas (função administrativa) há processo; da mesma forma tanto quando o juiz (função jurisdicional) resolve o litígio constituindo uma norma concreta, como quando as partes transacionam – ou simplesmente contratam, ou praticam um ato unilateral (um

Sob a perspectiva estatal, por conseguinte, o processo é um instrumento mediante o qual os objetivos do Estado são realizados, em especial o bem comum e considerando-se as três dimensões das funções estatais, o processo é um método que cria e transforma o ordenamento jurídico, realizando-o concretamente.

4.1.1 O processo jurisdicional civil

Não se pode ter uma visão reducionista de processo, como se fosse um método exclusivo da função jurisdicional, uma vez que está presente nas demais funções estatais, e até mesmo, nas atividades privadas.

Entretanto, para que não seja perdido o foco, interessa o estudo do processo jurisdicional para o presente trabalho, posto que o litisconsórcio é um instituto regulado pelo direito processual civil e próprio dos conflitos jurídicos de interesse dessa natureza.

testamento por exemplo) -, também estabelecendo uma norma concreta, há processo.” (BELINETTI, Luiz Fernando. **Mandado de segurança coletivo** : perspectiva conceitual e pressupostos de admissibilidade no direito positivo brasileiro. São Paulo : PUC, 1997. p. 43).

⁶⁴ “[...] definido o processo como uma série ordenada de atos de vontade tendentes à produção de um efeito jurídico final, verifica-se não ser este um fenômeno restrito à atividade jurisdicional, mas ocorrente também nas esferas do Legislativo, Executivo e, até, na dos sujeitos privados. Ora, se o direito processual é o conjunto de normas que disciplinam essa série coordenada de atos necessários à criação de novas situações jurídicas e, por outro lado, se o fenômeno não é exclusivo do Judiciário, mas comum ao Legislativo, à Administração e até aos particulares, então temos um direito processual jurisdicional, legislativo, administrativo e até um direito processual negocial. E como todos esses ramos do direito processual apresentam um núcleo comum, que é o fato de todos eles constituírem a disciplina normativa dessa seqüência ordenada de atos de vontade que se faz necessária à produção de um efeito jurídico final, e que chamamos de *processo*, então, podemos falar em um direito processual geral, definido como sendo o conjunto de normas que disciplinam essa seqüência ordenada de atos voltados à produção de um efeito jurídico final, ou, mais resumidamente, como o conjunto de normas disciplinadoras do fenômeno processo.” (ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 7ª ed. São Paulo : Atlas, 2003. p. 35).

Para fixar a importância do processo jurisdicional civil, é importante lembrar-se que as pessoas que vivem em sociedade nem sempre realizam suas condutas e suas relações de acordo com o Direito estabelecido, preferindo não observar as normas e sujeitar-se às sanções por ele determinadas.

Há casos em que os indivíduos, sem quererem desrespeitar o Direito, acabam, até mesmo por omissão, causando prejuízos a outrem.

Quando ocorre a inobservância das normas, surge o conflito jurídico de interesses e, como consequência, a necessidade de pacificação social de maneira que o sistema social mantenha-se equilibrado.

Essa pacificação não cabe aos particulares, pois não se admite a justiça de mão própria, também conhecida por justiça privada.⁶⁵

Tal tarefa pacificadora é dirigida pelo Estado, que a exerce por intermédio da Jurisdição, que é o poder estatal de dizer o Direito no caso concreto, solucionando os conflitos jurídicos de interesses e efetivamente trazendo paz à sociedade.

O exercício da jurisdição se dá por meio do processo⁶⁶, que é o instrumento que o Estado coloca à disposição das pessoas, a fim de que possam buscar a solução dos conflitos de interesses e, portanto, fazer valer o Direito, que, um dia, foi violado ou não observado; ou, ainda, ver pacificada pelo Judiciário uma

⁶⁵ Os indivíduos, em raras situações, estão autorizados pela lei a proteger seus interesses mediante a justiça privada, por exemplo, na legítima defesa da posse.

⁶⁶ Lembra-se que a palavra processo, nesse ponto, tem um sentido estrito, visto somente pelo ângulo da atividade jurisdicional. Entretanto, como salientado no ponto anterior, o processo é mecanismo presente em outras órbitas estatais, numa concepção mais ampla de processo.

situação que lhe causa angústia ou infelicidade.⁶⁷

Nesse plano, o processo jurisdicional é regulado por um conjunto de normas, que, de igual forma, compõem o ordenamento jurídico, chamado de direito processual, como alhures salientado.

O direito processual é

“o conjunto das normas jurídicas que dispõem sobre a constituição dos órgãos jurisdicionais e sua competência, disciplinando essa realidade que chamamos processo, e que consiste numa série coordenada de atos de vontade tendentes à produção de um efeito jurídico final, que, no caso do processo jurisdicional, é a decisão e sua eventual execução.”⁶⁸

O direito processual vem, portanto, regulamentar um outro tipo de relação jurídica entre indivíduos, mais precisamente aquela que se estabelece entre aquele detentor do direito e que pede a tutela jurisdicional (autor), o promovedor da tutela jurisdicional (Estado-juiz) e contra aquele que deveria ter cumprido o direito ou obrigação (réu).

Da mesma forma regula o modo como os atos processuais serão praticados, que é o procedimento.

Na doutrina nacional, Cândido Rangel Dinamarco contribui para uma definição de processo civil da seguinte forma:

Como método do trabalho, processo é uma série de atos interligados e coordenados ao objetivo de produzir a tutela jurisdicional justa, a serem realizados no exercício de poderes ou faculdades ou em cumprimento a deveres ou ônus. Os atos interligados, em seu conjunto, são o procedimento. O conjunto de situações jurídicas ativas e passivas que autorizam ou exigem a realização dos atos é a

⁶⁷ É importante lembrar que, em algumas situações, as pessoas têm interesse na tutela jurisdicional, para tão somente declarar que uma determinada relação jurídica, que não mais existe, por exemplo, um comprador de um bem móvel que perdeu o recibo de pagamento e, sentindo medo de que, eventualmente, venha ser acionado pelo vendedor, pode mover uma ação, no intuito de que o Estado-juiz profira uma declaração sobre a extinção da obrigação oriunda do negócio jurídico.

⁶⁸ ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria...**, p. 34.

relação jurídica processual (poderes, faculdades, deveres e ônus). E o processo, no modelo traçado pela Constituição e pela lei, é uma entidade complexa, integrada por esses dois elementos associados – procedimento e relação jurídica processual.⁶⁹

Nesse diapasão, o processo civil pode ser definido como um instrumento ou meio utilizado pela jurisdição civil (não-penal) para a solução dos casos concretos que envolvam conflitos jurídicos de interesse de natureza civil, materializado pelo procedimento e animado pela relação jurídica processual.⁷⁰

4.2 Processo e procedimento

Analisando a concepção de processo, percebe-se tratar-se de um mecanismo que revela grande importância para a realização do Estado Democrático de Direito. Todavia, como esse processo se materializa no mundo fático?

⁶⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol II. São Paulo : Malheiros, 2001. p. 23-26.

⁷⁰ Não é escopo desse trabalho elencar todos os conceitos de processo civil, mas alguns merecem destaque. Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo sustentam “ [...]o processo civil é um método para a solução de conflitos, e mais precisamente é o método institucional para resolver controvérsias.[...] Entre os métodos institucionais, e regulados pelo direito, para a resolução dos conflitos, o processo civil é aquele entre os muitos modos o mais importante. Se pode antes dizer que o processo seja o verdadeiro e próprio método institucional para a solução dos conflitos, porque esse é para o ordenamento jurídico o instrumento que tipicamente cumpre a esta função.” (COMOGLIO, Luigi Paolo. et. al. **Lezioni sul processo civile**. 2ª ed. Bologna : Il Mulino, 1998. p. 11-14). Para Jaime Guasp o processo civil: “É a instituição jurídica que tem por objeto a satisfação pública de pretensões, quando estas pretensões, pela matéria que sobre as mesmas recaem, afetam ao ordenamento jurídico privado. [...] Em atenção a sua natureza, o processo civil não deve qualificar-se como contrato nem como quasecontrato, nem como relação jurídica ou mera situação, senão como uma verdadeira instituição de direito na qual, a idéia comum de satisfação pública de uma pretensão civil, aparecem aderidas às vontades particulares dos diversos sujeitos processuais.” (GUASP, Jaime. **Derecho procesal civil**. Tomo I. 3ª ed. Madrid : Instituto de Estudios Políticos, 1.968. p. 28-29). Para Enrico Tullio Liebman: “[...] Em particular, processo civil é aquele que se faz para o desenvolvimento da função jurisdicional em matéria civil. O sujeito que “procede” e que pronuncia o ato final é o órgão jurisdicional mas para o processo colaboram necessariamente também as partes, às quais competem alguns atos que são essenciais e indispensáveis, a começar pela demanda,

A resposta a tal questionamento pode ser obtida por meio da leitura dos artigos 158⁷¹ e 162⁷² do CPC. Estes dispositivos revelam os atos processuais que podem ser praticados tanto pelos sujeitos parciais do processo (autor, réu, litisconsortes, assistentes etc.) quanto pelo sujeito imparcial (juiz).

Os atos processuais nada mais são do que o resultado (exteriorização) de uma emanção de vontades desses sujeitos.

O conjunto desses atos processuais, praticados em sucessão e de forma lógica, isto é, de maneira que um esteja intimamente ligado ao outro de modo coordenado, configura o chamado *procedimento*.

O procedimento é a porção concreta e visível do processo. É o ritual a ser observado, para a obtenção da finalidade maior do processo, que é a tutela jurisdicional.

Enrico Tullio Liebman, ao tratar da disciplina legal do processo, leciona que

Na disciplina legal do processo dois são os perfis que requerem maior relevo, como aqueles que dão ao processo uma precisa configuração jurídica, permitindo de reduzir à uma unidade os vários elementos que em qualquer caso concreto concorrem para constituirlo; tais são a relação existente entre os seus atos e aquela que se estabelece entre os seus sujeitos. Do primeiro ponto de vista, se mostra relevante que os atos de um processo são coligados entre eles como elementos de um todo, como as partes de uma unidade

que é o ato inicial, do qual o processo necessita para iniciar.” (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile**. 5ª ed. Milano : Giuffrè, 1992. p. 31.)

⁷¹ **Art. 158 do CPC.** Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais. **Parágrafo único.** A desistência da ação só produzirá efeito depois de homologada por sentença.

⁷² **Art. 162 do CPC.** Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

§1º. Sentença é ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa.

§2º. Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente.

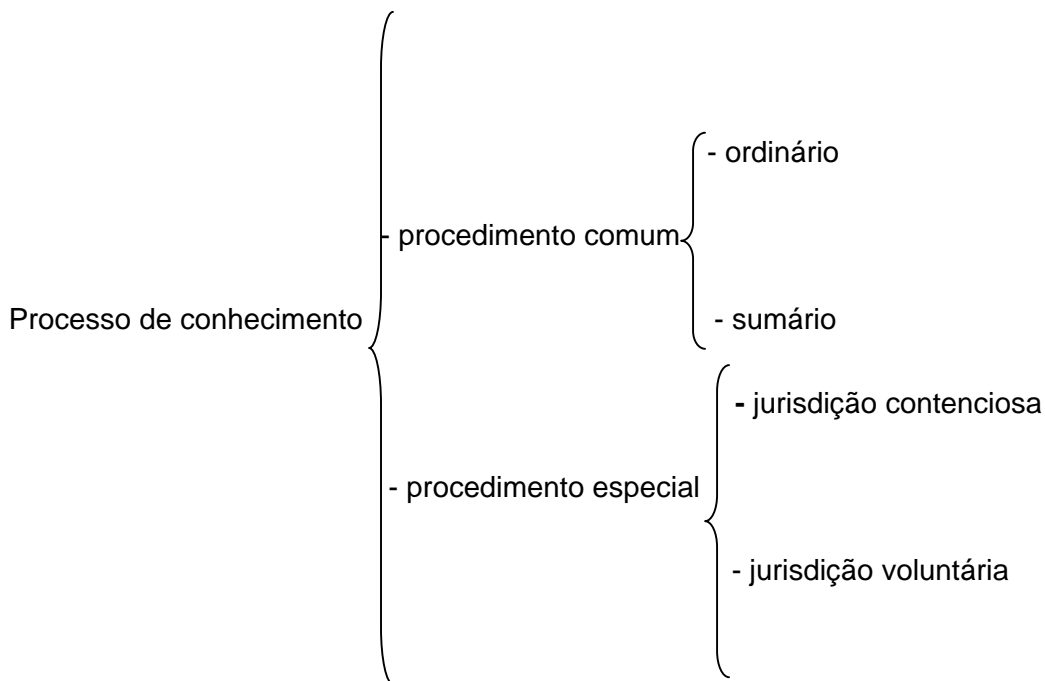
§3º. São despachos todos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma.

§4º. Os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessário.

que se desenvolve no tempo. [...] O conjunto desses atos, na sua sucessão e unidade formal, ganha o nome técnico de *procedimento*.⁷³

O procedimento é previsto legalmente e representa os diversos caminhos a serem tomados pela parte interessada, visando a concretização do processo e da própria tutela jurisdicional.

Para o processo de conhecimento no sistema processual brasileiro, os procedimentos podem ser divididos da seguinte forma:



Cada procedimento representa um caminho diferente a ser observado. Uns, compostos de um maior número de atos (procedimento ordinário) a serem praticados; outros, com um número reduzido (procedimento sumário) ou atos diferenciados (procedimento especial).

A opção por um ou por outro procedimento dependerá da natureza da relação jurídica de direito material, levada a juízo ou, em determinados casos, o

⁷³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale...*, p. 34-35.

valor dado à causa.

Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco comentam a importância dos procedimentos, asseverando que,

A disciplina legislativa das formas do procedimento é a melhor solução, acatada aliás no direito moderno; e o bom resultado do processo depende em grande parte da maneira pela qual o legislador cumpre sua tarefa. A experiência secular demonstrou que as exigências legais quanto à forma devem atender critérios racionais, lembrada sempre a finalidade com que são impostas e evitando-se o culto das formas como se elas fossem um fim si em mesmas.⁷⁴

A lição acima serve de advertência para quem pretende estudar o processo como instrumento de pacificação social, de modo que o procedimento (*rectius*=formalidade) não seja colocado à frente e acima do direito material discutido em juízo, porém, seja o paradigma da legalidade e do devido processo legal.

4.3 Processo e relação jurídica

Tendo sido adotada a concepção de processo como entidade

complexa, torna-se relevante análise da relação jurídica processual.

O litisconsórcio é uma pluralidade de sujeitos, que poderão estar no pólo ativo, passivo ou em ambos os pólos do processo, formando uma relação jurídica plurilateral regulada pelo direito processual.

Com a formação do litisconsórcio, o processo passa a apresentar uma nova feição, com sua disciplina legal é modificada e ganhando algumas peculiaridades, tendo em vista a necessidade de o mesmo amoldar-se à realidade subjetiva plúrima. É só lembrar as disposições normativas dos artigos 10, parágrafo 1º, 191, 320, inciso I, e 509, todos do Código de Processo Civil.

A relação processual concebida num esquema simples (um autor e um réu e o juiz) é transmutada, procurando atender a pluralidade de sujeitos parciais.

Levando-se em conta que o litisconsórcio é um instituto ligado aos legitimados (legitimidade *ad causam*) e que os leva a participarem do processo, as considerações sobre as principais características da relação processual se tornam realmente necessárias, porquanto as conexões existentes entre os sujeitos processuais são percebidas no interior da relação processual.⁷⁵

4.3.1 Conceito de relação processual

⁷⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. et. al. **Teoria geral do processo**. 19ª ed. São Paulo : Malheiros, 2003. p. 322.

⁷⁵ Cândido Rangel Dinamarco, em obra clássica sobre o litisconsórcio, diz que “O litisconsórcio é um fenômeno, como se vê, que se situa basicamente na teoria *do processo*, porque diz respeito aos *sujeitos processuais* e é o modo de ser da relação jurídico-processual que se afeta e apresenta conotações peculiares quando, em vez de um autor e um réu apenas, três ou mais são os sujeitos em liça” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**. 4ª ed., rev, atual e ampliada. São Paulo : Malheiros, 1996. p. 40.)

Quando se fala de relação jurídica processual, lembra-se das várias teorias que tentam explicar a natureza jurídica do processo.⁷⁶

Entre essas teorias, a adotada foi a de que o processo pode ser explicado como sendo uma relação jurídica.

Cumprе lembrar que vários doutrinadores brasileiros e, até mesmo, os estrangeiros utilizam a tese da relação jurídica processual, com o intuito de explicar o processo e sua natureza jurídica.⁷⁷

Em um primeiro momento, é importante anotar que a relação processual está intimamente ligada a uma visão personalista de relação jurídica, em especial pelo caráter bilateral que tem o Direito.

Miguel Reale leciona que a relação jurídica é um dos elementos essenciais da experiência jurídica, sustentando que alguns juristas dizem que a Ciência do Direito ganhou sua maturidade no instante em que Savigny conceituou a relação jurídica.⁷⁸

Para o autor, trata-se de uma espécie de relação social condicionada e constituída por modelos jurídicos instaurados pelo Estado, sendo que,

⁷⁶ O presente estudo não comporta maiores divagações sobre tais teorias, contudo, convém ao menos citá-las: a) teoria do processo como contrato; b) processo como quase-contrato; c) processo como serviço público; d) processo como situação jurídica e e) processo como instituição. Anotações sobre estas teorias podem ser encontradas in ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 8ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 2002. p. 149-165 e CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. et. al. **Teoria geral do processo**. 19ª ed. São Paulo : Malheiros. p. 278-285.

⁷⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. vol II. 1ª ed. São Paulo : Malheiros, 2001. p. 195-219; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. et. al. **Teoria...**, p. 282-285; ARRUDA ALVIM, José Manoel. **Manual de direito processual civil**. vol I. 7ª ed. São Paulo : RT, 2000. p. 510-524; WAMBIER, Luiz Rodrigues. et.al. **Curso avançado de processo civil**. vol I. 5ª Edição. São Paulo : RT, 2.002, p. 158-159 e ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações**. 3ª ed. São Paulo : RT, 1998. p. 37-44. Entre os estrangeiros: LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile**. 5ª Edizione. Milano – Giuffrè Editore. 1.992, p. 34-37.

⁷⁸ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 19ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1.991. p. 209.

Quando uma relação de homem para homem se subsume ao modelo normativo instaurado pelo legislador, essa realidade concreta é reconhecida como sendo relação jurídica.⁷⁹

Todavia, é com Manuel A. Domingues de Andrade que se verifica presente essa concepção personalista no conceito de relação jurídica:

Relação jurídica – stricto sensu – vem a ser unicamente a relação da vida social disciplinada pelo Direito, mediante a atribuição a uma pessoa (em sentido jurídico) de um direito subjectivo e a correspondente imposição a outra pessoa de um dever ou de uma sujeição.⁸⁰

As idéias acima lançadas, em que pese pertencerem à teoria geral do direito, se aplicam, perfeitamente, ao processo. E a história do processo mostra tal fato.

A relação jurídica processual foi sistematizada e melhor estudada por Oskar Von Bülow, especialmente porque na segunda metade do século XIX, tratou de diferencia-la da relação de direito material, utilizando-se dos seguintes critérios: a-) sujeitos (autor, réu e juiz); b-) pressupostos (os pressupostos processuais); e c-) pelo objeto (prestação jurisdicional)⁸¹.

O processualista tedesco acabou por demonstrar que o processo, como mecanismo de solução de conflitos jurídicos de interesses, formava uma relação jurídica diferente daquela que envolve o direito material.

Para tanto, afirmou que, no direito processual, os sujeitos da relação jurídica não podiam ser apenas os litigantes, pois, entre eles, estava o órgão

⁷⁹ REALE, Miguel. **Lições...**, p. 211.

⁸⁰ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica**. vol. I. 1ª ed. Coimbra : Livraria Almedina, 1.997. p. 2.

⁸¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. et. al. **Teoria geral do processo**. 19ª ed. São Paulo : Malheiros, 2003. p. 280.

jurisdicional, capaz de resolver o conflito (*judicium est actum trium personarum, judicis, actoris et rei*).

No mais, conferiu ao processo um caráter público, visto que sua pretensão era desvinculá-lo do direito privado, acompanhando a polêmica sobre a natureza da *actio romana*, que, na época, era travada entre outros dois alemães (Windscheid e Muther) e cujo enfoque pairou na autonomia da ação.

Oskar Von Büllow trouxe, nos seus estudos sobre o processo, que a relação jurídica processual se diferencia da de direito material, pelos pressupostos de cada uma apresenta, e tal fato acabou representando um marco histórico para o processo, dando início à sua fase autonomista, quando, então, tal ramo do direito passou a ser tratado como ciência, contrariando a tese imanentista⁸².

Não se pode perder de vista, inclusive, que a fase instrumentalista do processo, atualmente em desenvolvimento, nada mais é do que fruto daquela fase autonomista.

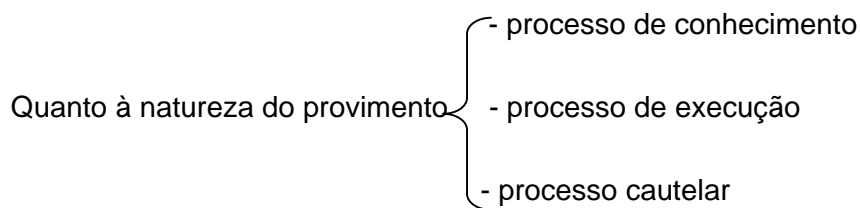
A relação jurídica processual considerada elemento integrante do processo, é um vínculo de situações jurídicas, reguladas pelo direito processual, que ligam o Estado-juiz e os sujeitos parciais (autor, réu e litisconsortes), em observância da garantia constitucional do contraditório. Por outro lado, tais situações cristalizam-se no procedimento, considerado o segundo elemento constituinte do processo.

4.4 Classificação do processo civil brasileiro.

⁸² Cf. anotações sobre linhas evolutivas do direito processual in CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. et. al. **Teoria geral do processo**, p. 42-45.

Também é importante observar que o processo, no âmbito da jurisdição civil, pode ser classificado de diversas formas, dependendo do critério adotado.

A presente pesquisa não comporta maiores questionamentos sobre as classificações do processo civil, contudo pelo menos uma delas haverá de ser considerada, qual seja, aquela que se refere à natureza da atividade jurisdicional a ser desenvolvida e prestada, numa concepção trinária tradicional:



José Carlos Barbosa Moreira esclarece

“O exercício da função jurisdicional visa à formulação e a atuação prática da norma jurídica concreta que deve disciplinar determinada situação. Ao primeiro aspecto dessa atividade (formulação da norma jurídica concreta) corresponde o processo de conhecimento ou de cognição; ao segundo aspecto (atuação prática da norma jurídica concreta), o processo de execução.”⁸³

O processo de tutela cognitiva objetiva constituir uma norma individual concreta, pelo órgão jurisdicional do Estado, em uma situação de conflito de interesses.

A sua função é debelar uma *crise de incerteza* sobre os fatos levados à juízo.

Quer dizer que o juiz será provocado e, após conhecer os fatos e teses jurídicas trazidas pelas partes, bem como as provas e apreciá-las, decidirá, fazendo valer o direito, pondo fim à dúvida sobre quem está com o direito.

O processo de execução é utilizado, com a finalidade de realizar, no mundo fático, a norma concreta estabelecida no processo de conhecimento ou em um título extrajudicial.

É um tipo de processo que visa a debelar um outro tipo de crise, qual seja a do inadimplemento. Será utilizado todas as vezes, portanto, em que aquele que deveria cumprir uma obrigação não o faz de forma espontânea.

O processo cautelar visa a prestar uma tutela jurisdicional, concebida por Donaldo Armelin da seguinte forma:

[...] será ela a tutela jurisdicional prestada *ex officio* ou por provocação das partes sem caráter satisfativo e com a finalidade de assegurar, quanto possível, o equilíbrio entre os litigantes no processo satisfativo e a eficácia da prestação jurisdicional reclamada ou reclamanda.⁸⁴

No mesmo sentido é o posicionamento de Luiz Fernando Belinetti, para quem a tutela prestada no processo cautelar, é[...] aquela que tem por escopo de resguardar uma determinada situação fática ou jurídica, até que o conflito de interesses que a envolve seja resolvido pela norma jurídica concreta, e essa norma seja realizada no mundo das coisas, preservando o resultado útil do processo principal.⁸⁵

⁸³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 22º ed. Rio de Janeiro : Forense, 2.002. p. 3.

⁸⁴ ARMELIN, Donaldo. **A tutela jurisdicional cautelar**. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo, v.1, n. 23, p. 121, jun. 1985.

⁸⁵ BELINETTI, Luiz Fernando. **Mandado de segurança coletivo** : perspectiva conceitual e pressupostos de admissibilidade no direito positivo brasileiro. São Paulo. 1997. p. 73-74. Tese (Doutorado) –Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Pode-se afirmar que o processo cautelar, do mesmo modo que os outros dois tipos de processo, também tem um escopo, ou seja, debelar uma crise de urgência, para evitar um desequilíbrio entre os litigantes, tanto no processo de conhecimento quanto no de execução, a fim de que a tutela jurisdicional a ser prestada nesses processos seja a mais efetiva possível.

4.5 Conceito de parte

O estudo do litisconsórcio exige algumas anotações sobre o conceito de parte.

Basta lembrar que a idéia mais difundida de litisconsórcio é a de que o mesmo é uma pluralidade de partes em uma só relação jurídica processual, para que esteja justificada tal exigência.⁸⁶

Adota-se, como premissa desse ponto, a idéia de que a parte no processo, é diferente da parte que compõe a relação de direito material, ao contrário do que defendiam os civilistas⁸⁷.

⁸⁶ “Quando se fala em pluralidade de partes (*intervenção de terceiros* e *litisconsórcio*, como é cediço em doutrina), entende-se que se trata de sujeitos plúrimos *num processo só*; é um só procedimento que se realiza, uma só relação jurídica processual com três, quatro ou mais sujeitos litigantes – aglutinando-se em dois pólos apenas, ou às vezes em mais, como se verá.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio...**, p. 29).

⁸⁷ Moacyr Amaral Santos leciona que “De ordinário, as partes na relação processual são os sujeitos da relação de direito substancial que nela se controverte, da *res in iudicium deducta*: o autor é o titular do direito, o credor, e o réu é o obrigado, devedor. [...] De ordinário – já se disse -, as partes na relação processual são os sujeitos ativos e passivos da relação de direito substancial que nela se controverte. Não só em razão dessa comum coincidência, como ainda porque viam na ação o próprio direito material a reagir contra a sua ameaça ou violação, os velhos processualistas, que se formavam na chamada corrente civilista, conceituavam as partes como sujeitos da relação

Com a evolução do direito processual, a concepção imanentista foi superada, passando o processo a ser visto como uma relação jurídica diferente da relação de direito material, autônoma e com características próprias. É a fase autonomista e publicista do direito processual.⁸⁸

A publicização do direito processual quebrou paradigmas, conceitos, antes dogmatizados, cederam a uma nova concepção de processo e de relação jurídica.

O conceito de parte sofreu transformação em razão dessa mudança. Giuseppe Chiovenda, por exemplo, foi influenciado por essa nova onda, afirmando que

O conceito de parte entronca-se no conceito do processo e da relação processual: parte 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.⁸⁹

Parafraseando o processualista peninsular, parte é uma idéia que decorre da própria lide, em razão da relação processual e da demanda. Não há necessidade de se buscar tal concepção na relação de direito material.⁹⁰

Enrico Tullio Liebman, que tanto influenciou o processo civil brasileiro, apresenta um conceito diferenciado de parte:

jurídica material deduzida em juízo. Por autor se entendia aquele que pedia o reconhecimento do seu direito, isto é, o credor (em sentido geral); como réu se havia aquele contra quem se pedia esse reconhecimento, isto é, o obrigado. (SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. vol 1. 23ª ed. São Paulo : Saraiva, 2004. p. 345).

⁸⁸ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 8ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 2002. p. 41.

⁸⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. vol II. Tradução de Paolo Capitanio. 2ª ed. Campinas : Bookseller, 2000. p. 278.

⁹⁰ A doutrina moderna italiana prescreve que partes são “[...] os sujeitos que no processo propõem uma demanda ao juiz pedindo-lhe que profira um provimento a seu favor e, por outro lado, os sujeitos que são destinatários dos efeitos do provimento.” (COMOGLIO, Luigi Paolo. et. al. **Lezioni sul processo civile**. 2ª ed. Bologna : Il Mulino, 1.998. p. 287).

[...]são partes do processo os *sujeitos do contraditório instituído perante o juiz*. [...] O ajuizamento da petição inicial, como ato constitutivo do processo, determina também as partes: aquela que pede ao juiz o seu pronunciamento sobre determinado objeto e aquela com relação à qual tal pronunciamento lhe é pedido. Eis, assim, as pessoas que, de um lado, são os sujeitos dos atos de parte e, de outro, destinatários dos efeitos do provimento do juiz [...]. As partes são os sujeitos contrapostos, na dialética do processo perante o juiz, o qual, por definição, é titular de um poder imparcial⁹¹.

Analisando o conjunto de idéias de Liebman, é possível chegar-se à conclusão de que as partes devem ser assim consideradas, somente no momento em que se tem litispendência, ou seja, há a necessidade de que o contraditório esteja instituído, seja pela propositura da demanda, seja pela sucessão da parte originária ou por força de intervenção em um processo pendente.⁹²⁻⁹³

Na doutrina nacional, ressalte-se o posicionamento de Cândido Rangel Dinamarco, adepto do posicionamento de Enrico Tullio Liebman, que concebe partes como “[...] os sujeitos *interessados* da relação processual.”⁹⁴

O processualista complementa o seu posicionamento fazendo a seguinte exposição quanto às partes

São os sujeitos integrados na relação processual e em cujas esferas jurídicas atuará o provimento a ser emitido pelo juiz. Como o conceito de parte envolve a idéia de destinatário dos atos judiciais, ou *sujeitos dos efeitos destes* é relevante associar a noção de parte à presença da pessoa como integrante de uma das posições inerentes à relação

⁹¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. vol I. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. 1ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1984. p. 89.

⁹² “A noção de parte *em sentido substancial*, que seria o sujeito da “lide”ou da relação controvertida (que um setor da doutrina contrapõe à parte *em sentido processual*), é estranha à lei e ao sistema do direito processual. A chamada parte em sentido substancial, quando não coincide com a parte em sentido processual, é apenas *um terceiro*.” (Ibid., p. 90).

⁹³ “Adquire-se a posição de parte: a) por força da propositura da ação; b) por força de *sucessão* na posição da parte originária; c) por força de *intervenção*, voluntária ou coacta, em um processo pendente.” (LIEBMAN, loc. cit.)

⁹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio...**, p. 20.

jurídica processual.⁹⁵

Essa concepção não se coaduna com o que se pretende defender na presente pesquisa, uma vez que Cândido Rangel Dinamarco admite que todo aquele que for integrado à relação processual deverá assumir um dos pólos da relação processual.

Diante das hipóteses que podem surgir quando se trata de litisconsórcio ativo necessário, como, a seguir, se verá, o litisconsorte renitente nem sempre comporá o pólo ativo ou passivo da relação processual, mas será uma parte especial⁹⁶, integrada à esta última.

A posição chiovendiana é a que deve ser adotada, porque se coaduna com o exposto no presente trabalho.

Parte é aquela que pede ou contra quem se pede a prestação de tutela jurisdicional, sendo integrada à relação processual.

⁹⁵ DINAMARCO, loc. cit.

⁹⁶ Remete-se o estudioso para o item 8.3.2.1

4.6 As condições da ação

As condições da ação foram concebidas no bojo da teoria eclética, a qual tem sido adotada pelo CPC em vigor.

O mentor dessa teoria foi Enrico Tullio Liebman, para quem a ação é um direito subjetivo abstrato, conexo a uma pretensão material.

A conexão entre o direito processual e o material é verificada na instrumentalidade ou nos meios denominados condições da ação, que, para o processualista peninsular, são requisitos constitutivos da ação.⁹⁷

São condições da ação: a legitimidade para a causa; o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido, conforme artigos 3º e 267, VI, do CPC.

A ausência de uma das condições da ação acarretaria a carência de ação, como se essa última nunca tivesse existido.⁹⁸

A doutrina pátria tece críticas em relação a esse aspecto da teoria eclética, sendo levantados os seguintes questionamentos:

- a) qual o verdadeiro papel desempenhado pelas condições da ação?
- b) são elementos indispensáveis para a existência da ação ou são requisitos que se referem ao seu julgamento de mérito?

Rodrigo da Cunha Lima Freire enfrenta tal problemática, dizendo

Destarte, as condições da ação não são requisitos para a existência da ação, nem mesmo em sentido puramente processual. São requisitos estabelecidos para o exercício regular da ação, pois, se não preenchidos, impedem a condução do processo ao exame do *meritum causae*.⁹⁹

As condições da ação, ao lado dos pressupostos processuais, são requisitos de admissibilidade para o julgamento de mérito de uma determinada demanda.

O direito de ação encontra-se garantido no artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88. É um direito fundamental, por meio do qual todo e qualquer cidadão não pode ver tolhido o seu acesso ao Judiciário.

Sendo a ação o mecanismo por meio do qual se tem acesso ao Judiciário, é incoerente falar-se que a ausência de uma das condições da ação se reflete sobre a existência da própria ação.

Quando alguém se dirige ao Judiciário, expondo sua pretensão, não importando se juridicamente possível ou não, se presente o interesse processual ou se a parte é legítima, existe ação, independentemente de um julgamento de mérito.

Na verdade, as condições da ação, no ordenamento jurídico brasileiro, não passam de uma opção política, mediante as quais o Judiciário realiza uma filtragem das ações.

⁹⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. 1ª ed. Araras : Bestbook, 2001. p. 105.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 108.

⁹⁹ FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da ação : enfoque sobre o interesse de agir no processo civil brasileiro**. 1ª ed. São Paulo : RT, 2000. p. 49.

Luiz Fernando Belinetti¹⁰⁰ alerta que as condições da ação são condições genéricas para admissibilidade da mesma, pois é possível, em determinadas situações, o direito positivo instituir outros requisitos.

A vinculação ou desvinculação do direito de ação com o direito subjetivo material não é um dado que possa ter uma única solução, posto que esta dependerá da opção que se fizer para cada ordenamento jurídico, relativamente aos direitos das pessoas frente ao órgão jurisdicional, e, mais especificamente, ao tipo de resposta que cabe ao Estado fornecer àqueles que postulam a tutela jurisdicional¹⁰¹.

É bastante cômodo optar-se por uma solução que amenize as tarefas desses órgãos, consistindo numa limitação das demandas que possam ter o mérito conhecido, em razão de não conseguirem êxito.

Importa, igualmente, trazerem-se algumas considerações sobre o conteúdo de cada uma das condições da ação.

Deve-se entender a possibilidade jurídica do pedido, quando o ordenamento jurídico excluir a probabilidade do mesmo, pelo fato de o órgão jurisdicional não ter como apreciar o solicitado pedido da parte¹⁰².

O interesse de agir ou interesse processual pode ser definido, a partir da idéia de que a demanda que está sendo proposta é a única saída para a

¹⁰⁰ BELINETTI, Luiz Fernando. Ação e condições da ação. *Revista de processo*. São Paulo. v. 96, ano 24, p. 260-266, out/dez, 1.999.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 260-266.

¹⁰² MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. 2ª ed. São Paulo : RT, 2003. p. 67.

solução do caso concreto. Em outras palavras, somente com a intervenção estatal é que se obterá a pacificação do conflito jurídico de interesses.

Esse interesse processual é representado por um binômio: **necessidade e adequação**. A tutela jurisdicional é necessária para a solução do conflito, como mencionado. Por outro lado, deve-se provocar o Judiciário por meio do instrumento processual adequado para a situação¹⁰³.

A legitimidade para agir, também conhecida como legitimidade *ad causam*, é a condição da ação intimamente ligada ao litisconsórcio, uma vez que diz respeito àqueles que terão legitimidade, para compor a relação processual.

De acordo com Donaldo Armelin, a legitimidade para agir

[...] é uma qualidade jurídica que se agrega à parte, habilitando-a a ver resolvida no mérito a lide *sub judice*. Essa qualidade emerge de uma situação jurídica legitimante e dá colorido à uma situação processual oriunda, obviamente de um processo existente, ou seja, a situação de parte nesse processo.¹⁰⁴

Do mencionado conceito se extrai a premissa de que qualquer um pode ser parte no processo. Contudo, para que ela seja legítima, deve existir um *plus*, que é a situação legitimante.

Essa situação legitimante nada mais é do que o liame jurídico que existe entre o sujeito e o objeto discutido em juízo. Significa dizer que será a própria lei quem dirá quando o sujeito será parte legítima, para defender, em juízo, seu direito.

¹⁰³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. et. al. **Teoria...**, p. 259.

¹⁰⁴ ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo : RT, 1979. p. 80.

Nesse plano de idéias, é importante mencionar-se que existem dois tipos de legitimidade: uma ordinária (normal) e uma extraordinária (excepcional).

A primeira é caracterizada pela coincidência “entre o titular do direito afirmado em juízo e a figura do autor, bem assim como essa mesma coincidência entre o obrigado e o réu.”¹⁰⁵ A segunda é oriunda de uma autorização legal, para que um terceiro possa, legitimamente, defender, em nome próprio, direito alheio.¹⁰⁶

Para a pesquisa, importa a legitimação ordinária. E Donaldo Armelin enfatiza essa importância.¹⁰⁷⁻¹⁰⁸

Essa legitimidade complexa do litisconsórcio necessário exige, portanto, que todos os co-legitimados estejam em juízo, a fim de que uma sentença de mérito sobre o pedido seja absolutamente viável.

¹⁰⁵ ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade...**, p. 117.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 120-135.

¹⁰⁷ O processualista traz três exemplos de litisconsórcio necessário citados por Enrico Redenti: “[...] a) ações que visem à declaração ou à modificação de uma relação fundamental de *status*, quando este envolva mais de dois sujeitos; b) ações que envolvam a declaração de existência ou modificação judicial de um direito real com pluralidade de titulares; c) ações que objetivem a declaração ou modificação de relação jurídica entre condôminos ou associados. (*Ibid.*, p. 118-119).

¹⁰⁸ “Pode-se, portanto, à luz dos fenômenos jurídicos acima examinados, classificar a legitimidade ordinária, no processo, como legitimidade simples, quando o autor ou o réu têm condições de, validamente, atuar isoladamente no processo, e complexa, quando essa atuação impescinde da colaboração de todos os co-legitimados, tal como sucede nos casos de litisconsórcio necessário simples ou unitário. (*Ibid.*, p. 119.)

5 ASPECTOS FUNDAMENTAIS DO LITISCONSÓRCIO.

5.1 Conceito de litisconsórcio

É muito comum que o processo seja utilizado para dirimir um conflito entre apenas duas pessoas; uma compondo o pólo ativo e outra o pólo passivo, com uma estrutura mínima. Pode ocorrer, entretanto, que em um determinado conflito de interesses, mais de um sujeito componha um ou outro pólo da demanda ou ambos os pólos.

Cândido Rangel Dinamarco assevera

No contexto da categoria mais ampla, representada pela pluralidade de partes, fácil é entender o litisconsórcio como a situação caracterizada pela coexistência de duas ou mais pessoas do lado ativo ou do lado passivo da relação processual, ou em ambas as posições.¹⁰⁹

Por seu turno, Arruda Alvim leciona que

O significado de *pluralidade de partes* é representativo de que, em certos processos, vários litigantes encontram-se num dos pólos da relação jurídica processual, existindo entre eles certo grau de *afinidade*, variável em sua identidade, sob muitos aspectos (v. arts. 46, I/IV, e 47) chegando até a sua identidade (litisconsórcio unitário).¹¹⁰

¹⁰⁹ Dinamarco adverte que “O que caracteriza o litisconsórcio é essa presença simultânea de pessoas que, de alguma forma, adquiriram a qualidade de autores ou de réus no mesmo processo (aquisição da qualidade de parte). (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**...., p. 39.)

Os processualistas acima citados apresentam conceitos clássicos do litisconsórcio. No entanto, não é demais que sejam lembrados outros conceitos, como o de Araken de Assis, que diz

[...] compreende-se o litisconsórcio sob dupla concepção. No plano processual, ele evidencia a pluralidade de partes, quer como autores, quer como réus; e nada adianta, em resumo, tal visão curta. No material, porém, se acha justificado o instituto, seja em face dos vínculos que ligam ações, seja decorrência do tratamento refletido na demanda, eis que ações de alguma homogeneidade nela se veicularam.¹¹¹

Esse posicionamento chama a atenção, porque acaba por realizar uma distinção entre a cumulação de ações (*rectius* = litisconsórcio facultativo) e o litisconsórcio propriamente dito.

Assim, quando houver a simples cumulação de ações, que só ocorre quando os sujeitos deduzem direitos subjetivos autônomos e por uma questão de economia processual, utiliza-se um só processo.

O litisconsórcio se formará quando os laços das ações dos litisconsortes se revelarem de tal índole, que a demanda conjunta se torne conveniente; como se existisse uma única ação.

Muito mais importante do que essa diferenciação, Araken de Assis ressalta que o fenômeno da pluralidade de partes, apesar de ocorrer no âmbito do processo, é no direito material que se encontra o fundamento lógico jurídico do mesmo.

¹¹⁰ ARRUDA ALVIM, José Manoel de. **Manual de direito processo civil**. Vol. 2. 7º ed. São Paulo : RT, 2000. p. 81.

¹¹¹ ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações**. 3º ed. São Paulo : RT, 1998. p. 157-158.

Comungam desse posicionamento Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, bem como José Roberto dos Santos Bedaque.¹¹²⁻¹¹³

Considerando as diversas posições mencionadas e as nuances de cada uma delas, pode-se dizer que o litisconsórcio é um instituto processual que regula a presença de dois ou mais sujeitos, seja no pólo ativo, seja no pólo passivo ou em ambos os pólos, no processo e que ocorrerá facultativamente; ou, ainda, obrigatoriamente, em razão da diversidade de situações de direito material e de nexos entre elas existentes.

¹¹² “As diversas hipóteses em que se verifica o fenômeno da pluralidade de partes refletem a diversidade de situações de direito material e de nexos entre elas existentes. Os elementos do litígio são fundamentais para a configuração da pluralidade de partes. Da mesma forma que para ter legitimidade o sujeito ativo ou passivo precisa integrar a relação substancial afirmada na inicial, a pluralidade de partes depende diretamente da situação legitimante, isto é, da situação de direito material. É no plano da relação jurídica substancial que se verifica se a pluralidade de partes pode ou deve ocorrer; também é o direito material que determina qual a espécie de pluralidade (litisconsórcio e as cinco formas de intervenção de terceiros: assistência, oposição, nomeação à autoria, denunciação da lide e chamamento ao processo)” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: Influência do direito material sobre o processo.** 3º ed. São Paulo : Malheiros, 2003. p. 107-108.)

¹¹³ “Comumente, tende-se a definir o litisconsórcio como a presença de mais de um sujeito, em um dos pólos da relação processual. Porém, é preciso distinguir o litisconsórcio da cumulação subjetiva. Da qual aquele é apenas uma das espécies. Em verdade, ocorrerá cumulação subjetiva no processo quando se tiver, em um dos pólos da relação jurídica processual (mais de um autor ou mais de um réu). Para que essa cumulação possa caracterizar-se como litisconsórcio, é preciso que tal multiplicidade de sujeitos vincule os sujeitos componentes do pólo de alguma forma, através de certa afinidade entre eles. Assim, não seria possível considerar como litisconsórcio a ação de consignação em pagamento proposta por “A”, em face de dois supostos credores da dívida, fundada na dúvida sobre qual deles deverá legitimamente receber o crédito (arts. 895 e 898 do CPC); como parece ser evidente, nessa ação, os dois sujeitos passivos da demanda (que figuram como réus da ação) não tem afinidades entre si, possuindo “pretensões” antagônicas relativamente ao crédito, visando, cada qual, a excluir a “pretensão” do outro sobre o valor. Já, por outro lado, seria sim hipótese típica de litisconsórcio a situação em que se propusesse uma ação de cobrança em face de dois devedores, relativamente à obrigação assumida por ambos.” (MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. al **Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento.** São Paulo : RT, 2001. p. 172/173.)

5.2 O litisconsórcio no Direito Estrangeiro

Esse tópico ganha relevância a partir do momento em que a doutrina estabelece que o legislador brasileiro buscou no direito estrangeiro, a construção do instituto do litisconsórcio, em especial no direito alemão e no direito italiano.

5.2.1 Litisconsórcio no Direito Alemão

Na *Zivilprozessordnung* de 1877, que pode ser chamada de Código de Processo Civil Alemão, o litisconsórcio vinha assim disposto:

§61. Sempre que outra coisa não resultar das prescrições do direito civil ou desta lei, os litisconsortes situam-se em face da parte contrária como litigantes isolados, de maneira que os atos de um deles não causam vantagem nem prejuízo aos restantes.”

§62. (1) 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, considerar-se-ão representados pelos atuantes os litisconsortes que houverem deixado de comparecer a alguma audiência ou perdido algum prazo.

(2) Os litisconsortes omissos serão também chamados aos atos posteriores do processo. ¹¹⁴

Sobre o litisconsórcio, Leo Rosenberg, doutrinador alemão, lecionou que

¹¹⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Litisconsórcio unitário**. Rio de Janeiro : Forense, 1972. p. 237.

1. Existe acumulação subjetiva de demandas ou litisconsórcio (*litis consortium*), quando em um processo se apresentam várias pessoas reunidas no mesmo papel de parte, seja como autores (chamado litisconsórcio ativo) ou como demandados (*passivo*). As pessoas que se apresentam no processo no mesmo pólo são denominados *litisconsortes*.¹¹⁵

Arremata o referido processualista da seguinte forma:

2. O litisconsórcio nasce: a) de modo regular, mediante a chamada demanda comum (§ 59, 60 e 64). Pressupostos de admissibilidade: a) quando os litisconsortes se encontram em (pretendido) estado de *comunidade jurídica* em respeito ao objeto litigioso; b) quando os litisconsortes, de acordo com as afirmações da demanda, tenham um direito ou se encontrem obrigados pela mesma causa de fato e jurídica; c) quando sejam da mesma classe as pretensões dos litisconsortes ou entre eles e, de acordo com as afirmações da demanda, se baseiam em causas de fato e direito equivalentes.¹¹⁶

Da citação acima, alguns termos chamam a atenção, tais como: a) *comunidade jurídica*, com relação a determinado objeto, para designar um dos pressupostos de admissibilidade do litisconsórcio; e b) litisconsórcio especial, para designar o litisconsórcio necessário, tendo em vista apresentar hipóteses de pouca ocorrência.

José Carlos Barbosa Moreira menciona que prevalece, no direito processual tedesco, o princípio da independência dos litisconsortes .

Ressalta que, na primeira alínea do § 62 do Código de Processo Civil alemão (ZPO), o legislador alemão previu, para os casos em que a relação litigiosa só uniformemente puder ser decidida em face de todos os litisconsortes ou se o litisconsórcio for, por outra razão, necessário, que serão considerados representados pelos atuantes os litisconsortes que houverem deixado de

¹¹⁵ ROSENBERG, Leo. **Tratado de derecho procesal civil**. Tomo II. Buenos Aires : Europa-America, p. 97.

¹¹⁶ ROSENBERG, Leo. **Tratado de derecho processal**, p. 97-98.

comparecer a alguma audiência ou perdido algum prazo.¹¹⁷

Com essa exceção à regra, o sistema alemão acabou, também, por adotar o princípio da interdependência dos litisconsortes.

5.2.2 Litisconsórcio no Direito Italiano

Lembre-se, ainda, do direito italiano, que influenciou a construção de vários institutos processuais do sistema brasileiro. Para o tema, interessam os artigos 102 e 103 do *codice di procedura civile*. Veja-se:

Art. 102. – (litisconsórcio necessário)

1. Se a decisão não puder ser proferida senão em face a várias partes, estes deverão acionar ou serem acionados no mesmo processo.

2. Se o processo é promovido sem que estas partes acionem ou sejam acionadas, o juiz ordenará a integração do contraditório em um prazo peremptório por ele estabelecido.

Art. 103. – (litisconsórcio facultativo)

1. Várias partes podem agir ou serem acionadas no mesmo processo, quando entre as causas que são propostas existe conexão pelo objeto ou pelo título do qual dependem, ou quando a decisão depende, totalmente ou parcialmente, da resolução de idênticas questões.

Como se percebe, o legislador italiano se preocupou em estabelecer uma simples classificação, cujo critério é o da necessidade ou não, ou seja, ou o litisconsórcio é necessário ou é facultativo¹¹⁸.

Luigi Montessano e Giovanni Arieta fazem a seguinte menção sobre o litisconsórcio necessário no direito processual italiano

¹¹⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Litisconsórcio unitário**, p. 18/19.

¹¹⁸ BERRI, Mario. **Novissimo digesto italiano**, tomo IX, 3ª ed. Torino : UTET, 1957. p. 968-972.

“Quando a pluralidade (inicial) das partes no mesmo processo é imposta pela lei se está na presença do litisconsórcio necessário. O art. 102 c.p.c enuncia o princípio segundo o qual “se a decisão não puder ser pronunciada se não em confronto de várias partes” estes deverão agir ou ser demandados no mesmo processo: a presença de vários autores (litisconsórcio necessário ativo) ou de vários réus (litisconsórcio necessário passivo) ou de vários autores e de vários réus (litisconsórcio necessário misto) e, portanto, necessariamente exigida pela lei no momento da instauração do processo e, por esta razão, dá origem a um fenômeno de litisconsórcio originário.”¹¹⁹

Cândido Rangel Dinamarco ressalta que no sistema italiano há a possibilidade da intervenção *jussu judicis*, poder que o juiz tem, *ex officio*, de determinar a citação de qualquer parte para compor, em litisconsórcio, um dos pólos da demanda, quando se tratar de hipóteses de necessariedade.¹²⁰⁻¹²¹

5.3 Litisconsórcio no Direito Brasileiro

A história de um direito processual unificado no Brasil é bastante recente. Mais precisamente começou em 1.939, com o surgimento do primeiro código de processo civil brasileiro.

O litisconsórcio foi regulado no título VIII, capítulo II, artigos de 88 a

¹¹⁹ MONTESSANO, Luigi. et.al. **Diritto processuale civile**. Torino : Giappichelli, 1996. p. 244.

¹²⁰ “No direito positivo italiano existe também a necessariedade do litisconsórcio, derivante de uma iniciativa do próprio juiz: nos termos do art. 107 do seu código, pode este, por razões de oportunidade (“quando ritiene opportuno che il processo si svolga in confronto di un terzo al qual ela causa è comune”), determinar a integração de alguma pessoa na relação processual, “com a implícita advertência de que... não está disposto a decidir a causa enquanto este não tiver sido chamado”. “Em seguida à ordem de intervenção, o terceiro torna-se parte e litisconsorte necessário”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**, p. 113/114)

¹²¹ Sobre o litisconsórcio necessário no direito italiano, cf. PISANI, Andrea Proto. Appunti sul litisconsorzio e sugli interventi. *Rivista di diritto processuale civile*. Padova, v. XLIV, n. 4, p. 352-381, 1994; TOMEL,

92 de mencionado *codex*. O artigo 88 trazia as espécies de litisconsórcio

Pontes de Miranda que lecionava, dizendo ser o litisconsórcio uma cumulação subjetiva, comentando o artigo 88, dizia

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.¹²²

Luiz Machado Guimarães, em célebre estudo a respeito do artigo 88 do CPC, de 39, escreveu sobre as três figuras do litisconsórcio, dizendo

Nas concisas e esmeradas proposições transcritas, moldou-se o texto do art. 88, 1º parte, do Código de Processo Civil. As fórmulas “comunhão de interesses” (*rectius*: “de interesse”, pois de um só interesse se trata, comum aos vários consortes), “conexão de causas” e “afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito” foram aproveitadas para definir três figuras distintas, ou três espécies do gênero litisconsórcio.¹²³

O artigo 89 mencionava: “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.”

Tratava-se do regime jurídico que deveria ser observado entre os litisconsortes, não unitários obviamente, pois conforme mencionava o próprio artigo, *ab initio*, salvo disposição em contrário.

Os artigos 90 e 91 traziam disposições em contrário para os

Giovanni. Alcuni rilievi in tema di litisconsorzio necessário. *Rivista di diritto processuale civile*. Padova, v. XXXV, n. 4, p. 669-721, out./dic. 1980.

¹²² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**. Tomo II. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 97.

¹²³ GUIMARÃES, Luiz Machado. **As três figuras do litisconsórcio**. In: GUIMARÃES, Luiz Machado. **Estudos de direito processual civil**. Rio de Janeiro : Jurídica e Universitária, 1955. p. 201.

litisconsórcios necessário e unitário.

No artigo 90, o legislador trouxe a figura do litisconsórcio unitário: “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. Os litisconsortes revéis poderão intervir nos atos ulteriores, independentemente de nova citação.”

Ainda cumpre mencionar-se o artigo 91, o qual, fazendo menção ao Direito Italiano, acabou por consagrar a possibilidade da integração da contestação: “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.”

Complementando a menção ao direito anterior, os artigos 92, 93 e 94, que completavam o conjunto de regras sobre o litisconsórcio, versavam, respectivamente, sobre a incoação processual pelos litisconsortes. E, mais, a respeito da promoção dos atos processuais pelos litisconsortes, da equiparação do assistente como litisconsorte e, finalmente, do desmembramento de processos (proibição de desmembramento de processos, se a eficácia da sentença dependesse da presença de todos os autores ou de todos os réus.

É importante relembrar-se uma nota de Pontes de Miranda quanto ao sistema que, na época, estava em vigor:

O intérprete do Código há de ter muito cuidado no explicitar o conteúdo dos artigos 88-93. Na técnica legislativa, que seguiu as pegadas de leis estrangeiras adiantadas, usou o legislador de categorias lógicas, pelas quais pudesse *captar* a variedade – difícil, se não impossível de captar-se – da pluralidade subjetiva dosada da mesma *sorte* ou de *sorte* semelhante. Para quem aplique as regras

dos arts. 88-93 sem lhes conhecer as fontes, e, depois, a significação, o Código parece abstruso e incoerente. Na verdade não o é.¹²⁴

Como se percebe, o estudo do instituto do litisconsórcio sempre causou grandes polêmicas, em razão de interpretações equivocadas da própria lei, a respeito das quais o mestre processualista demonstra sua preocupação com a interpretação no que dizia respeito à sorte dos litisconsortes.

Com um espírito inovador e transformador, foi promulgada a Lei Federal n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1.973, que trouxe o novo Código de Processo Civil, sob os cuidados de Alfredo Buzaid.

O litisconsórcio passou por algumas modificações na nova legislação, sendo que foram abandonadas algumas figuras previstas no C.P.C anterior, tais como o litisconsórcio recusável e a integração da contestação.

Dentro do livro do processo de conhecimento, no título II, referente às partes e aos procuradores, o legislador trouxe o capítulo V com a denominação “Do litisconsórcio e da assistência”, sendo que nos artigos 46 a 49 disciplinou a pluralidade de partes.

Contudo, tratou do assunto em outros artigos, tais como: 54, 191, 472, 509, 942, entre outros.

¹²⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**. Tomo II. 2º ed. Rio de Janeiro : Forense, 1958. p. 97-98.

5.4 Princípios informativos do litisconsórcio

Os princípios basilares que sustentam o litisconsórcio são a economia processual e a certeza jurídica, sendo que este último pode ser traduzido como princípio da harmonia de julgados¹²⁵.

O legislador, ao pensar e escrever sobre os artigos que regulam a matéria no CPC, teve a intenção de fazer valer tais princípios¹²⁶, de maneira a demonstrar a importância do litisconsórcio para o processo civil, e de modo especial, a tirar o máximo proveito possível da atividade processual.

Guilherme Estellita leciona que o litisconsórcio é um dos institutos do direito processual, do qual é possível verificar-se, com mais intensidade, a presença do princípio da economia processual

Toda a considerável soma de atividades que se impõe aos diversos componentes do aparelho judiciário (órgãos julgadores e seus auxiliares, partes, advogados, testemunhas, etc), toda a série de despesas que essa atividade acarreta, tudo isso deve ser aproveitado no máximo. Daí a idéia de reunir-se, num único processo, as demandas que por aproximação ou semelhança apresentem elementos comuns, cuja apuração e decisão possa ser

¹²⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**, p. 83.

¹²⁶ “O artigo 46 do Código de Processo Civil, que é a abertura legislativa para a admissibilidade do litisconsórcio no direito brasileiro, constitui o resultado de nossa própria experiência, enriquecida pela observação de prestigiosos modelos legais estrangeiros (*cf. Infra*, nn.38-40): ele permite o cúmulo subjetivo em casos nos quais reconhecidamente existe um nexo tal entre as situações jurídicas de diversas pessoas, que a realização de um só processo será apta a cumprir os dois objetivos, acima lembrados, de economia e harmonia de julgados.” (Ibid., p. 83).

obtida mediante o dispêndio de uma única atividade judiciária.¹²⁷

Se o resultado pretendido pelos interessados pode ser obtido mediante um só processo, com a formação do litisconsórcio, ganhar-se-á tempo e dinheiro, tão perseguidos hodiernamente.

A certeza jurídica é outro fator que envolve a atividade litisconsorcial, porquanto, sendo movimentado um só processo, por um conjunto de pessoas ligadas pelo mesmo interesse, será quase nula a possibilidade de existirem sentenças conflitantes.

Cândido Rangel Dinamarco, tratando desse tema, menciona que

A harmonia dos julgados representa a conveniência de evitar o conflito entre sentenças, risco que acompanha (teoricamente, mais do que na prática) a pronúncia de duas delas, ou mais, em processos separados, sobre pretensões que assentam no mesmo fundamento, ou em fundamentos análogos.¹²⁸

Os posicionamentos anunciados revelam que o fenômeno litisconsorcial apresenta um amparo lógico que reforça a sua utilidade prática, de maneira a justificar não só a facultatividade de sua formação como também a sua necessidade e unitariedade.

¹²⁷ ESTELLITA, Guilherme. **Do litisconsórcio no direito brasileiro**. Rio de Janeiro : Oficina Gráfica da Universidade do Brasil, 1955. p. 19.

¹²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**, p. 61.

5.5 O litisconsórcio necessário no processo de conhecimento

No início do século XX, Giuseppe Chiovenda¹²⁹ publicou um ensaio sobre o litisconsórcio necessário, no qual, além de estudar esse tipo de litisconsórcio na lei e na doutrina alemã, bem como na doutrina italiana, tratou de expor suas idéias sobre a incidência nos diversos tipos de processo de conhecimento, defendendo que o litisconsórcio necessário se restringe às ações constitutivas e aos casos expressamente estabelecidos pela lei¹³⁰.

Ao sistematizar o estudo sobre o litisconsórcio necessário acabou por estabelecer situações reguladas pela lei, e não reguladas pela mesma, sempre tendo em vista que a necessidade litisconsorcial estará presente no momento da propositura da demanda ou em razão de tramitação e decisão uniformes, nos casos de reunião de processos.¹³¹

Explicitando o posicionamento do processualista peninsular, é importante anotar-se que o mesmo defende, em especial para as ações constitutivas, a tese dos direitos potestativos, ou seja, todas as vezes que o indivíduo pretender a produção de um efeito jurídico por intermédio de uma decisão

¹²⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Sul litisconsorzio necessário**. In: CHIOVENDA, Giuseppe. **Saggi di diritto processuale civile**. vol II. Milano : Giuffrè, 1.993. p. 427 et. seq.

¹³⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. **Princípios de derecho processal civil**. Tradução de Jose Casais y Santaló. Tomo II. Madrid : Instituto Editorial Réus, 1977. p. 645-651.

¹³¹ Chiovenda afirma que: “A necessidade pode referir-se a dois momentos diferentes (isto é, a um só deles ou a aos dois ao mesmo tempo): 1º A *propositura* mesma da demanda. Há demandas que não podem ser propostas a não ser ao mesmo tempo por vários ou contra vários, de tal maneira que se a demanda for proposta por um só ou contra um só, a sentença deve declara-la improponível.[...] 2º A *tramitação e decisão*. Há demandas que podem ser *propostas* por um só dos vários que teriam direito de propô-las. Mas se *vários entre estes as propõem*, as diversas demandas devem ser processadas e decididas ao mesmo tempo e *uniformemente*. Isto ocorre quando um direito de impugnação corresponde a várias pessoas: cada uma pode litigar por conta própria; por exemplo, cada sócio pode reclamar contra o balancete da sociedade; mas se vários propõem demandas, o juízo é necessariamente único (“as reclamações *devem* ser reunidas e decididas em juízo único”).” (Ibid.,p. 644-645).

judicial, terá ele um *poder* (*rectius*=potestade) ou faculdade de agir, independentemente da vontade de outrem.

Basta uma manifestação do titular do direito, para influir sobre a condição jurídica de terceiro, sem que este concorra com a sua vontade, fazendo cessar um direito existente ou estabelecendo um novo direito.

É liberdade absoluta do sujeito utilizar-se de uma ação para a criação, modificação ou extinção de um direito, sem qualquer participação de vontade de outrem, caracterizando-se, nesse caso, a legitimidade ativo-singular.

6 ESPÉCIES DE LITISCONSÓRCIO

Firmadas as características principais sobre o instituto do litisconsórcio, como gênero de pluralidade de partes, é de crucial importância tratar-se das espécies desse fenômeno processual.

6.1 Litisconsórcio ativo, passivo e misto

A primeira classificação do litisconsórcio é aquela que diz respeito ao pólo, na relação processual, em que os litisconsortes se associam.

Será ativo o litisconsórcio entre vários autores¹³². Passivo, se ocorrer entre vários réus¹³³; e misto ou recíproco, se a pluralidade de partes ocorrer em ambos os pólos da relação processual¹³⁴.

6.2 Litisconsórcio inicial e ulterior

Essas espécies dizem respeito ao momento de formação do litisconsórcio.

Será inicial todo litisconsórcio que se formar desde a propositura da

¹³² É o caso em que marido e mulher propõem uma determinada ação possessória, com a finalidade de recuperar a posse da coisa tomada por alguém.

¹³³ Caso em que os cônjuges fossem demandados nessa mesma ação possessória.

¹³⁴ Como exemplo pode-se citar o caso de uma demanda indenizatória entre várias vítimas e os proprietários dos veículos provocadores do evento danoso.

demanda, seja esta proposta por vários autores ou requerida a citação de vários réus.

Configura-se o litisconsórcio ulterior quando se forma após a propositura da demanda, seja por iniciativa das partes (chamamento ao processo, por exemplo) ou por determinação judicial, no caso de integração do litisconsorte necessário, por força do art. 47 do CPC.

6.3 Litisconsórcio facultativo - o artigo 46 do CPC

O artigo 46 do Código de Processo Civil é tratado pela maioria dos doutrinadores como sendo aquele que regula as hipóteses de litisconsórcio ativo, passivo e misto facultativo, tendo em vista o que diz o texto legal: “Duas ou mais pessoas *podem* litigar...”. A questão se resume no verbo empregado no artigo.

Ovídio Araújo Baptista da Silva, criticando essa posição, defende a idéia de que o referido artigo traz casos tanto de litisconsórcio facultativo quanto de litisconsórcio necessário, dizendo que “Basta ter presente que seu inc. I se refere ao litisconsórcio fundado na comunhão de direitos ou de obrigações, que é a fonte natural do *litisconsórcio necessário*.”¹³⁵.

Este também é o posicionamento de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, que fazem a seguinte afirmação:

”Nos termos do que prevê o Código de Processo Civil brasileiro, para

¹³⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Comentários ao código de processo civil**. Vol 1. São Paulo : RT, 2.000. p. 195.

que possa ser formado o litisconsórcio, em qualquer de suas modalidades e sob qualquer de suas classificações, é preciso que, ao menos, se faça presente uma das hipóteses descritas no artigo 46 do CPC.”¹³⁶.

Dessa maneira, o referido dispositivo é o responsável por elencar as hipóteses de formação do litisconsórcio, sejam elas do facultativo ou do necessário. Entretanto esse dispositivo não pode ser encarado como fonte exclusiva do facultativo.

A doutrina entende que o rol do art. 46 é *numerus clausus*, ou seja, é um elenco taxativo. As hipóteses que autorizam a formação de qualquer tipo de litisconsórcio estarão ali descritas.

Esse posicionamento é defendido por Araken de Assis¹³⁷ e Luiz Guilherme Marinoni¹³⁸.

Para uma boa interpretação e utilização do instituto do litisconsórcio, há a necessidade de uma leitura e de um estudo atento do artigo 46 do CPC, como o responsável pela teoria geral do litisconsórcio no sistema processual civil pátrio.

Ressalte-se que a técnica legislativa, empregada para regulamentar a figura do litisconsórcio, deixa, sempre, dúvidas ao operador do direito. Os incisos do mencionado artigo, não são elucidativos; ao contrário, geram variadas interpretações.

Em que pese a insuficiência legislativa, a doutrina revela que o

¹³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENAHRT, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. São Paulo : RT, 2001. p, 176.

¹³⁷ ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações...**, p. 167.

sistema adotado pelo legislador, no CPC de 1973, no artigo 46, é o progressivo.

Ou seja, é possível afirmar-se que existe uma graduação entre os incisos ali previstos, partindo do nº I, até o IV, de maneira que os laços que unem as partes no litisconsórcio baseado no inciso I são absolutamente mais fortes do que aqueles que se encaixam no inciso IV, cujos vínculos são bem mais tênues¹³⁹.

6.3.1 Hipóteses elencadas nos incisos do artigo 46 do CPC

Para uma melhor compreensão dessa espécie litisconsorcial, é curial a observância e análise de cada um dos incisos do artigo 46 do CPC.

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

O instituto do litisconsórcio está intimamente ligado ao direito material. Dessa forma, dependendo do direito ou da relação jurídica material trazida em juízo, configurar-se-á uma ou outra forma de pluralidade de partes.

O inciso nº I do artigo 46 do CPC revela essa ligação estreita. Isso,

¹³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz.. **Manual...**, p. 176.

¹³⁹ “Este progressivo espaçamento dos laços que unem os litisconsortes apresenta expressiva função. Por exemplo, a admissibilidade, em si mesma do fenômeno reclama medidas e pesos provenientes do direito material. Não só os incisos do art. 46, assentados uniformemente sobre o objeto litígio, sugerem a conclusão, embora bastassem por si; o próprio tratamento dos litisconsortes, no processo, indiferente à maior ou à menor proximidade entre eles, no âmbito de cada regime, simples ou especial, comprova que, deste plano, não se retiram os subsídios necessários à elaboração do cabimento. Revelando-se fraco e distante o elo contemplado no art. 46, IV, não podem surpreender certas hipóteses, fortemente contrastantes aos casos de comunhão (inc. I), que, nada obstante, se consente à luz do dispositivo. Essencial a compreensão do ponto à exegese madura da regra.” (ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações...**, p. 168.)

porque a **comunhão** de direitos ou de obrigações ali prevista nada mais é do que aquela que surge do direito material levado a juízo.

O direito material pode revelar situações em que surgem interesses ou obrigações para mais de um sujeito.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart advertem que

Em tais situações, pode (ou deve, conforme se verá adiante) haver a formação do litisconsórcio, sendo este o elo mais estreito que pode ligar duas pessoas em relação ao direito material.¹⁴⁰

Podem ser citados, como exemplos que se encaixam no inciso mencionado: a) casos de solidariedade (arts. de 264 a 285 do CC); b) condomínio (co-propriedade); c) do casamento, entre outros.

Ovídio Araújo Baptista da Silva entende que o referido inciso, além de dar ensejo ao litisconsórcio facultativo, é fonte do litisconsórcio necessário¹⁴¹.

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

É outra situação que está intimamente ligada ao direito material em discussão, contudo mais ampla que a primeira. Enquanto o inciso I fala em comunhão, traduzindo a idéia de comunidade de direitos ou obrigações, o inciso II traduz a idéia de **derivação** de direitos ou obrigações.

A regra do inciso II autoriza o litisconsórcio facultativo não porque as pessoas já estavam ligadas anteriormente, em razão de uma comunidade de direitos, mas em razão de um mesmo fundamento, isto é, de uma mesma causa de

¹⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual...**, p. 176.

¹⁴¹ SILVA, Ovídio Baptista Araújo da. **Comentários ao código de processo civil...**, p. 195.

pedir¹⁴².

O exemplo que pode ser citado, no caso em apreço, é a situação em que duas vítimas vão a juízo demandar, em conjunto, requerendo a condenação do réu, em razão do mesmo acidente envolvendo veículos.

Há uma questão interessante, que envolve o inciso II e o inciso III, dado que alguns doutrinadores entendem que ambos tratam das mesmas hipóteses.

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

Nos termos explicitados pelo legislador, o que levará à formação do litisconsórcio facultativo é a ocorrência hipotética de **conexão de causas**, sendo dispensável a propositura de ações separadas, autorizando-se que as mesmas sejam propostas em um único processo.

Esse é um dos pontos que diferencia essa hipótese daquela prevista no inciso II do artigo 46 do CPC.

Podem ser citados, pelo menos, três exemplos:

a) propositura de uma só demanda, na qual os credores requerem o desfazimento de um negócio jurídico, baseados na fraude contra credores ou simulação;

b) ação em que dois ou mais acionistas impugnem, juntos, a

¹⁴² “Quanto às locuções “fundamento de fato” e “fundamento de direito”, elas só podem referir-se, respectivamente, aos fatos jurídicos, ou causa remota (*retro*, n. 32.2), e aos seus fundamentos, ou causa própria (*retro*, n. 32.3), que compõem a causa de pedir. Não se cogita, naturalmente, do fundamento legal à vista do princípio cediço *iura novit cúria*. Destaca-se, a propósito, que a causa de pedir é elemento composto do amálgama formado a partir do fato e da consequência, o que se afina ao conceito já defendido (*retro*, n. 34).” (ASSIS, Araken. **Cumulação de ações...**, p. 173.)

deliberação tomada em assembléia geral da sociedade anônima; e

c) sócios de uma sociedade mercantil postulem, em demanda conjunta, o reconhecimento da nulidade ou anulação de ato deliberativo de algum órgão social.

Finalmente, importa afirmar-se que a aplicação do inciso III do artigo 46 do CPC será tão boa e efetiva, quanto mais se tiver a exata noção do instituto de conexão de causas, evitando-se as confusões com os demais incisos.

Inciso IV – ocorrer afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito.

É a hipótese em que os laços entre os consortes são os mínimos possíveis e os nexos que autorizam a formação do litisconsórcio são absolutamente tênues.

Enquanto, no inciso I, a causa de formação do litisconsórcio é a **comunhão**, no inciso II, é a **derivação**. Já no inciso III, é a **conexão de causas**. E, no inciso IV, é a **afinidade de questões**.

A afinidade não quer dizer identidade ou comunidade, justificando-se o nexo tênue que liga os litisconsortes nesse caso. É, sem dúvida o mínimo que se exige para a formação do litisconsórcio facultativo. Traduz a idéia de preservação do princípio da economia processual.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart lecionam que,

Obviamente, a existência de um ponto (de fato ou de direito) comum entre as partes, não é suficiente para ensejar o litisconsórcio, quando esse ponto for meramente circunstancial ou secundário; o ponto (ou questão) que autoriza o litisconsórcio é o ponto principal, que sustenta com preponderância a pretensão da parte (ou a defesa do réu). A hipótese em exame diz respeito à situação em que as pretensões (ou defesas) se estabeleçam com base em fatos

idênticos (mas não o mesmo fato, o que ensejaria o litisconsórcio pela hipótese descrita no inc. II do art. 46).¹⁴³

O exemplo que pode ser mencionado, nesse caso, é a demanda proposta por vários funcionários públicos, visando a contestar a cobrança ilegal de uma contribuição previdenciária para o instituto de previdência do Estado ou, ainda, a ação dos contribuintes, para requererem a não cobrança de taxa de iluminação pública ou a desconstituição de um lançamento tributário.

6.3.2 Diferenças entre os incisos II e III do artigo 46 CPC

Cumprе salientar que o inciso II foi inspirado na parte final do §59 do Código de Processo alemão, inclusive no que diz respeito ao conceito ou noção de fundamento e o inciso III foi escrito a partir do artigo 103 do Código de Processo Civil Italiano.

Araken de Assis, comentando a diferença entre os casos, bem como relação ao inciso IV, defende:

Salta aos olhos que uma e outra não se confundem com a afinidade, contemplada no inc. IV, e que corresponde à última parte do art. 103 peninsular, pois esta se contenta com um ponto comum, de fato ou de direito. Em outras palavras, o inc. II pode se constituir numa categoria intermediária, entre a identidade total das causas (inc. IV) e a existência somente de ponto comum, à medida que parece retirar

¹⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual...**, p. 178.

da causa o fundamento de fato ou fundamento de direito, como elementos distintos e capazes, de per si, de ensejar o litisconsórcio.¹⁴⁴⁻¹⁴⁵

Essa interpretação parece bastante acertada, em especial porque, ao que parece, o Código de Processo Civil de 1.973 adotou a teoria de Matteo Pescatore sobre a conexão de causas.

As causas conexas são as que têm alguns elementos da ação em comum e alguns diferentes.¹⁴⁶ Sobre o assunto, adverte Paulo Roberto Gouvêa Medina que

O Código brasileiro, seguindo a teoria de Matteo Pescatore, levou em conta, apenas, o segundo (no essencial) e o último elementos para definir a conexão entre duas ou mais ações, a qual verifica-se, a teor do seu art. 103, “quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir.”¹⁴⁷

Por semelhante razão é que, no inciso III, o legislador pretendeu que o litisconsórcio viesse a ocorrer nas hipóteses de conexão total, ou seja, quando ocorresse a tipificação da conexão. Por outro lado, o inciso II consagrou uma “conexão parcial”.

¹⁴⁴ ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações...**, p. 172.

¹⁴⁵ Em seguida, finaliza a idéia dizendo: Verdadeiro que seja o raciocínio, ter-se-ia a seguinte formulação: 1º) identidade total das causas (conexão); 2º) identidade parcial em virtude da mesmice do fundamento de fato; 3º) identidade parcial em decorrência da mesmice do fundamento de direito; 4º) afinidade, através de ponto comum, tanto de fato quanto de direito. (ASSIS, loc. cit.)

¹⁴⁶ Os elementos da ação seriam: a) as pessoas litigantes (partes); b) título litigioso (causa de pedir); c) a coisa demandada (objeto).

¹⁴⁷ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. A conexão de causas no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, vol 1, n° 109, p. 64, jan./mar. 2003.

6.3.3 Anotações sobre o parágrafo único do artigo 46 do CPC

Em 1994, ocorreram várias mudanças no Código de Processo Civil brasileiro, tais como a introdução do instituto da antecipação da tutela no processo de conhecimento e a previsão de limitação ao litisconsórcio multitudinário, ambos por intermédio da Lei Federal n.º 8.952/94.

A limitação ao litisconsórcio facultativo multitudinário ficou consagrada, da seguinte forma, no C.P.C: “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 a resposta, que recomeça da intimação da decisão.”

Os fundamentos da limitação do número de partes, no litisconsórcio facultativo, podem ocorrer por dois motivos:

- a) comprometimento da rápida solução litígio; ou
- b) o número de litigantes dificultar a defesa.

É uma medida que não traz maiores dúvidas. Entretanto podem ser lançadas duas questões interessantes sobre o tema:

a) o parágrafo único do artigo 46 do CPC está em harmonia com o princípio constitucional do acesso à justiça?

b) se há um grande número de litisconsortes ativos, cem, por exemplo, em um processo e o juiz limita a dez o pólo ativo da relação processual, qual o destino dos outros noventa excluídos?

No tocante à primeira questão, a resposta é positiva. O fato de se prever a possibilidade de limitar-se o litisconsórcio nos casos especificados no artigo, não importa em limitação da propositura de demandas.

O legislador, abandonando o sistema adotado pelo Código de Processo de 1.939 do litisconsórcio recusável, achou por bem adotar a possibilidade de limitação do número de litisconsortes ativos ou passivos em um mesmo processo, em nome do princípio do acesso à justiça, do contraditório e da ampla defesa, igualdade, economia processual, entre outros princípios.

Quanto à segunda, pode-se dizer que a utilização do termo litisconsortes excluídos não é o melhor para o caso, uma vez que pode parecer que houve extinção do processo, sem julgamento do mérito por ilegitimidade de parte, e esse não é o caso em absoluto.

O juiz poderá determinar a separação dos litisconsortes, desmembrando o processo, formando-se novos autos para cada grupo de litisconsortes, os quais ganharão novo número, porém com a mesma petição inicial, contestação e os mesmos advogados¹⁴⁸.

Não haverá a necessidade de redistribuição das ações separadas, mesmo porque a limitação prevista no parágrafo único do art. 46 do CPC não visa à distribuição de serviços, mas, acima de tudo, a promover uma tutela jurisdicional mais rápida e efetiva.

Ainda com relação a essa questão, existem aqueles que entendem que os litisconsortes deveriam ser considerados excluídos, com a extinção do processo sem julgamento do mérito para os mesmos. Entretanto, se o quisessem,

¹⁴⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**, p. 350.

poderiam repropor a ação¹⁴⁹.

Contudo não parece que essa seja a melhor interpretação, tendo em vista acabar-se por ofender o devido processo legal e o princípio da economia.

Caso o processo com um grande número de litisconsortes não cause nenhum prejuízo, ou seja, não comprometa a rápida solução do litígio ou dificulte a defesa, não haverá a necessidade de sua limitação, mesmo porque é vantajoso que, mediante uma só sentença, o juiz solucione vários conflitos individuais, evitando julgamentos conflitantes.

Essa colocação é reforçada pela tendência atual do processo civil, em que o individual vem dando lugar ao coletivo, como lembra Cândido Rangel Dinamarco¹⁵⁰.

6.4 Litisconsórcio necessário e unitário – o artigo 47 do CPC

O legislador pátrio, ao redigir o artigo 47 do CPC, tomou, como base, o §62 do Código de Processo Civil alemão.

Construindo uma redação não técnica e sem tomar os devidos cuidados, acabou por, aparentemente, gerar uma confusão de conceitos entre o litisconsórcio necessário e o unitário.

¹⁴⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. vol 1. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1998. p. 162.

¹⁵⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**, p. 347.

Diante da imprecisão conceitual do legislador, coube à doutrina a árdua tarefa de interpretar o artigo 47, fazendo a devida separação dos litisconsórcios, criando parâmetros definidores, bem como uma classificação diferenciadora.

Em que pese a falta de clareza do legislador, ao elaborar a regra do artigo 47 do CPC, deixando a idéia de que somente existe o litisconsórcio necessário no ordenamento, a doutrina se preocupou com analisar situações práticas, nas quais é possível verificar-se a distinção entre o litisconsórcio necessário e o unitário.

Há quem defenda, como Cândido Rangel Dinamarco, a tese de que CPC de 1973 não pecou ao tratar em um só artigo do litisconsórcio necessário e o unitário¹⁵¹.

No mais, o primeiro fato que deve ser levado em consideração é o de que o litisconsórcio necessário ocorre em razão da obrigatoriedade da participação de mais de uma pessoa, seja no pólo passivo, seja no pólo ativo.

Essa obrigatoriedade decorre de determinação da lei ou de consideração da natureza da causa.

O segundo é o de que o litisconsórcio unitário provém de um outro tipo de obrigatoriedade, isto é, daquela que obriga o juiz a decidir, uniformemente, a demanda para os litisconsortes, sejam eles facultativos ou necessários.

José Carlos Barbosa Moreira enfatiza que

¹⁵¹ “Assim concebida, nossa lei não merece as severas críticas que, desse ângulo, lhe têm sido movidas. Não é correto pensar que ela tenha feito confusão entre os conceitos de litisconsórcio unitário e necessário, nem que haja disposto aquele como subespécie deste. O que ela diz, na sua linguagem reconhecidamente pouco clara, é que se aferirá a necessariedade a partir da unitariedade, podendo ocorrer aquela também sem esta, sempre que lei específica o determine. Peca o art. 47, em substância, apenas por não anunciar também que casos existem de litisconsórcio unitário não necessário, como todos sabem que existem.” (Ibid., p. 161-162).

O conceito de litisconsórcio unitário não coincide com o de litisconsórcio necessário nem na compreensão, nem na extensão. Quanto à primeira, basta ver que a estrutura inteligível daquela figura tem como nota típica a obrigatoriedade da decisão uniforme no mérito; a desta, a indispensabilidade da presença simultânea de duas ou mais pessoas no pólo ativo ou pólo passivo do processo¹⁵².

Cândido Rangel Dinamarco e Arruda Alvim são adeptos dessa posição, da qual emerge a efetiva distinção entre os dois tipos de litisconsórcio, justamente por entenderem que, em determinadas situações, haverá litisconsórcio facultativo unitário, como sói acontecer nas ações de anulação de ato de assembleia de sociedade anônima ou litisconsórcio necessário simples, como nos casos de ação de usucapião.

Não se pode esquecer aqueles que entendem não existir a efetiva separação.

É o caso de Mathias Lambauer, para quem: “TODO LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO É UNITÁRIO E TODO LITISCONSÓRCIO UNITÁRIO É NECESSÁRIO”.¹⁵³

O referido autor, em obra que enfatiza a lógica do ordenamento processual, destaca que, mesmo que o litisconsórcio unitário seja de integração facultativa ou necessária, ele é dotado de extensão da coisa julgada; e, assim, a decisão sempre será uniforme.

Partindo da conjugação das diversas formas de litisconsórcio que a doutrina e a jurisprudência conseguiram separar as duas figuras tratadas nesse tópico.

No tocante à formação do litisconsórcio, a doutrina e a própria lei

¹⁵² MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Litisconsórcio unitário**, p. 131.

descrevem a existência de dois tipos de litisconsorciação: a necessária e a facultativa.

O litisconsórcio necessário é aquele que deve ser formado independentemente da vontade das partes. A sua formação decorre de previsão legal, ou a relação jurídica que embasa a demanda conduzirá à formação obrigatória da pluralidade de partes.

O fundamento da necessidade litisconsorcial é fato mediante o qual nesses casos, a relação jurídica processual somente poderá formar-se, se presentes todos os litisconsortes. Esse, não é o fundamento que, aparentemente, parece dar o artigo 47 do CPC.

O legislador do CPC de 1973 teria fundamentado o litisconsórcio necessário no fato de a decisão judicial ter que ser uniforme para todos os litisconsortes.

A obrigatoriedade da presença de todos os litisconsortes está ligada à questão de legitimidade das partes, de modo que a obrigatoriedade de decisão uniforme (unitariedade litisconsorcial) está ligada aos efeitos da decisão.

Uma das discussões sobre o tema é a natureza da decisão proferida, estando um dos litisconsortes ausentes.

No litisconsórcio necessário, a presença de todos os litisconsortes é *conditio sine qua non* para um processo regular e para uma sentença *utiliter*. Caso não sejam citados todos os litisconsortes, a decisão será *inutiliter data*, como

¹⁵³ LAMBAUER, Mathias. **Do litisconsórcio necessário**. São Paulo : Saraiva. 1982, p. 213.

defende a doutrina nacional¹⁵⁴.

Nesse sentido é o posicionamento de Andrea Proto Pisani

[...]d) La sentenza passata in giudicato pronunciata in assenza di un litisconsorte necessario è, secondo un orientamento dottrinale e giurisprudenziale fermissimo, *inutiliter data*. Con questa espressione so vuole intendere l'incapacità del giudicato sostanziale di produrre i suoi effetti sia nei confronti del litisconsorte necessario pretermesso sia nei confronti delle parti fra cui si è svolto il processo.¹⁵⁵

Quanto a esse tema, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart advertem que

O tema é controvertido, havendo quem sustente que, em verdade, a ausência da formação do litisconsórcio, nas hipóteses determinadas – ou ao menos quando o impuser a natureza da relação jurídica -, importaria a *ineficácia da sentença em relação aos terceiros*, que deveriam ser chamados ao processo e não o foram¹⁵⁶.

O posicionamento mais aceito é, sem dúvidas, no sentido de que em não sendo formado o litisconsórcio necessário, a sentença será ineficaz tanto para aqueles que participaram do processo como para os terceiros que não compuseram a relação jurídica processual.

E mais, o litisconsórcio necessário é tratado como uma situação excepcional, intimamente ligada à legitimidade da parte.

¹⁵⁴ “Desobedecendo-se à formação do litisconsórcio, seja por determinação de lei ou por critério dado pela natureza da relação jurídica, tem-se a decisão da causa como imprestável (*inutiliter data*), razão suficiente, portanto, para não ser prolatada.” (MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do processo de conhecimento. 1º ed. São Paulo : RT, 2001. p. 183.

¹⁵⁵ “A sentença passada em julgado pronunciada com a ausência de um litisconsorte necessário é, segundo uma orientação doutrinária e jurisprudencial firmíssima, *inutiliter data*. Com esta expressão se quer entender a incapacidade do julgado substancial de produzir os seus efeitos seja em confronto ao litisconsorte necessário preterido seja em confronto das partes entre as quais o processo se desenvolveu.” (tradução livre). (PISANI, Andrea Proto. Appunti sul litisconsorzio necessario e sugli interventi. *Rivista di diritto processuale*, Padova, vol XLIX, n° 4, p. 354 , 1.994).

¹⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz Arenhart. **Manual do processo de conhecimento...**, p. 199.

É uma espécie litisconsorcial obrigatória, sempre que tiver que ser formada, sob pena da extinção do processo sem julgamento do mérito.¹⁵⁷

O litisconsórcio unitário é uma outra forma de litisconsórcio, que não diz respeito à formação litisconsorcial, mas aos resultados da decisão proferida em processos, nos quais houve a formação litisconsorcial, tanto facultativa quanto necessária.

Considerando-se o resultado da decisão no processo litisconsorcial, têm-se duas situações: a-) ou a decisão atinge a todos os litisconsortes de maneira uniforme (litisconsórcio unitário); ou, b-) a decisão poderá ser contrastante, atingindo diferentemente os litisconsortes (litisconsórcio simples).

O litisconsórcio unitário ocorrerá, portanto, sempre que a demanda tiver de ser decidida, de modo uniforme, para todos os litisconsortes. Dessa maneira, a unitariedade ocorrerá em razão da natureza da relação jurídica levada a juízo.

A unitariedade não é apenas um fenômeno exclusivo das situações em que há a formação obrigatória de litisconsórcio mas também para os casos de formação facultativa.

Por exemplo, tem-se a seguinte questão: um sócio move ação de anulação de ato de assembléia e requer a citação dos outros sócios. Alguns, entendendo que o ato é válido, podem entrar no processo, na posição de réus?

Para se atingir a resposta, imprescindível o estabelecimento de

¹⁵⁷ “Estamos ante unos supuesto de litisconsorcio necesario, en que se impone por la ley la exigencia de que varias personas dirijan su demanda conjuntamente o sea dirigida contra ellas, porque a tales personas les viene conferida la legitimación pasiva o activa en su caso, por el derecho sustantivo conjuntamente no separadamente: (MILLÁN, Maria Encarnación Dávila. **Litisconsórcio necesario**: concepto y tratamiento procesal. 2º ed. Barcelona : Bosch, 1992. p. 71.

algumas premissas:

a-) a ação de anulação de ato de assembléia tem, como pedido imediato, a prestação de tutela jurisdicional (des) constitutiva; e, como pedido mediato, a preservação do patrimônio social, isto é, da sociedade como um todo;

b-) a causa de pedir refere-se a alguma irregularidade formal do ato ou a algum descompasso com o estatuto;

c-) a lei autoriza cada sócio a propor, individualmente, a demanda;

d) considerando a natureza desconstitutiva da sentença a ser proferida, bem como a natureza do direito material discutido, deve-se admitir que tanto a procedência quanto a improcedência do pedido atingirá a todos os associados, uma vez que, no plano prático, ou o ato é anulado para todos ou continua válido para todos. Trata-se de exceção ao artigo 472 do CPC.

Nos casos de ação anulatória de ato assemblear Enrico Tullio Liebman¹⁵⁸ defende a tese segundo a qual a coisa julgada atingiria a todos os sócios, quando a sentença fosse de total procedência. Por outro lado, se houvesse sentença de improcedência, os sócios que não participaram da ação poderiam mover novas ações, para evitar a perpetuação de eventual conluio entre a sociedade e o sócio.

José Carlos Barbosa Moreira diz que no intuito de evitar o enfraquecimento da segurança jurídica, nesses casos, não importa qual seja o resultado da ação (procedência ou improcedência), a questão não poderá ser mais discutida, operando-se a coisa julgada material, mesmo para aqueles que não participaram do processo

Se por tal prisma são iguais e interligadas as posições jurídicas individuais de dois ou mais sujeitos, então essa regra concreta necessariamente os atinge a todos com idêntica eficácia. Por isso tem de possuir o mesmo teor para os que figurem num dos pólos do processo (unitariedade do litisconsórcio) e alcança mesmo os que a ele permaneçam estranhos, conquanto houvessem podido consorciar-se ao(s) autor (es) ou ao(s) réu(s) (extensão da coisa julgada).¹⁵⁹

Nelson Nery Júnior, ao tratar de situação parecida, acaba por afirmar que

[...] a hipótese é de litisconsórcio ativo facultativo unitário: um acionista pode, sozinho, promover a ação e o resultado deve ser uniforme para todos os acionistas. Somente a sociedade deve figurar no pólo passivo de ação de nulidade de deliberação tomada em assembléia geral de SA. Não são litisconsortes nem os acionistas nem os beneficiados pela deliberação.¹⁶⁰

Após todas essas colocações e adotando o posicionamento de José Carlos Barbosa Moreira, não haverá necessidade de citação dos acionistas, uma vez que a sociedade é a legitimada passiva.

Os sócios, então, não poderiam ser admitidos como réus, por ilegitimidade passiva, pois somente estariam legitimados a propor a presente ação. Desta feita, absolutamente ilógico admitir-se a legitimidade ativa e passiva no mesmo processo.

O estudo dos casos de litisconsórcio necessário e unitário, realmente se torna importante e útil, a partir do momento em que todas as formas de litisconsórcio são relacionadas, surgindo as seguintes espécies: a) necessário-

¹⁵⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 e notas relativas ao direito vigente de Ada Pellegrini Grinover. 3º ed. Rio de Janeiro : Forense. 1984, p. 93.

¹⁵⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Litisconsórcio unitário**, p. 143-144.

¹⁶⁰ NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 7ª Edição. São Paulo : RT. 2003, p. 417.

simples; b) necessário-unitário; c) facultativo-simples e d) facultativo-unitário.

Ainda, a cada forma acima mencionada, podem ser acrescentadas:

a) litisconsórcio ativo, passivo ou misto e b) inicial ou ulterior.

Pode-se, ao final, ter o seguinte resultado: I) litisconsórcio ativo necessário-unitário; II-) litisconsórcio ativo facultativo-unitário, entre outras formas.

Cada uma com suas peculiaridades.

6.5 Litisconsórcio simples e unitário

A classificação pode ocorrer considerando a interdependência dos litisconsortes e o modo de solução da causa¹⁶¹, que se resumem aos casos de: a) litisconsórcio simples ou comum; ou b) litisconsórcio unitário.

No tocante ao litisconsórcio simples ou comum, que é marcado pela independência dos litisconsortes, o juiz analisará o litígio de modo distinto para cada litisconsorte e poderá decidir de forma distinta.

¹⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento...**, p. 175.

7 REGIME JURÍDICO DOS LITISCONSORTES – ARTIGOS 48 E 49 DO CPC

O regime jurídico, por meio do qual se relacionam os litisconsortes, está disciplinado nos artigos 48 e 49 do CPC. Aplica-se ao litisconsórcio simples, porém não ao litisconsórcio unitário.

Percebe-se que o legislador não se preocupou com realizar uma efetiva regulamentação do regime jurídico, quando diante de litisconsórcio unitário.

Tendo-se em vista a incindibilidade que marca a unitariedade, não prevalece o regime da independência da atividade dos litisconsortes, uma vez que todo e qualquer ato praticado no processo atingirá o litisconsorte.

Com relação ao regime jurídico entre os litisconsortes, poderia surgir a seguinte questão: num litisconsórcio unitário, contra dois réus, um deles reconhece, juridicamente, o pedido. Esse ato é válido? De outra parte, é eficaz ou ineficaz?

O legislador não se preocupou com estabelecer uma efetiva regulamentação do regime jurídico quando, diante de litisconsórcio unitário.

Adverte Cândido Rangel Dinamarco que coube à doutrina, conduzida pelas situações concretas elencadas pela jurisprudência, definir o regime dos litisconsortes, no caso de unitariedade.¹⁶²

Tendo-se em vista a incindibilidade que marca a unitariedade, não prevalece o regime da independência da atividade dos litisconsortes, porquanto todo e qualquer ato praticado no processo atingirá o litisconsorte.

¹⁶² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**, p. 149.

O reconhecimento jurídico do pedido é considerado um ato de disposição de direito e portanto, prejudicial aos litisconsortes, posto que a decisão final não poderá ser diferente, tendo em vista a citada incidibilidade.

Nesse passo, em que pese o ato processual de reconhecimento jurídico de o pedido ser considerado válido, o mesmo é ineficaz, uma vez que deve ser ratificado ou praticado por todos os litisconsortes^{163_164_165}

A regra, para esses casos, é a de que os atos benéficos praticados por um dos litisconsortes a todos aproveita, enquanto os que traçam prejuízo deverão ser ratificados ou praticados pelos demais.

¹⁶³ “O regime jurídico do litisconsórcio unitário é especial. O significado prático da diminuição da independência entre os litisconsortes é o de que os atos dos que são diligentes acabem aproveitando aos inertes (v.g., art. 509, parágrafo único). E isto decorre da própria circunstância de a sentença ter de ser igual para todos os que estão litisconsorciados. Assim, se não houvesse aproveitamento, tal fato levaria o juiz a ter que decidir diversamente, o que é juridicamente impossível. Entretanto, os atos que envolvam eventual disposição de direito, como o da confissão, ou efetiva disposição de direito, como o reconhecimento jurídico do pedido, conquanto sejam *atos válidos* em si mesmos, tendo em vista o litisconsorte que os tenha praticado, serão *ineficazes quer para quem praticou o ato*, que em relação aos demais e, também, tendo em vista o adversário comum. A eficácia só pode decorrer do fato de todos os litisconsortes unitários praticarem o ato, e no mesmo sentido.” Na p. 106, o consagrado processualista paulista continua a defender referido posicionamento da seguinte forma: “No litisconsórcio unitário, o que existe é um só objeto litigioso, ou lide, a que estão agregadas várias partes litisconsorciadas. Assim, os atos isolados, desde que preenchidos os seus respectivos pressupostos de validade, serão reputados *válidos*, como se dá com a confissão do litisconsorte, por exemplo, um litisconsórcio unitário, que, sendo válida, não poderá ser retratada, porque o confitente tenha meramente mudado de opinião. Poderá o confitente revogá-la (*rectius*: anulá-la), o que é coisa diferente. No entanto, os conceitos de validade e eficácia há de ser distinguidos. Se é válida, por isso mesmo, não pode ser retratada. Todavia, a validade não leva, nesse caso, à sua *eficácia*, e isto porque a eficácia da mesma é condicionada, pelo sistema, a que todos confessem ou venham a confessar, ao lado daquele que já o fez.” (ARRUDA ALVIM, José Manoel de. **Manual de direito processual civil**. Vol 2. 7º ed. São Paulo : RT. 2000. p, 104)

¹⁶⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**, p. 150.

¹⁶⁵ É importante frisar-se que Ovídio Araújo Baptista da Silva diverge em parte do posicionamento trazido por Arruda Alvim. Entende que, “Se o litisconsórcio for unitário, o regime inverte-se e a confissão, assim como a transação e a desistência de um ou alguns litisconsortes sequer terá validade, assim como não produzirá efeitos a eventual revelia em que se mantenha algum deles” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Comentários ao código de processo civil**, p. 253).

8 LITISCONSÓRCIO ATIVO NECESSÁRIO

Numa tradução literal do termo litisconsórcio ativo necessário, tem-se que, se refere à obrigatoriedade de formação, no pólo ativo, da pluralidade de partes, para a propositura de uma demanda.

Tratado pela doutrina como um dos temas mais polêmicos em sede do fenômeno litisconsorcial, será pesquisado tendo em vista o que ficou estabelecido na introdução, em especial, quanto aos questionamentos levantados.

Considerando que o tema gera controvérsias, o mesmo será revisitado¹⁶⁶, de modo que possa ser analisado nas suas mais diferentes nuances.

8.1 A necessariedade em razão da lei

Antes de tratar dos posicionamentos doutrinários sobre o tema, é importante levantar-se em quais hipóteses poderá o mesmo ocorrer.

O litisconsórcio necessário, relembando-se o art. 47 do CPC, já

¹⁶⁶ Revisitação é um termo que representa a necessidade de que os institutos fundamentais do Direito Processual Civil sejam revistos e repensados, tendo em vista a realidade vivida pela ciência e pela sociedade. João Batista Lopes, em importante trabalho sobre a antecipação de tutela, verberou: “Por influência da doutrina italiana, os processualistas brasileiros passaram a utilizar o termo *revisitação* para designar postura mais moderna orientada no sentido de rever os institutos fundamentais do Direito Processual Civil. Essa tentativa de atualização (*aggiornamento*) se faz presente na doutrina mais autorizada, que, reconhecendo embora a importância da contribuição de autores clássicos como Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei e Liebman, procura avançar em busca de um modelo de processo mais moderno ajustado aos anseios e reclamos da sociedade. Para alcançar o fim colimado, sentiram os autores a necessidade de *revisitar* os institutos processuais no sentido de lhes dar nova visão ou configuração em harmonia com as exigências da vida moderna. Assim, os institutos da jurisdição, ação e processo, além dos princípios do acesso à justiça, do contraditório, da igualdade das partes, do dispositivo etc.,

estudado, ocorrerá todas as vezes em que a lei assim o determinar, bem como a natureza do direito material a ser discutido em juízo o exigir.

A exigência da formação obrigatória do litisconsórcio necessário ativo decorre de casos expressos tanto no direito material quanto no próprio direito processual.

Serão apresentadas algumas hipóteses legais de formação obrigatória do litisconsórcio necessário ativo.

Inicialmente, tem-se a hipótese prevista no artigo 1228, parágrafo 4º, do Código Civil¹⁶⁷, inserido no título referente à propriedade, voltado especificamente para a chamada posse *pro labore* ou posse-trabalho¹⁶⁸.

Essa norma assegura a um *considerável número de pessoas* a obtenção do título de propriedade de imóvel correspondente a extensa área, desde que nela, tenham realizado, em conjunto ou separadamente, obras ou serviços considerados de interesse social e econômico, e que os mesmos demonstrem posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos.

O dispositivo mencionado, seguindo a esteira da Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), que trouxe a usucapião coletivo no seu artigo 10, prevê, então, uma nova forma de desapropriação judicial, a ser proposta, em litisconsórcio

foram submetidos a rigorosa revisão ou reformulação a que se convencionou chamar *revisitação*.” (LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. São Paulo : Editora Saraiva, 2001. p. 14-15).

¹⁶⁷ Art. 1228, §4º, do CC: “O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.”

¹⁶⁸ Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery em comentários ao parágrafo 4º, do artigo 1228 do Código Civil dizem “É ato pelo qual, o juiz, a requerimento dos que exercem a posse-trabalho, fixa na sentença a justa indenização que deve ser paga por eles ao proprietário, após o que valerá a sentença como título translativo da propriedade, com ingresso no registro de imóveis em nome dos possuidores, que serão os novos proprietários (CC, 1228 §5º).” (NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Novo código civil e legislação extravagante anotados**. São Paulo : RT, 2002. p. 419-420).

necessário, por um considerável número de pessoas¹⁶⁹, isto é, aquelas que realizaram, no imóvel a ser desapropriado obras consideradas de interesse social, bem como economicamente relevantes.

No plano do direito processual, podem ser citados alguns dispositivos do Código de Processo Civil, nos quais se configuram hipóteses de litisconsórcio necessário ativo.

O artigo 12, parágrafo 1º, do CPC, determina a formação obrigatória do litisconsórcio necessário ativo entre os herdeiros e sucessores, sempre que o inventariante for dativo, nas ações de que o espólio for parte.

Anote-se que o inventariante dativo somente é nomeado, quando o cônjuge sobrevivente ou os herdeiros não se habilitam como inventariantes. Dessa forma, será nomeada uma terceira pessoa, que não tenha nenhum vínculo com a herança, isto é, não tenha nenhum interesse no espólio.

Mesmo tendo prestado compromisso judicial, o inventariante dativo não tem poderes para, sozinho, na representação do espólio, promover uma demanda. Essa regra se completa com a disposição prevista na segunda parte do artigo 991, inciso I, do CPC.

Os herdeiros deverão estar presentes, portanto, no pólo ativo da demanda, representando o espólio, em litisconsórcio necessário¹⁷⁰.

Ainda no plano dos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa, é possível citar-se o artigo 952 do CPC, que menciona: “Qualquer

¹⁶⁹ Cf. RIBEIRO, Alex Sandro. Posse pro labore do novo código civil : anotações. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre, v. 3, n.º 23, p. 148 seq., mai/jun. 2003. CAMBI, Eduardo. Propriedade no novo código civil: aspectos inovadores. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre, v. 5, n.º 25, p. 124-136, set./out. 2003.

condômino é parte legítima para promover a demarcação do imóvel comum, citando-se os demais como litisconsortes.”

Em que pese a primeira parte de o dispositivo autorizar a propositura da ação de demarcação por qualquer um dos condôminos, não se pode desprezar o fato de que o próprio comando determina a citação dos demais em litisconsórcio obrigatoriamente, uma vez que todos serão atingidos pela sentença¹⁷¹.

Também haverá a formação de litisconsórcio necessário ativo nas ações de divisão de imóveis, nos termos do artigo 981 do CPC. Esse dispositivo manda aplicar a esses tipos de ações o que determina a regra do art. 952 do mesmo *codex*.

Partindo de uma análise dos exemplos citados, verifica-se que a lei tratou, da mesma forma o litisconsórcio necessário ativo e o necessário passivo, em que pese a doutrina especializada entender o contrário, como é o caso de Cândido Rangel Dinamarco¹⁷².

As situações de litisconsórcio necessário ativo, contempladas pela lei, em especial aquelas citadas anteriormente, devem ser tratadas do mesmo modo que os casos de formação no pólo passivo.

¹⁷⁰ Cf. NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil e legislação extravagante**, p. 361.

¹⁷¹ “Além do proprietário, qualquer condômino também está legitimado ativamente para promover a demarcação do imóvel comum (CPC, art. 952); entretanto, tomando a iniciativa de promover a ação, deverá requerer a citação dos demais condôminos, a fim de que integrem a relação processual na qualidade de *litisconsortes ativos* (art. 952, c.c. 47, parágrafo único). Explica-se a obrigatoriedade de todos os condôminos figurarem no pólo ativo da relação processual: tratando-se, no caso, de *litisconsórcio necessário unitário*, os efeitos da sentença atingirão *todos* os condôminos, isto é, a exigência da participação de todos os sujeitos do direito na demanda decorre do fato de a sentença ser *uniforme* em relação a eles.” (MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos especiais**. 10ª ed. São Paulo : Atlas, 2004. p. 204-205). Cf. MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de processo civil interpretado**. 4ª ed. Barueri : Manole, 2.004. p. 1443.

¹⁷² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**, p. 215-216.

A discussão em torno da importância de um caso ou de outro é meramente acadêmica.

Caso se adote esse tipo de pensamento, pode-se afirmar que o litisconsórcio facultativo é um instituto que deve ser considerado mais importante que os demais tipos de litisconsórcio, por sua maior incidência na prática diária.

Na verdade, a perspectiva que deve ser adotada, para o estudo e a análise das diversas hipóteses de litisconsórcio, é a referente às peculiaridades que guardam em si, e não ter, como paradigma, a quantidade de casos que ocorrem na prática.

8.2 A necessidade em razão da natureza da relação jurídica

O litisconsórcio ativo necessário surge, também, nos casos em que a natureza do direito material a ser discutido em juízo exija sua formação, isso porque a relação jurídica, invocada como causa de pedir remota na demanda posta em juízo tem mais de um titular.

Havendo mais de um titular de direito, não há como, por uma questão de incindibilidade da relação jurídica, a demanda ser válida, sem que todos

estejam presentes, participando da relação jurídica processual¹⁷³.

Nesse aspecto, a casuística apresenta papel importante, porquanto, partindo de situações jurídico-concretas, é possível verificar-se a necessidade litisconsorcial no pólo ativo, sendo que a jurisprudência é a sua maior fonte.

Eis alguns casos de litisconsórcio ativo necessário julgados pelos Tribunais pátrios:

a-) Ação ordinária de cobrança, promovida por beneficiários de funcionários públicos municipais contra o Instituto de Previdência Municipal de São Paulo – IPREM e Outro, visando ao pagamento de diferenças. Nesse caso, o Tribunal de Justiça entendeu que a decisão no processo, abrangeria todos os beneficiários dos funcionários falecidos, e que, assim, teriam interesse jurídico na demanda, em razão da comunhão de interesses¹⁷⁴.

b) Ação cautelar incidental de arrolamento de bens, sendo que, na ação principal, o pedido é de anulação de testamento, e houve formação de litisconsórcio ativo necessário. Em razão do princípio da acessoriedade, a cautelar também deverá ter as mesmas partes no pólo ativo, para ser válida¹⁷⁵.

c) Ação de usucapião, na qual há pretensão do condômino em

¹⁷³ “Tem-se por relação jurídica incindível aquela relação jurídica de direito material indivisível, ou seja, aquela relação jurídica em que eventual decisão judicial que a seu respeito seja proferida deverá produzir efeitos sobre todos os seus sujeitos, o que torna indispensável a presença de todos eles no processo.” (CÂMARA, Alexandre Freitas. Escritos de direito processual. 1ª ed. Rio de Janeiro : Lúmen, 2001. p. 284.)

¹⁷⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento n.º 216.557.5/0, 3ª Câmara de Direito Público. Rel: Des. Antonio Carlos Malheiros. Disponível em: www.tj.sp.gov.br. Acesso em: 15 ago. 2004. Cf. também SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento n.º 211.353-5/2, 5ª Câmara de Direito Público. Rel: Des. Paulo Franco. Disponível em: www.tj.sp.gov.br. Acesso em: 15 ago. 2004.

¹⁷⁵ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n.º 199.284.4/8. 9ª Câm. de Direito Privado. Disponível em: www.tj.sp.gov.br. Acesso em: 15 ago. 2004.

usucapir parte ideal que também pertence a outros condôminos. Os demais condôminos deverão figurar no pólo ativo necessariamente¹⁷⁶.

d) Ação revisional de contratos bancários. Esse tipo de demanda exige a presença de todos os contratantes na relação processual, mesmo porque a decisão judicial atingirá toda a relação de direito material. Obrigatoriedade, portanto, da formação de litisconsórcio necessário.¹⁷⁷

e) Ação revisional de contrato de financiamento de imóvel adquirido pelo Sistema Financeiro da Habitação. Exige-se a presença dos cônjuges que realizaram o negócio jurídico, em litisconsórcio necessário ativo¹⁷⁸.

A esses casos acrescentam-se as hipóteses citadas por Cândido Rangel Dinamarco, denominadas pelo processualista *como exemplos de litisconsórcio ativo realmente necessário*.

São os seguintes:

“ a) dois condôminos num imóvel, que compraram *ad mensuram* e depois verificaram não conter as medidas especificadas. Dispõem, como é notório, de três direitos concorrentes (CC, art. 1136), à complementação da área, ao abatimento do preço ou à resolução do

¹⁷⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação cível n.º 88.775.4/4. 9ª Câmara de Direito Privado. Rel: Des. Rüter Oliva. Disponível em: www.tj.sp.gov.br. Acesso em: 15 ago. 2004. O Superior Tribunal de Justiça vem firmando esse entendimento, cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 149.302-RS. 3ª Turma. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em: 18 ago. 2004. No mesmo sentido, cf. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação cível n.º 17.759.4/7. 9ª Câmara de Direito Privado. Disponível em: www.tj.sp.gov.br. Acesso em: 15 ago. 2004; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Alçada. Apelação cível n.º 195201132. 7ª Cam. Cível. Rel. Des. Vicente Vasconcellos. Disponível em www.tj.rs.gov.br. Acesso em: 18 ago. 2004; PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 76528-8. 3ª Câmara cível. Relatora Des. Rosene Arão de Cristo Pereira. Disponível em www.tj.pr.gov.br. Acesso em 18 ago. 2004.

¹⁷⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 599019767. 1ª câm. férias cível. Rel. Des. Paulo Sanseverino. Disponível em: www.tj.rs.gov.br. Acesso em: 11 ago. 2004.

¹⁷⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Agravo de instrumento n. 2003.01.00.002359-2/MG. 6ª Turma. Rel. Des. Fed. Moacir Ferreira Ramos. Disponível em: www.trf1.gov.br. Acesso em 11 ago. 2004. No mesmo sentido, cf. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Agravo de instrumento n. 2001.01.00.045005-0/GO. 6ª Turma. Rel. Des. Fed. Daniel Paes Ribeiro. Disponível em: www.trf1.gov.br. Acesso em 11 ago. 2004; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação cível n. 2001.04.01.007189/PR. 4ª Turma. Rel. Des. Fed. Eduardo Tonetto Picarelli; BRASIL. TRF da 1ª Região. Apelação cível n. 200138020008520/MG. 6ª Turma. Rel. Des. Fed. Maria do Carmo Cardoso. Disponível em: www.trf4.gov.br. Acesso em 6 ago. 2004.

negócio (v. *supra*, n. 22, esp. Nota 4 e texto correspondente). Mas parece indiscutível que um dos compradores não poderá validamente fazer por si só a opção, especialmente se quiser manifestar preferência pela última dessas soluções: se o imóvel comprado pertence a ambos, não a ele só, o que nesse sentido vier a acordar com o vendedor (talvez, resolvendo consensualmente a compra-e-venda) não pode ser eficaz para nenhum deles. A situação criada pelo contrato de que todos participaram é uma só e o domínio instituído em prol de dois titulares (condôminos) só pode ser desfeito se ambos assim o desejarem; [...] b) ação redibitória movida com fundamento na existência de *defeitos ocultos* que tornem imprópria para uso a coisa recebida (CC, art. 1.103). Razões análogas exigem a reunião de todos no pólo passivo, sob pena de inadmissibilidade do julgamento *de meritis*; c) ação de um entre vários contratantes solidários, pretendendo a anulação do contrato, v.g. por vício do consentimento (CC, art. 147, inc. II); [...] d) dois comunheiros que celebraram com terceira pessoa um contrato de promessa de compra-e-venda: em caso de inadimplência do promissário-comprador, só pelo consenso dos promitentes-vendedores admite-se o pedido de sentença que rescinda o contrato (pelas razões acima);”¹⁷⁹

Após uma breve análise das hipóteses mencionadas, se verifica que os titulares das relações jurídicas estão ligados por uma comunhão de interesses tão intensa, que, caso os referidos titulares não componham a relação de direito processual na qual o direito discutido é o seu mérito, a sentença não poderá extinguir ou modificar o direito, sendo caracterizada como *inutiliter data*.

8.3 A integração do litisconsorte ativo necessário

Acompanhando o posicionamento da doutrina especializada, quando se depara com situações de litisconsórcio necessário, seja no pólo ativo, seja no

¹⁷⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**, p. 234-235.

passivo, a legitimidade *ad causam* é classificada como complexa, consoante se verificou no tópico sobre as condições da ação.

Essa legitimidade complexa do litisconsórcio necessário exige, portanto, que todos os co-legitimados estejam em juízo, a fim de que uma sentença de mérito sobre o pedido seja absolutamente viável.

Não haverá qualquer óbice a ser suplantado, se todos os co-legitimados, espontaneamente, se associarem e, com o mesmo intuito, propuserem uma demanda que exija a litisconsorciação necessária.

Igualmente, quando se exigir a presença de vários réus necessariamente, bastará ao autor qualificá-los na petição inicial e, dessa forma, requerer a citação de todos, cumprindo-se o que manda a lei nesses casos.

Contudo sério problema se apresenta no momento em que, diante de uma hipótese de litisconsórcio ativo necessário, um dos co-legitimados, invocando o direito de liberdade, garantido constitucionalmente, se nega a litigar em conjunto.

Levando-se em conta o que ficou mencionado, quanto à legitimidade complexa para esses casos, se apenas um dos legitimados insistir em promover a demanda, sem que, de alguma forma, o outro co-legitimado participe da relação processual, tendo ciência da existência da demanda, não haverá outra opção senão a extinção do processo, sem julgamento do mérito por ilegitimidade de parte.

As condições da ação, como alhures estudado, são essenciais e deverão estar presentes na ação, como requisitos de admissibilidade do mérito.

Destarte, aquele que pretender demandar estará privado de um julgamento de mérito, restando-lhe o infortúnio de amargurar uma grande insatisfação, pois não poderá compelir o outro legitimado ativo a demandar.

Tal situação é um exemplo de litigiosidade contida, que gera infelicidade para o jurisdicionado, que acaba por ver tolhido o seu acesso à justiça, assim garantido no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Como resolver-se, então, a não formação inicial e espontânea do litisconsórcio ativo necessário?

Há algum tempo, a doutrina processual vem polemizando em torno do tema, uma vez que não há unanimidade de entendimentos.

8.4 Os posicionamentos da doutrina nacional

Inicialmente, cumpre salientar-se que, há muitos anos, o tema discutido, no presente trabalho, vem sendo objeto de pesquisa e estudo pela doutrina pátria.

Sob a égide do Código de Processo Civil de 1939, quando vigorava uma sistemática diferente com relação ao litisconsórcio, Homero Freire, em 1.954, escreveu importante trabalho, intitulado “Litisconsórcio Necessário Ativo”.

As idéias de Homero Freire serão citadas adiante, juntamente com os posicionamentos da doutrina afirmativista, que admite, de algum modo, que o

litisconsorte necessário ativo renitente seja chamado à relação processual, para dela fazer parte, resolvendo-se o problema.

Esses posicionamentos podem ser divididos em dois grupos: *negativistas* e *afirmativistas*.

Adverte-se que essa bipartição doutrinária tem, como critério, a possibilidade ou não de se fazer com que o co-legitimado seja, de alguma forma, integrado à relação processual, independentemente de sua vontade.

Ademais, essa premissa revela que não se pretende analisar todos os aspectos das teorias levantadas (p.ex., se um caso específico é ou não de litisconsórcio necessário ativo), mas o posicionamento de cada um, em relação à utilização de mecanismos, como a citação, para trazer à relação processual o litisconsorte renitente.

Vale ratificar-se, igualmente, nesse momento, que, ao tratar dos posicionamentos doutrinários sobre o tema, não se tem a pretensão de dizer qual é o que se apresenta como o mais correto para o objeto estudado, mesmo porque, lembrando José Ortega y Gasset e seu perspectivismo, cada doutrinador tem um ponto de vista do objeto.

Dessa feita, não se pode falar, categoricamente, qual posicionamento é o mais correto, porque um e outro não passam de uma perspectiva diferente sobre o mesmo objeto estudado e pesquisado.

O que realmente importa é colocarem-se os diversos posicionamentos (*rectius* = pontos de vista) da doutrina, procurando-se que o estudioso do direito tenha uma noção dos aperfeiçoamentos da discussão em torno da problemática principal do trabalho.

8.4.1 As teses negativistas

Inicia-se a análise doutrinária com a exposição do pensamento dos negativistas que defendem a tese de que, em se tratando de litisconsórcio ativo necessário, caso o co-legitimado não esteja disposto a demandar, não será possível obrigá-lo a compor, contra a sua vontade, a relação processual.

Esse pensamento se fundamenta nas seguintes premissas:

a) as hipóteses de litisconsórcio ativo necessário são apenas aquelas em que a lei determina sua formação, de modo que, mesmo que ocorram situações em que a natureza do direito em litígio as exija, essas são raras e; por outro lado, a própria lei também descreverá o mecanismo a ser utilizado, para resolvê-lo;

b) a legislação se encarrega de apontar os mecanismos para a solução do problema, dando autorização para que cada um dos litisconsortes tenha legitimidade para a propositura da demanda, tendo-se como exemplo, o disposto no artigo 1.314 do Código Civil¹⁸⁰ (antigo art. 623 do Código Civil de 1916);

c-) extensão subjetiva da coisa julgada para os litisconsortes que não compuseram a relação processual;

d) caso a lei não traga a solução para a integração, não haverá outra saída senão a extinção do processo sem julgamento do mérito, por ilegitimidade da parte;

¹⁸⁰ Art. 1314 do CC. Cada Condômino pode usar da coisa conforme sua destinação, sobre ela exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão, reivindicá-la de terceiro, defender a sua posse e alhear a respectiva parte ideal, ou grava-la.

e) em especial, no processo civil, vige o princípio da iniciativa das partes, de maneira que o direito de demandar seja um dogma inquebrantável;

f) a interpretação que se deve dar ao instituto da citação é a de que se trata de ato processual, utilizado com o intuito de chamar a juízo tão somente aquele que assumirá o papel de demandado, ou seja, chamar o réu ou o interessado, para compor o pólo passivo da demanda; e, em hipótese alguma, chamar a pessoa, para integrar o pólo ativo.

Esses argumentos se depreendem da leitura de processualistas nacionais, tais como Celso Agrícola Barbi¹⁸¹, Cândido Rangel Dinamarco¹⁸², Humberto Theodoro Júnior¹⁸³ e José Raimundo Gomes da Cruz¹⁸⁴.

Levando-se em conta o posicionamento dos autores citados, as soluções para os questionamentos que envolvem o litisconsórcio ativo necessário terão respostas normalmente negativas.

Celso Agrícola Barbi¹⁸⁵ adota uma perspectiva legalista, interpretando, literalmente, os comandos normativos do CPC, entendendo não ser possível a integração do litisconsorte necessário no pólo ativo à relação processual, mediante a citação.

Também sustenta que o litisconsórcio necessário decorre, sempre, de disposição legal tanto para a formação do pólo ativo quanto do passivo, e que,

¹⁸¹ BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao código de processo civil** : Lei n° 5.869, de 11 de janeiro de 1973. vol I. 10ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1998. p. 201 seq.

¹⁸² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**, p. 214 seq.

¹⁸³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. vol I. 38ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 2.002.p. 100-101.

¹⁸⁴ CRUZ, José Raimundo Gomes. **Pluralidade de partes e intervenção de terceiros**. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1991. p. 178-179.

¹⁸⁵ Analisando a principal obra desse processualista mineiro, verifica-se tratar-se de comentários aos artigos de 1° ao 153 do Código de Processo Civil, nos quais o autor deixa transparecer o entendimento de que vale o que está escrito, isto é, a vontade do legislador, numa interpretação literal da norma. Essa é uma nota marcante e que

em razão da natureza da relação jurídica, colocada em juízo, somente será passivo; e, ainda, quando o juiz tiver de decidir a lide, de modo uniforme, para as partes¹⁸⁶.

Parafraseando o autor, é possível afirmar-se que, como o legislador adotou fórmulas que autorizam uma só pessoa a demandar sobre direito que pertença a ela e a outros (v.g. arts. 623, II do Código Civil de 1.916, atual art. 1314 do CC), será despicienda a formação do litisconsórcio ativo, já que, no caso, se tem a legitimação concorrente.

É importante trazer-se, *in verbis*, a principal tese defendida por Celso Agrícola Barbi, que é a que diz respeito à integração do litisconsorte:

A nosso ver, a melhor interpretação do Código é no sentido de só permitir a integração quando for caso de litisconsórcio necessário passivo. Em primeiro lugar porque tanto o final do art. 47 como seu parágrafo falam em citação, o que, em regra, se faz a réu, para defesa, e não a pessoa para agir como autor.¹⁸⁷

Em seguida, complementa o seu pensamento da seguinte forma:

“Acresce que o direito, tradicionalmente, é avesso a constranger alguém a demandar como autor. [...] Tudo isso faz com que a propositura de uma ação deva ficar a critério do interessado, não podendo ele ser constrangido a isso.”¹⁸⁸

Aflora das idéias acima mencionadas que o princípio da demanda (*nemo iudex sine actore*) é um dos norteadores daqueles que defendem a impossibilidade de obrigar-se alguém a litigar.

A *contrario sensu*, estar-se-á atentando contra a liberdade individual,

deve ser levada em conta, para entender-se o posicionamento do autor, quanto ao problema levantado neste trabalho.

¹⁸⁶ Eis o posicionamento do autor: “Resumindo: haverá litisconsórcio necessário quando: a) a lei o determinar em casos específicos, podendo, então, ser ativo ou passivo; b) pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes e, além disto, o litisconsórcio for passivo.” (BARBI, Celso Agrícola. **Comentários...**, p. 204.)

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 206.

se tal situação vier a ocorrer.

As pessoas têm a liberdade de provocar ou não a atividade jurisdicional, isto é, somente provocarão o Estado-Juiz, se quiserem, não sendo admissível que sejam compelidas a promover uma demanda.

Não há qualquer ato processual que tenha aptidão para esse fim, muito menos a citação, que é voltada tão somente para chamar o réu a compor o pólo passivo.

Para Cândido Rangel Dinamarco¹⁸⁹, há uma enorme casuística de litisconsórcio unitário facultativo, da qual se verifica que, mesmo sendo incindível a situação jurídica, a formação do litisconsórcio será dispensada¹⁹⁰.

No mais, considera-se como mecanismo, para a solução do problema, a opção de política legislativa de dar legitimidade ativa a cada um dos vários titulares de uma relação de direito material incindível, entendendo-se, de igual forma, que, nesse caso, o ordenamento acaba por aplicar a técnica da expansão da coisa julgada para os demais que não participaram de eventual demanda, desde que seja julgada procedente¹⁹¹.

Exemplos típicos dessa opção do legislador são:

a-) ação de anulação de deliberação de assembléia societária e

b-) ação condenatória movida por apenas um dos credores solidários de obrigações indivisíveis (a solução está no artigo 291 do CPC¹⁹²).

Diante de tais exposições, o processualista estudado assevera

¹⁸⁸ Ibid., p. 206-207.

¹⁸⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**, p. 216.

¹⁹⁰ Ibid., p. 191-195.

¹⁹¹ Ibid., p. 217-218.

Sente-se, com tudo isso, que a lei se preocupa sobremaneira em reduzir os casos de indispensável litisconsórcio no pólo ativo da relação jurídica processual, tendo boas razões para tanto. Os reflexos que sofrerão os legitimados não participantes do processo são dispostos discricionariamente mediante emprego de alguma outra técnica, ou expediente legislativo ou sistemático. Às vezes poderá o direito preferir, também que eles não recebam reflexo algum, ou mesmo que, sem o seu consento, a própria demanda seja incapaz de conduzir ao provimento jurisdicional postulado (nesse caso, o litisconsórcio ativo será necessário).¹⁹³

E complementa o seu pensamento:

“Tudo se resolve, como se percebe, em critérios soberanos de política legislativa, cabendo ao ordenamento jurídico impor a necessidade do litisconsórcio ativo, dispensa-la ou substituí-la por outra solução.”¹⁹⁴

Do conjunto das idéias apresentadas, surgem as seguintes premissas:

a-) não se pode descartar a idéia da existência de casos de litisconsórcio necessário ativo, seja em razão da lei, seja pela casuística¹⁹⁵, deixando-se transparecer, contudo, o espírito de que não simpatiza com mecanismos¹⁹⁶ que forcem um co-legitimado a demandar, em restrição à liberdade de agir¹⁹⁷;

b-) a utilização, por exemplo, da citação, para promover o ingresso de um litisconsorte ativo renitente, será uma ofensa direta e frontal do disposto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, isto é, ao princípio da liberdade, posto

¹⁹² Art. 291. Na obrigação indivisível com pluralidade de credores, aquele que não participou do processo receberá a sua parte, deduzidas as despesas na proporção de seu crédito.

¹⁹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**, p. 218-219.

¹⁹⁴ Ibid., p. 219.

¹⁹⁵ Ibid., p. 233.

¹⁹⁶ O processualista paulista designa esses mecanismos como aqueles de provocação *ad agendum*.

¹⁹⁷ Ibid., p. 220-221.

que cabe à parte saber qual é o melhor momento para demandar¹⁹⁸;

c-) é absolutamente inadmissível que alguém suporte os riscos e os resultados de uma demanda indesejada, que, inclusive, poderá ocasionar um resultado contrário aos interesses do litisconsorte¹⁹⁹;

d-) a necessidade litisconsorcial ativa deverá ser analisada diante de dois princípios, quais sejam: I-) *garantia constitucional da ação* (art. 5º, inciso XXXV, da CF/88 – todos podem movimentar o Judiciário em busca de tutela jurisdicional, independente da vontade de outrem); e II-) *caráter instrumental do processo* (princípio que traz a idéia de que o processo não pode ser utilizado por um só dos interessados, para buscar um resultado prático, que modificará o direito substancial dos demais interessados).

Em comentário final, Cândido Rangel Dinamarco leciona que

Casos não disciplinados especificamente em lei e ainda não batidos na jurisprudência dos tribunais haverá de ser dissecados e examinados pelo juiz, com sua experiência e cultura, mas sobretudo com fina sensibilidade aos valores a preservar mediante o processo, para concluir pela necessidade ou não do litisconsórcio ativo. Concluindo pela afirmativa e não lhe sendo possível (de ofício ou mesmo a requerimento de qualquer das partes) determinar a forçada integração do faltante, ele *extinguirá o processo* sem julgamento do mérito.²⁰⁰

Essa opção doutrinada exige, por conseguinte, um juízo atento do julgador, que deverá ter *sensibilidade*, para saber o que configura ou não o litisconsórcio necessário ativo.

¹⁹⁸ “Por isso é que, compelindo o co-legitimado a aderir a um pedido que não quis fazer, estaria o juiz, com a violação perpetrada contra sua liberdade de agir, afrontando a garantia de liberdade e legalidade estabelecida no art. 5º., inc. II, da Constituição Federal. Considera-lo integrado na relação processual a partir de quando citado (podendo, inclusive, fazer-se revel e amargar as conseqüências disso) violaria de maneira muito grave as normas de um sistema solidamente apoiado na iniciativa de parte (CPC, art.s 2.º, 128, 262, 460) e, com isso, a garantia constitucional do *due process of law*.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**, p. 225).

¹⁹⁹ *Ibid.*, 229-231.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 239.

Se o juiz entender que não há necessidade litisconsorcial, resolvido o problema, pois o direito discutido na demanda será cindível, não havendo prejuízo para outros interessados.

Entretanto, se ficar constatado que o caso exige a presença do litisconsorte ativo, uma vez que o direito substancial é incindível, não haverá outra saída senão a extinção do processo pela ausência de uma das condições da ação (legitimidade *ad causam*), desde que, obviamente, o co-interessado não esteja espontaneamente litigando.

Dá-se uma maior importância à vontade do legislador, de modo que, se este não conseguiu vislumbrar uma saída para um determinado caso de litisconsórcio ativo necessário, não será possível a integração mediante a citação.

Importante citar-se, igualmente, o posicionamento de Humberto Theodoro Júnior, para quem o litisconsórcio ativo necessário é

“sempre fruto de exigência da lei, isto é, decorre de hipóteses em que o legislador obriga os vários demandantes a proporem a causa em conjunto, como marido e mulher, nas causas a que se refere o art. 10 do Código de Processo Civil.”²⁰¹

O mencionado processualista acaba por afirmar que não é possível a citação do litisconsorte ativo necessário, apoiando-se nos mesmos argumentos de Celso Agrícola Barbi, ou seja, de que o ato citatório não é dirigido ao autor, para vir litigar, mas somente para o réu defender-se em juízo²⁰².

²⁰¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. vol. I. 38ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 2002. p. 100.

²⁰² “Como regra geral, o direito é avesso a constranger alguém a demandar como autor (o direito de ação é *faculdade* e não *obrigação*). Por isso mesmo, a própria ordem jurídica fornece a solução para os casos de recusa de adesão de litisconsortes ativos necessários, seja permitindo ao condômino ou co-herdeiro defender sozinho o direito comum (arts. 623, II e 1580, parágrafo único, do Código Civil), seja facultando ao interessado a obtenção de suprimento judicial de outorga do cônjuge, quando haja denegação sem motivo justo ou ocorra

Perfilado aos entendimentos mencionados, está o de José Raimundo Gomes da Cruz, que, ao realizar estudo sobre a pluralidade de partes e intervenção de terceiros, afirma não existir, no pátrio ordenamento jurídico, a figura da intervenção *iussu iudicis*²⁰³.

Estabelece, como perspectiva, o princípio da demanda, para dizer que não haverá citação de litisconsorte ativo, colocando-se, explicitamente, ao lado daqueles que não admitem a integração do co-interessado.

8.4.2 As teses afirmativistas

Ao contrário dos negativistas, há aqueles que defendem a idéia de que, em se verificando a hipótese de litisconsórcio necessário ativo, o litisconsorte obstinado será, de alguma forma, integrado à relação processual.

Os fundamentos básicos que sustentam essa posição são os seguintes:

a-) considerando o princípio constitucional do acesso à justiça, mesmo que o co-titular não queira litigar, não se admite suprimir a propositura da demanda por aquele que pretenda acionar o Judiciário;

b-) deve-se interpretar o princípio dispositivo de conformidade com a Constituição Federal, em especial no tocante à garantia da ação;

impossibilidade de obtê-la (art. 11 do Código de Processo Civil). (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. p. 101.)

²⁰³ GOMES DA CRUZ, José Raimundo. **Pluralidade de partes e intervenção de terceiros**. São Paulo : Ed. R.T., 1991. p. 178-179

c-) o co-titular que não queira litigar deverá ser integrado à relação jurídico-processual mediante a citação;

d-) com a integração do obstinado, resolvido estará o problema, de maneira que a sentença de mérito seja *utiliter*.

A tese afirmativista na doutrina nacional teve, como precursor, Homero Freire, que, em 1954, escreveu dissertação sobre o tema, em que defendia a possibilidade de integração do litisconsorte ativo à relação processual²⁰⁴.

Em que pese ter sido elaborada sob a égide do Código de Processo Civil de 1.939, a tese é bastante lembrada por outros autores, em especial porque foi o primeiro a sistematizar o estudo de um dos problemas mais acentuados do instituto do litisconsórcio.

Os seus principais aspectos são:

I-) Em razão da unidade de interesses dos sujeitos que fizeram parte da relação de direito material, os interesses são indivisíveis e, em eventual lide, todos os interessados deverão formar uma parte única na relação processual²⁰⁵.

II-) A necessidade litisconsorcial acaba por ser uma exigência, para que haja um julgamento de mérito da demanda e sobre ela recaiam os efeitos

²⁰⁴ FREIRE, Homero. **Litisconsórcio necessário ativo**. Recife, s. ed. 1954.

²⁰⁵ “Os direitos pessoais indivisíveis não fogem, em linhas de princípio, ao mesmo panorama. Qualquer controvérsia relacionada com obrigações ou créditos indivisíveis, situa, de um lado, a figura do credor ou credores, e de outro, a dos devedores ou devedor. Não há possibilidade de litígio independente, isolador entre um co-credor e o devedor, ou entre o credor em um co-devedor tendo por objeto a obrigação indivisível ou o crédito indivisível. A lide porventura surgida, dirá respeito à obrigação por inteiro, e, portanto, interessará da mesma maneira a todos os co-credores ou a todos os co-devedores e, ainda aqui, essa dupla unicidade conduz a um julgamento comum, de sentido e consequência iguais para a totalidade. Os coobrigados ou os co-credores formam a figura de um sujeito ou parte única, ensejando o litisconsórcio necessário ativo ou passivo.” (FREIRE, Homero. Estudo sobre o litisconsórcio necessário ativo. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol 349, novembro, 1964, p. 22).

da coisa julgada²⁰⁶.

A solução encontrada pelo mencionado processualista, para a formação do litisconsórcio necessário ativo, é a seguinte:

“Na petição inicial o autor deve requerer a citação dos demais cotitulares do direito indivisível para integrarem a instância, a fim de, com êle, fazerem valer o direito comum; se não o requer, pode o demandado, como preliminar à contestação, exigir a providência, de forma a sujeitar todos os consórcios do demandante à decisão absolutória que almeja; e o juiz mesmo, de ofício, no exercício da função disciplinadora do processo, pode e deve determinar a “ad citationem”, como determina a lei mesma: “No despacho saneador o juiz decidirá sobre a legitimidade das partes e de sua representação, ordenado, quando fôr o caso, a citação dos litisconsortes necessários e do órgão do Ministério Público” (art. 294, n. I, do Código de Processo Civil).”²⁰⁷

Desta feita, verifica-se que, independentemente da vontade do autor ou do réu, o juiz estará autorizado, de ofício, a citar o litisconsorte, para compor a relação processual, na vigência do Código de Processo Civil revogado; é a figura da *adcitação*.

Atualmente, não há previsão legal que autorize a citação *ex officio*, ou seja, o juiz deverá ordenar ao autor que tome as providências para a promoção da citação do litisconsorte, nos termos do parágrafo único do artigo 47 do Código de Processo Civil de 1.973²⁰⁸, sob pena de extinção do processo, sem julgamento do mérito.

Homero Freire arremata seu estudo, sustentando que a ausência do

²⁰⁶ “Para que da sentença emane a autoridade da coisa julgada vinculativa dos sujeitos da relação material, e, daí, idônea ao desfecho da controvérsia, tornar-se imprescindível a regular integração dos mesmos sujeitos no processo (*sic*), desaguando no litisconsórcio necessário. (FREIRE, Homero. Estudo sobre o litisconsórcio necessário ativo. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol 349, novembro, 1964, p. 27)

²⁰⁷ FREIRE, loc. cit.

²⁰⁸ No tocante à *adcitação*, Arruda Alvim entende que ainda no sistema atual é instituto que pode ser aplicado: “[...] o juiz não poderá dispensar o litisconsórcio quando a lei processual, ainda que encartada no Código Civil, prescrever sua formação necessária, devendo, então, determinar a formação do litisconsórcio *ex officio* (art. 47, parágrafo único), o que, assim, independe sequer de requerimento.” (ARRUDA ALVIM, José Manoel. **Manual de direito processual civil**. vol 2. 7ª ed. São Paulo : RT, 2000. p. 96.)

litisconsorte produz nulidade do processo e ineficácia da decisão, em virtude de ocorrência de carência de ação.²⁰⁹

Para Moacyr Amaral Santos, o juiz deverá determinar ao autor que providencie a constituição do litisconsórcio necessário²¹⁰, entendendo que a integração do litisconsorte no pólo passivo, sem dúvida alguma, se dá pela citação, o que se deve estender para o pólo ativo, sob pena de, tanto num caso quanto noutro, o processo ser extinto, sem julgamento do mérito.

Os litisconsortes ativos devem ser integrados ao processo como autores, sob pena de o juiz extinguir o processo por ausência da legitimidade *ad causam*, aplicando-se ao caso os artigos 3º, 295, nº II, e 267, nº IV, do CPC²¹¹.

O que chama a atenção, nesse posicionamento, é o fato de o autor entender que o litisconsorte renitente deverá ser citado, para compor, obrigatoriamente, o pólo ativo, formando-se, de um modo ou de outro, o litisconsórcio necessário.

Para Arruda Alvim, caberá ao juiz determinar a integração ao processo do litisconsorte ativo, em especial quando se tratar de litisconsórcio

²⁰⁹ “Quando o direito levado à discussão judicial pertence a mais de uma pessoa, e tem natureza indivisível, ou seja, só pode ser exercido conjuntamente por todos os seus titulares, ou quando a coisa em que o direito incide é indivisa, exercendo-se em comunidade o domínio das várias pessoas sobre ela, o **dono da questão**, ou, já então, o **sujeito** é forçosamente a totalidade dessas pessoas. Quem pretenda questionar em juízo à base desse direito indivisível ou acerca dessa coisa indivisa, terá de convocar ao processo os co-titulares ou co-proprietários, porque **todos eles**, conjuntamente, constituem o **sujeito** da relação. Se é desconsiderada essa regra, não está presente à demanda o sujeito, mas, quando muito, uma fração dele, o que não basta em face da natureza indivisível do direito ou em vista da indivisão da coisa, e, então, há falta de uma das **condições da ação**, há ilegitimidade “ad causam” de parte, provocando a nulidade do processo e a ineficácia da decisão.” (FREIRE, Homero. Estudo sobre o litisconsórcio necessário ativo. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v.1, n. 349, p. 29, nov., 1964).

²¹⁰ Segundo Moacyr Amaral Santos: “[...] considerando o juiz que o litisconsórcio é necessário e que se não constituiu, ordenará o chamamento para o processo dos litisconsortes, providência que deverá toma-la o autor, promovendo a sua citação.” (SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. vol 2. 23ª ed. São Paulo : Saraiva, 2004. p. 6).

²¹¹ *Ibid.*, p. 7.

necessário, em razão da natureza da relação jurídica²¹²; e revela, ademais, que, no que se refere a litisconsórcio unitário, a exigência de integração do pólo ativo não será necessária, uma vez que, aqui, ocorre o fenômeno da extensão subjetiva da coisa julgada.²¹³.

Thereza Alvim também defende a idéia de que a necessidade litisconsorcial é uma realidade que abrange tanto o pólo passivo quanto o ativo; e diz que uma pessoa que pretenda provocar o Judiciário, em busca de uma solução para a lesão ou ameaça a um direito subjetivo, não pode ter essa garantia de provocação tolhida, porque o co-titular do mesmo direito não tem nenhum interesse em demandar²¹⁴.

A solução encontrada pela processualista surge, a partir de uma compreensão diferenciada do fenômeno da citação, desvincilhando-se do entendimento meramente legalista de que esse ato de comunicação processual é dirigido somente ao réu. E comenta:

Citação, aqui, só pode ser entendida como forma de integração do processo, que se faz essencial, por força de lei. Portanto, apesar da definição do art. 213, do Código de Processo Civil, citação tornou-se palavra equívoca, porém, sempre importando em integração da relação processual, que enseja a fidelidade ao princípio da bilateralidade de audiência, do contraditório.²¹⁵

Assim sendo, a presença de todos os litisconsortes na relação

²¹² Para Arruda Alvim: “No litisconsórcio decorrente da indispensabilidade da propositura da demanda contra todos, porque todos estejam ligados à relação jurídica, a lei processual dispõe que, toda vez que a sentença tenha, à luz dessa hipótese, necessariamente, que produzir efeitos em face de diversas pessoas, todas deverão ser citadas. Neste caso, o que incumbe ao juiz é verificar se todos aqueles que serão afetados pela sentença, de modo uniforme, num ou em ambos os pólos do processo, estão no processo. Não ocorrendo isto, deverá determinar a respectiva integração ao processo, *mesmo ativamente*; e, passivamente, por certo, sob pena de, não cumprida essa sua determinação *in tempore* (arts. 47, parágrafo único, e 267, XI), vir a dar pela extinção do processo, sem julgamento do mérito.” (ARRUDA ALVIM, José Manoel. **Manual de direito processual civil**. p. 98).

²¹³ *Ibid.*, p. 96.

²¹⁴ ALVIM, Thereza. **O direito processual de estar em juízo**. São Paulo :RT, 1996. p. 144.

processual, quando se trata de litisconsórcio necessário, é *conditio sine qua non* para uma sentença *utiliter*, ou seja, sentença que, eficazmente, produza seus efeitos²¹⁶.

Mathias Lambauer, tecendo comentários sobre a formação do litisconsórcio ativo necessário, admite que eventuais litisconsortes sejam integrados à relação processual, mediante a *adcitatio* prevista no artigo 47 do CPC atual²¹⁷.

Contudo deixa claro que a vontade do litisconsorte citado deverá ser respeitada:

“Adcitado” ou “adcitados” os condôminos ou comunheiros, ou, ainda, os potenciais litisconsortes de um modo geral, na conformidade do parágrafo único do art. 47 do CPC em vigor, não estão estes obrigados a integrar, no sentido de participarem da demanda, mas a coisa julgada da sentença a ser proferida no processo os atinge irremediavelmente. Se, eventualmente, discordantes da ação proposta, nada impede integrarem a demanda em pólo processual oposto e deduzirem os seus interesses contrários à ação ajuizada, formando litisconsórcio ao lado do réu.²¹⁸

Pode-se perceber, no desenvolvimento das idéias acima defendidas, que a perspectiva adotada para o litisconsórcio necessário é a de evitar-se o risco de julgados conflitantes, razão por que procura estabelecer meios que façam valer essa perspectiva.

Na nova geração de processualistas, há aqueles que também se preocuparam com pensar sobre o tema.

²¹⁵ ALVIM, Thereza. **O direito processual de estar em juízo**, p. 144.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 144-145.

²¹⁷ “Coloquemos, logo o problema do modo como se nos afigura, bem como a razão da necessidade litisconsorcial em pólo processual ativo por meio da *adcitatio*. Em termos de risco da eficácia da sentença, não há nenhuma razão plausível para se antecipar qualquer conclusão de que, em pólo processual passivo, o litisconsórcio seja mais necessário do quem em pólo processual ativo. Ora, tanto expõe ao risco de julgados conflitantes a falta de integração de um só titular do prédio serviente, sobre o qual pretende o autor instituir servidão em favor do prédio dominante, em pólo processual passivo, quanto à ação de arbitramento de aluguéis proposta por um só condômino contra o locatário.” (LAMBAUER, Mathias. **Do litisconsórcio necessário**. São Paulo : Saraiva, 1982. p. 120.)

José Miguel Garcia Medina defende a idéia de que o litisconsórcio necessário ocorre tanto no pólo ativo quanto no passivo. E afirma:

A presença dos litisconsortes necessários é indispensável, de modo que, se apenas um daqueles que deveriam ser litisconsortes ajuíza a demanda, será considerado parte ilegítima, porquanto, perante a lei, deverão estar presentes no pólo ativo todos os litisconsortes.²¹⁹

Apoiado no fato de que a ausência do litisconsorte, na relação processual, gerará, como consequência, a ineficácia da sentença, entende que caberá ao juiz determinar ao autor que sejam tomadas as providências para a citação do litisconsorte, até mesmo o ativo.

Dessa forma, a citação do litisconsorte necessário ativo se resolverá com uma interpretação ampliativa do artigo 213 do CPC, da seguinte forma:

Por isso, não vemos como o artigo 213 não pode ser pertinente ao réu bem como a qualquer outro interessado no desfecho da lide, como também já se manifestou autorizada doutrina. Desse modo, citação deve ser considerada como “o ato pelo qual se chama a Juízo todo aquele que deve figurar na relação jurídica processual, como parte”, integrando-se, assim, a relação processual para que a sentença seja proferida eficazmente.²²⁰

O autor acaba por criticar aqueles que dizem que a citação dos litisconsortes ativos ofenderia o princípio constitucional da liberdade, invocando o direito, garantido constitucionalmente, de todos poderem invocar a tutela jurisdicional de forma incondicionável²²¹.

Cassio Scarpinella Bueno, na esteira dos fundamentos da tese

²¹⁸ LAMBAUER, Mathias. **Do litisconsórcio necessário**, p. 121-122.

²¹⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. Litisconsórcio ativo necessário. *Revista de Processo*, São Paulo, v.22, n. 88, p. 285, out./dez. 1997.

²²⁰ MEDINA, José Miguel Garcia. Litisconsórcio ativo necessário. *Revista de Processo*, São Paulo, v.22, n. 88, p. 288, out./dez. 1997.

²²¹ *Ibid.*, p. 290.

afirmativista, se coloca favorável: “aqueles que entendem que *também* para o litisconsórcio necessário *ativo* a “*convocação*” do autor faltante se faz necessária sob as penas do parágrafo único.”²²²

A citação é ato de integração de alguém à relação processual. E, tem-se que é absolutamente suficiente que seja dada ciência de que há uma ação pendente, a fim de que esteja esse alguém vinculado ao processo

Basta esta providência para que a relação processual fique completa e isenta de qualquer espécie de vício ou defeito (parte plúrima). O agir em juízo deste autor, o litisconsorte necessário faltante, ademais, é, como todo agir, *ônus, faculdade*, nunca obrigatoriedade. Neste sentido, afasta-se a queixa de que alguém estaria sendo obrigado a *efetiva e concretamente* litigar em juízo.²²³

Ainda comungam da tese afirmativista Eduardo Arruda Alvim²²⁴ e Marcelo Abelha Rodrigues²²⁵.

Nelson Nery Júnior²²⁶, Alexandre Freitas Câmara²²⁷ e José Roberto dos Santos Bedaque²²⁸ também admitem a integração do litisconsorte renitente ao processo, mas o estudo de seus posicionamentos ficou para esse momento, porque comungam da tese de que o mesmo deve ser citado para compor o pólo passivo.

²²² BUENO, Cassio Scarpinella. **Partes e terceiros no processo civil brasileiro**. São Paulo : Saraiva, 2003. p. 117.

²²³ BUENO, loc.cit.

²²⁴ ALVIM, Eduardo Arruda. **Curso de direito processual civil**. vol. 1. São Paulo : RT, 1998. p. 242.

²²⁵ “Outra hipótese não menos importante é quando se trata de litisconsórcio necessário ativo, e um dos litigantes não quer litigar em conjunto com o outro. Tal atitude não pode ferir o direito constitucional de ação. Neste caso, deve propô-la sozinho e mandar citar o que deveria ser autor. Sendo este citado, integrará a relação processual, de modo que a sentença aí produzida o atingirá. O que importa é que os litisconsortes necessários possam figurar na relação jurídica processual, seja em qual pólo processual for.” (RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**. vol. 2. 2ªed. São Paulo : RT, 2003.p. 107.).

²²⁶ NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 7ª Edição. São Paulo : RT, 2.003. p. 413-414.

²²⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. Vol 1. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1998. p. 158-159.

Nelson Nery Júnior, rechaçando a tese negativista de Cândido Rangel Dinamarco, entende:

a-) ser possível a citação do litisconsorte necessário que se recusa a propor a ação, todavia que o mesmo deverá ser citado, para integrar o pólo passivo da demanda, uma vez que sua pretensão é diferente da do outro litisconsorte necessário;²²⁹

b-) uma vez citado, o litisconsorte renitente poderá assumir o pólo ativo, se assim desejar, atendendo os reclames do autor, ou manter-se no pólo passivo, como réu, importando tão somente que todos os litisconsortes estejam integrados à relação processual.

Apresentada essa solução, diz que o problema do litisconsórcio ativo necessário levantado pelos negativistas é falso, porque não existe.²³⁰

Alexandre Freitas Câmara concorda com o pensamento de Nelson Nery Júnior, tanto no que diz respeito à inclusão do litisconsorte renitente, desde o início do processo, no pólo passivo da demanda quanto sobre a inexistência do problema²³¹.

²²⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Comentários ao artigo 47 do Código de Processo Civil**. In: MARCATO, Antonio Carlos. (Coord.). *Código de processo civil interpretado*. São Paulo : Atlas, 2004. p. 155.

²²⁹ “Quando pelo direito material, a obrigatoriedade da formação do litisconsórcio deva ocorrer no pólo ativo da relação processual, mas um dos litisconsortes não quiser litigar em conjunto com o outro, esta atitude potestativa não pode inibir o autor de ingressar com a ação em juízo, pois ofenderia a garantia constitucional do direito de ação (CF 5º XXXV). O autor deve move-la, sozinho, incluindo aquele que deveria ser seu litisconsorte ativo, no pólo passivo da demanda, como réu, pois existe *lide* entre eles, porquanto esse citado está resistindo à pretensão do autor, embora por fundamento diverso da resistência do réu.” (NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado...**, p. 413.)

²³⁰ “Daí a tese negativista haver suscitado um *falso problema*: não se estará “obrigando” alguém a mover ação, mas se estará movendo ação contra esse renitente. Em resumo: não existe o problema. O processo civil é mais simples do que se pretende fazê-lo parecer.” (NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado...**, p. 413.)

²³¹ “Parece-nos, assim, que inexistente litisconsórcio necessário ativo. Nos casos em que a natureza da relação jurídica impõe a presença de todos os seus sujeitos no processo, esta presença pode se dar em qualquer dos lados da relação processual. Assim sendo, aqueles que não quiserem propor a ação deverão ser incluídos no pólo passivo da demanda.” (CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**, p. 159.)

Por seu turno, José Roberto dos Santos Bedaque defende a idéia de que o problema se resolve, também, com a inclusão do renitente no pólo passivo do processo, *bastando que o autor, ao descrever a causa de pedir, impute a ele comportamento contrário à realização espontânea do direito*²³².

O autor fundamenta seu ponto de vista, baseado na necessidade da presença de todos os litisconsortes na relação processual, sob pena de extinção do processo.

Os três últimos processualistas entendem que o renitente deve ser citado como réu, tendo em vista a discordância do mesmo, quanto à propositura da demanda, mas não deixam de admitir que será possível trazer ao processo aquele que será, potencialmente, litisconsorte ativo necessário.

O posicionamento de que o litisconsórcio necessário não passará, então, de uma ficção ou um falso problema, data vênica, não se trata do melhor entendimento, pois, queira-se ou não, necessita de solução, tendo em vista a própria utilidade do processo em que o mesmo é exigido.

Falar-se que o litisconsórcio necessário ativo não existe parece não ser a visão mais apropriada.

Afinal de contas, se a ação for proposta por todos os litisconsortes ativos, estará o mesmo formado.

E, mesmo quando o renitente não quiser litigar, o problema persistirá, de modo que deverá ser empregada alguma técnica processual, para

²³² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Comentários ao artigo 47 do Código de Processo Civil**. In: MARCATO, Antonio Carlos. (Coord.). **Código de processo civil interpretado**. São Paulo : Atlas, 2004. p. 155.

resolvê-lo.

Tais objeções não descaracterizam o posicionamento desses doutrinadores, como sendo afirmativistas, porquanto, como anunciado, admitem a integração do renitente à relação processual.

O posicionamento afirmavista parece ser o mais coerente com o sistema, já que almeja a não privação do outro litisconsorte (autor) de ver sua pretensão analisada pelo Judiciário, evitando ofensa ao princípio do acesso à justiça.

Deve-se admitir que poucos são os casos de litisconsórcio ativo necessário, mas existem e o Judiciário tem o dever legal de, ao menos, conhecê-los, uma vez que não se admite, no pátrio sistema, o *non liquet*, conforme se verifica do artigo 126 do CPC²³³.

Por conseguinte, privar o co-titular de buscar uma solução para a sua pretensão, extinguindo processo sem julgamento do mérito, sob o argumento de que o renitente não quer litigar, equipara-se à negativa de prestação de tutela jurisdicional.

²³³ Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

8.5 Perspectiva adotada – a citação como mecanismo integrativo

A perspectiva adotada, nesta pesquisa, é a tese afirmativista, isto é, admite-se que o litisconsorte ativo necessário renitente seja integrado à relação processual, de modo que venha a dela participar, tornando viável a demanda ante a necessidade de formação plurissubjetiva.

O mecanismo a ser utilizado, para a integração, será, sem dúvida, a citação e nos mesmos moldes mencionados por Thereza Alvim²³⁴, Cássio Scarpinella Bueno²³⁵, José Miguel Garcia Medina²³⁶ e Marcelo Abelha Rodrigues²³⁷.

Isso, porque se deve firmar a idéia de que a citação não pode ser tratada como mero ato processual de comunicação processual, por meio da qual se chama a juízo o réu ou o interessado, para se defender, fruto de uma interpretação literal do artigo 213 do Código de Processo Civil.

A citação deverá ser vista dentro de um contexto mais amplo, do qual será possível verificar-se que a mesma é *o ato magno de informação e de participação processual*²³⁸, garantidora do acesso à justiça e do contraditório e ampla defesa, previstos constitucionalmente.

O contexto em que deverá estar inserida a citação é o constitucional,

²³⁴ ALVIM, Thereza. **O direito processual de estar em juízo**, p. 144-145.

²³⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. **Partes e terceiros no processo civil brasileiro**, p. 117.

²³⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. Litisconsórcio ativo necessário. *Revista de Processo*, São Paulo, v.22, n. 88, p. 288, out./dez. 1997.

²³⁷ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**, p. 107.

²³⁸ O adjetivo *magno* foi utilizado por Luiz Fernando Belinetti, para designar a sentença como “ato jurisdicional magno”, *in verbis*: “Entre os atos decisórios encontra-se a *sentença*, que entendo como o ato jurisdicional magno, ou seja, aquele em que a função jurisdicional realiza a sua tarefa mais nobre e significativa.”. (BELINETTI, Luiz Fernando. **Sentença civil**, p.86). Aqui, com a devida *venia* do preclaro processualista,

por não haver dúvidas de que, atualmente, em especial com o advento da Constituição Federal de 1.988, o direito processual encontra suas primeiras fontes na Lei Maior²³⁹.

No caso da citação, a sua base fundamental está no princípio constitucional do contraditório e ampla defesa²⁴⁰. E, partindo desse, também nos princípios da igualdade e do acesso à justiça ou garantia da ação e defesa.

O princípio do contraditório garante a participação de todos os interessados no processo civil. Dele sobressai a idéia de que a lei deve regulamentar os mecanismos de comunicação dos atos processuais, de maneira que, no mínimo, se garanta a ciência da existência da demanda e de atos processuais.

Nelson Nery Júnior expõe seu pensamento sobre o contraditório da seguinte maneira:

Por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis. Os contendores têm direito de deduzir suas pretensões e defesas, de realizar as provas que requereram para demonstrar a existência de seu direito, em suma, direito de serem ouvidos paritariamente no processo em todos

utiliza-se o mesmo termo, para realçar-se a importância da citação dentre os demais atos de comunicação processual.

²³⁹ É oportuno dizer-se que a Carta Magna de 1.988 não só tem constitucionalizado o direito processual como também o tem transformado num dos mais importantes instrumentos de manutenção do Estado Democrático de Direito, pois assegura aos cidadãos tutela jurisdicional, isto é, proteção por intermédio do Poder Judiciário, quando há ameaça ou lesão a direitos subjetivos ou interesses coletivos em sentido amplo.

²⁴⁰ “A existência da citação, no início de cada processo, seja no de conhecimento, no cautelar e no de execução, prende-se ao princípio da *bilateralidade da audiência*, sendo uma exigência impostergável para a *existência* do processo (em relação ao réu) e da sentença.” (ARRUDA ALVIM, José Manoel de. **Manual de direito processual civil**. p. 255). De maneira mais explícita, contudo, no mesmo sentido, assevera Antonio Cláudio da Costa Machado: “O direito inalienável de ser citado corresponde à primeira e fundamental garantia de um processo livre e democrático. É por meio dele que se expressa, inicialmente e em toda a sua magnitude, o princípio do contraditório, que é decomposto em direito à informação e direito à contradição (à participação dialética e efetiva na relação processual ou direito de defesa).” (MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de processo civil interpretado**, p. 261).

os seus termos.²⁴¹

No mesmo diapasão segue Ovídio Araújo Baptista da Silva, acrescentando que

O processo moderno não impõe a obrigatoriedade da presença do réu como condição essencial pra que a relação processual se desenvolva e atinja normalmente o momento final da jurisdição. O que é indispensável é que se coloque o réu na condição de poder defender-se. A isto se reduz o princípio da *bilateralidade da audiência (audiatur et altera pars)*.²⁴²

Contraditório é garantia de informação, que proporciona à parte a faculdade de participação dialógica no processo, de um modo geral.

Ao garantir a participação do cidadão no processo jurisdicional, o contraditório também o legitima como instrumento de proteção estatal²⁴³, ao lado dos processos administrativos e legislativos.

Além desse aspecto participativo, decorre, do contraditório, o tratamento paritário que as partes devem ter no bojo do processo jurisdicional.

Na dialética processual, aos sujeitos parciais tem que se garantir a paridade de armas, visando a que a “disputa” seja justa, de modo que possam fazer valer todas as formas de defesa, recursos e provas, mantendo-se a igualdade entre

²⁴¹ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 7ª ed. São Paulo : RT, 2002. p. 137.

²⁴² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Curso de processo civil**. 7ª ed. São Paulo : RT, 2000. p. 315-316.

²⁴³ “O fundamento de legitimidade do processo jurisdicional não poderia ser diferente. O exercício do poder estatal através do processo jurisdicional há de ser legítimo, mas a legitimidade do exercício do poder somente pode ser conferida pela abertura à participação. Ora, se o processo jurisdicional deve refletir o Estado Democrático de Direito, a idéia básica do processo deve ser a de garantir aos interessados uma participação efetiva no procedimento que levar à edição da decisão. Participação, porém, pressupõe informação e, na generalidade dos casos, possibilidade de reação. A participação no processo jurisdicional, portanto, está vinculada à idéia de efetividade do contraditório.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 3ª ed. São Paulo : Malheiros, 1999. p. 251).

os mesmos.²⁴⁴

Considerando-se esse meio ambiente de participação e de tratamento paritário, a citação, que é considerada ato processual de comunicação e de integração, se transforma em mecanismo de acesso à justiça, de modo que, além do autor, outras pessoas, ou seja, o réu, litisconsortes e terceiros tenham acesso à tutela jurisdicional.

Dessa forma, a citação é o ato pelo qual se chama a juízo o réu, litisconsorte, bem como todos os demais juridicamente interessados, a fim de que sejam integrados à relação processual, para que esta possa surtir os efeitos válidos, não importando se o sujeito venha compor o pólo passivo ou o ativo da demanda.

O que realmente importa é que, por intermédio da citação, se garanta a comunicação da existência de uma demanda e a participação processual.

A lição de Antônio Dall'Agnol é bastante oportuna e traz uma noção sobre aquilo que se pretende com a citação:

Concluindo, e em resumo, presente sempre a idéia de que os conceitos da lei “não têm eficácia vinculativa”, há de se compreender a **citação como o ato judicial através do qual se chama alguém a juízo, para que venha integrar a relação processual, cientificando-se-o do objeto (fim, escopo)**. A noção, conforme já observado, extrai-se do sistema, sinalizando os preceitos contidos nos arts. 213 e 225, II, apenas o caminho a ser percorrido. (o grifo não está no original)²⁴⁵

A noção de citação, como ato integrativo, é perfeitamente aplicável

²⁴⁴ Sobre essa outra importante faceta do princípio constitucional do contraditório, Paulo Henrique dos Santos Lucon lecionou: “O contraditório está precisamente no direito de participação no processo, mediante a utilização de todas as armas legítimas e disponíveis destinadas a convencer o julgador a outorgar um julgamento favorável a quem tem um direito. O contraditório é preservado na medida em que a igualdade entre os litigantes o seja.” (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Garantia do tratamento paritário das partes**. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord). **Garantias constitucionais do processo civil**. 1ª ed. São Paulo : RT, 1999. p. 103.)

²⁴⁵ DALL'AGNOL, Antônio. **Comentários ao código de processo civil**. vol 2. São Paulo : RT. 2000. p. 474.

para os casos de litisconsórcio ativo necessário.

O autor requererá a citação do litisconsorte renitente, para integrar a relação processual, fundamentando seu pedido com as razões que justificam a participação do mesmo (a lei ou a natureza da relação jurídico-substancial exigem o litisconsórcio necessário), dando-lhe oportunidade de participação, cientificando-o do objeto do processo e os motivos pelos quais está sendo chamado a participar do processo.

O pedido citatório não especificará o pólo que o litisconsorte deverá assumir, mas tão somente levará ao seu conhecimento deste os exatos limites da demanda, garantindo-lhe a possibilidade de manifestação.

Esse tipo de citação não causa nenhum tipo de ofensa à garantia constitucional de liberdade desse litisconsorte. Ao contrário, garante-lhe a possibilidade de vir ao processo e demonstrar as razões pelas quais não tinha a pretensão de litigar.

Os negativistas pregam que a integração forçada do litisconsorte renitente ofende o direito constitucional de liberdade.

No entanto essa idéia deve ser repensada, a partir de uma outra perspectiva, especialmente quando se coloca, frente-a-frente, essa garantia com a garantia do acesso à justiça, que assegura a todo cidadão o livre acesso ao Judiciário²⁴⁶.

²⁴⁶ As idéias que serão expostas a seguir têm como fundamento básico, o posicionamento adotado por José Miguel García Medina em estudo sobre o litisconsórcio ativo necessário, publicado na Revista de Processo n.º 88.

O princípio da liberdade vem, desse modo, descrito no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal:

ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei

Por outro lado, o direito de ação ou princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional encontra-se delineado da seguinte forma, no artigo 5º, inciso XXXV, da Magna Carta:

a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito

Analisando os textos dos princípios citados, verifica-se algo em comum entre eles: a palavra **lei**. Essa fará a diferença, com o intuito de a integração do renitente na relação processual.

Enquanto a **lei** estabelece que alguém poderá fazer ou deixar de fazer alguma coisa, quando se tratar de liberdade, o acesso do cidadão ao Poder Judiciário não poderá estar condicionado pela **lei**²⁴⁷.

Considerando-se que o artigo 47 do Código de Processo Civil determina que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes necessários e que o autor deverá promover a integração destes à relação processual, sob pena de extinção do processo, não há qualquer ofensa ao princípio da liberdade, pois, nesse caso, a **lei** está determinando essa inclusão.

²⁴⁷ Esse é o posicionamento de José Miguel Garcia Medina: "O alcance de cada um dos princípios, desse modo, é perceptível por simples interpretação literal. Verifica-se que, enquanto a lei pode restringir a liberdade de agir, determinando ações positivas ou negativas, o direito de invocar a tutela jurisdicional é incondicionável pela lei. Deflui que a lei não pode afastar a tutela jurisdicional, mas pode restringir a liberdade daquele que pretendia manter-se inerte." (MEDINA, José Miguel Garcia. Litisconsórcio ativo necessário. *Revista de Processo*, São Paulo, v.22, n. 88, p. 290, out./dez. 1997.)

Alguém estará fazendo alguma coisa, isto é, sendo obrigado a integrar a relação processual, em virtude de expressa disposição legal.

Não se trata de obrigá-lo a litigar, mas de inseri-lo na relação processual, na qual, necessariamente, deverá estar presente, tendo em vista a incidibilidade do direito posto na demanda e porque a decisão (sentença) a ser proferida o atingirá diretamente.

Mais do que ninguém, esse litisconsorte terá interesse em participar da demanda.

O litisconsorte, então, será citado, para integrar a relação processual, e escolherá, livremente, qual o melhor caminho a tomar. Poderá, de uma vez por todas, compor o pólo ativo (e é o que espera o autor), ficar inerte ou se rebelar contra a vontade do autor.

Esse procedimento escolhido como saída para a solução do problema, ao contrário do preconizado pelos negativistas, visa a oferecer maior segurança ao litisconsorte renitente, dando-lhe liberdade de escolha, ao ser inserido na relação processual, bem como lhe garantindo o contraditório.

Ao autor (co-titular do direito) será garantido o acesso à justiça, visando a debelar sua crise de incerteza, em relação ao direito que pretende discutir em juízo.

Em razão da liberdade de escolha (*rectius*=tomada de decisão) do litisconsorte renitente sobre qual pólo da demanda assumirá, os reflexos processuais serão os mais diversos possíveis.

9 REFLEXOS PROCESSUAIS DA INTEGRAÇÃO DO LITISCONSORTE RENITENTE

A doutrina especializada se debate sobre o problema do litisconsórcio ativo necessário, no que diz respeito à possibilidade ou não de citação do mesmo, como antes mencionado.

Aqueles que admitem a citação do litisconsorte renitente, em especial, não tratam de todos os reflexos processuais que decorrem dessa possibilidade de integração.

Alguns autores já citados, de forma mais clara, tais como Nelson Nery Júnior²⁴⁸ e Alexandre Freitas Câmara²⁴⁹, fazem menção a que o litisconsorte deva ser citado, para compor o pólo passivo e ser tratado como réu, tendo, como fundamento, para tanto, a máxima de que ninguém pode recusar-se a ser réu em uma demanda.

Mathias Lambauer²⁵⁰ também faz comentários sobre a participação do citado, afirmando que, em caso de discordância do mesmo em relação à pretensão do autor, deveria ser formado um litisconsórcio passivo na demanda, tal como uma assistência litisconsorcial.

Esses doutrinadores não se omitem e tratam de alguns reflexos processuais, mas existem outros reflexos a serem explorados.

Em se tratando de litisconsórcio ativo necessário, muitas vezes, não haverá uma norma de direito processual que, expressamente, resolva tal problema.

²⁴⁸ NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado...**, p. 414.

²⁴⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**, p. 159.

²⁵⁰ LAMBAUER, Mathias. **Do litisconsórcio necessário**, p. 121-122

Todavia o ordenamento jurídico, visto como uma unidade sistemática, coerente²⁵¹ e completa²⁵², poderá ajudar a descobrir uma resposta válida.

O problema não se resolve com a opção do autor da demanda, que tão somente requererá a citação do litisconsorte, sendo que caberá a este último manifestar-se, demonstrando a sua vontade na relação processual, depois de citado, para compor a mesma.

Dependendo da manifestação de vontade do litisconsorte, as conseqüências processuais serão diversas; e, para a verificação desses reflexos processuais, será de grande valia a análise de um caso concreto.

Veja-se o caso de uma demanda em que se pretende a anulação de um contrato de compra e venda, realizado entre dois compradores e dois vendedores, tendo, como causa de pedir, um vício de consentimento.

Um dos compradores pretende desfazer o contrato. Contudo o outro diz que não tem interesse em mover a demanda, por entender que o negócio foi perfeitamente realizado.

²⁵¹ Relembrem-se, aqui, as lições de Norberto Bobbio, filósofo, político e jurista italiano, que sempre defendeu a idéia de um ordenamento jurídico uno, coerente e completo. Quando o referido autor trata da coerência do ordenamento jurídico, menciona que “O próximo problema que se nos apresenta é se um ordenamento jurídico, além de uma unidade, constitui também um *sistema*. Em poucas palavras, se é uma *unidade sistemática*. Entendemos por “sistema” uma *totalidade ordenada*, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem. Para que se possa falar de uma ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si. Quando nos perguntamos se um ordenamento jurídico constitui um sistema, nos perguntamos se as normas que o compõem estão num relacionamento de coerência entre si, e em que condições é possível essa relação.” (BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10ª ed. Brasília : Editora UnB, 1.999. p. 71).

²⁵² Ainda citando BOBBIO, tem-se a importante lição sobre a completude do ordenamento: “Por “completude” entende-se a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso. [...] Em outras palavras, um ordenamento é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma tirada do sistema.” (Ibid., p. 115). Ressalte-se que o autor coloca a completude como um requisito necessário para o funcionamento do sistema, ou seja, pode-se até conceber um sistema que apresente normas incoerentes, mas nunca incompleto.

Verifica-se o impasse quanto à propositura da demanda, que deverá, em razão da natureza da relação de direito material, ser proposta em litisconsórcio ativo necessário, surgindo a figura do litisconsorte renitente.

Aquele que pretende demandar, evitando a decretação da extinção do processo sem julgamento do mérito, já na petição inicial, pede a citação dos vendedores, bem como a do comprador (co-titular do direito e litisconsorte renitente), fazendo menção expressa de que este último está sendo citado, para integrar a relação processual, pois deverá ser litisconsorte ativo necessário e terá de manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias, ou seja, no mesmo prazo que o réu terá, para apresentar a defesa, nos termos do artigo 297 do CPC.

Por analogia, é prudente aplicar-se a regra do art. 72 do Código de Processo Civil, isto é, o juiz ordenará a citação do litisconsorte ativo necessário e suspenderá o processo para os réus, até que aquele nele se manifeste.

Nesse momento, o litisconsorte citado poderá tomar atitudes diferentes e que acarretarão reflexos processuais distintos.

9.1 O litisconsorte assume o pólo ativo

Se o litisconsorte assumir o pólo ativo da demanda, estará formado o litisconsórcio ativo necessário definitivamente e o problema resolvido. Aquilo que esperava o autor se concretizou, a somatória de forças com o outro comprador, para que fosse viável a demanda desconstitutiva do negócio jurídico.

Em razão da opção do litisconsorte renitente, podem-se resumir as conseqüências processuais da seguinte forma:

a-) o litisconsorte será tratado como autor, devendo o juiz determinar que a serventia certifique, nos autos, essa opção, com as devidas anotações;

b-) poderá o litisconsorte aditar a petição inicial, ampliando a causa de pedir e o pedido, como sói acontecer nos casos de denunciação da lide pelo autor, nos termos do artigo 74 do CPC;

c-) o juiz determinará o prosseguimento da demanda, determinando a citação dos réus, para apresentarem as cabíveis formas de defesa;

d-) como houve a integração, a coisa julgada material atingirá a todos os litisconsortes.

A sentença, no processo, não será inútil, mas surtirá, normalmente os seus efeitos, atingindo a quem de direito, precisamente os sujeitos da relação de direito material (compradores e devedores que participaram da relação processual).

9.2 O litisconsorte renitente omissivo

O litisconsorte, após a sua integração na relação processual, poderá omitir-se, não expressando a sua vontade sobre a demanda, deixando transcorrer, em branco, o prazo, para se manifestar.

A conseqüência decorrente dessa inércia é a *aceitação tácita* de ser um dos demandantes, uma vez que, de acordo com o objeto do demanda,

naturalmente, será litisconsorte ativo necessário.

Evitam-se maiores controvérsias, incluindo-se o omissor no pólo ativo, a fim de que seja possível dar-se continuidade ao processo, como uma sentença útil, mesmo porque, com a citação, esse litisconsorte haverá sido integrado à relação processual.

Não se vislumbra ofensa à garantia constitucional da liberdade, entendendo-se que a inércia do citado, nessa hipótese, se configura em um consentimento sobre as condições da demanda, como se tivesse composto, desde o início, o pólo ativo da mesma.

O litisconsorte renitente foi citado para integrar a relação processual e, mais do que isso, cientificado sobre o objeto do processo, tomando conhecimento dos motivos pelos quais foi integrado, restando proporcionado ao mesmo o direito de se manifestar.

Em que pese não ter sido materializada uma manifestação por parte do citado, em razão de sua inércia, não se pode falar, igualmente, em ofensa ao princípio do contraditório.

A informação necessária foi concretizada; o litisconsorte teve ciência das razões que o conduziram à demanda, e o mesmo não se manifestou, porque assim não desejou.

O que realmente importa não é a efetiva manifestação do sujeito, mas a garantia de que foi cientificado e a possibilidade de ser ouvido.

Não poderá o litisconsorte alegar, futuramente, que não tinha ciência de sua integração na relação processual, por não poder manifestar-se ou por ter sido infringida sua liberdade de demandar, o que seria alegar a própria torpeza.

Perfeitamente aplicável, então, tudo o que ficou estabelecido em tópico anterior, sobre o princípio do contraditório e suas dimensões.

Justificada a inclusão do litisconsorte omissivo no pólo ativo da demanda, analisarse-ão algumas conseqüências processuais de tal fato.

Transcorrido o prazo para a manifestação, certificar-se-á, nos autos, essa ocorrência, sendo que o juiz, por força do princípio do impulso oficial, determinará o prosseguimento do processo com a citação do réu ou dos réus.

Caso o litisconsorte ativo necessário omissivo resolva comparecer ao processo, depois de decorrido o prazo de 15 (quinze) dias que lhe foi proporcionado para a sua manifestação, antes da citação dos sujeitos passivos, ser-lhe-á permitido aditar a inicial.

Após a citação, deverá aceitar a demanda nos termos em que foi apresentada pelo outro litisconsorte, recebendo o processo no estado em que estiver.

Um outro aspecto processual, que deve ser ressaltado, é aquele que diz respeito às intimações dos atos processuais ao litisconsorte omissivo, porém integrado ao pólo ativo.

Entende-se que, nesse caso, se aplica o disposto no artigo 49 do Código de Processo Civil, sendo que o litisconsorte deverá ser intimado pessoalmente, caso não tenha advogado constituído nos autos ou pela imprensa oficial, nos termos dos artigos 234 e seguintes do mesmo *codex*²⁵³.

²⁵³ “Do ponto-de-vista procedimental, ou mais especificamente, do ponto-de-vista de dar andamento ao processo, em função da maior ou menor atividade, inexistente qualquer vinculação entre os litisconsortes, valendo a regra para todas as espécies de litisconsórcio (art. 49). [...] O fundamento inspirador da regra geral, ou seja, da independência dos litisconsortes, é o princípio da liberdade (art. 49, 1ª frase), desde que respeitada a

Não parece coerente com o sistema aplicar-se aqui, em razão da omissão do litisconsorte, uma penalidade parecida com a revelia, deixando de intimá-lo nos atos processuais.

Lembre-se de que o renitente foi citado, para integrar a relação processual, mas não é réu. E, se não é réu, não se lhe aplica o art. 319 do CPC, dispositivo que inicia a disciplina da revelia.

O litisconsorte omissor poderá, até, recorrer, por expressa autorização do artigo 499 do CPC, uma vez que se trata de parte no processo.

Os efeitos da coisa julgada atingirão a todos os participantes da demanda, até mesmo o litisconsorte omissor, porque integrou a relação processual, atendendo-se aos limites estabelecidos no artigo 472 do CPC .

Retomando a exposta situação prática, o contrato de compra e venda poderá ser anulado, caso seja procedente a demanda e o desfazimento do negócio valerá para todos aqueles que compuseram o processo (compradores-litisconsortes ativos e vendedores-litisconsortes passivos).

Após o trânsito em julgado da decisão, se o litisconsorte ativo omissor, alegando que não teve possibilidade de participar da relação processual e que experimentou prejuízos em razão da anulação contratual, não poderá repropor a demanda, com as mesmas partes, mesma causa de pedir e pedido, pelo simples fato de estar sofrendo os efeitos subjetivos da coisa julgada material.

comunicação dos atos processuais, devendo-se, pois, dar ciência dos atos praticados aos demais co-litigantes (art. 49, 2ª frase).”(ARRUDA ALVIM, José Manoel de. **Manual de direito processual civil**, p. 109).

9.3 A contrariedade do litisconsorte

Nesse momento, tem-se a hipótese de o litisconsorte manifestar-se contrariamente à formação do litisconsórcio, o que se pode dar de maneiras distintas.

9.3.1 Negação da qualidade de litisconsorte

A contrariedade do litisconsorte renitente pode-se resumir na alegação de que a situação colocada em juízo não é de litisconsórcio necessário ativo, pleiteando a sua exclusão da relação processual, à qual foi integrado contra a sua vontade.

Quando ocorrer tal alegação, caberá ao juiz da causa decidir sobre a existência ou não, no caso concreto, dessa espécie de formação litisconsorcial, isto é, verificará se a lei determina tal formação ou se a relação de direito material a exige ou não.

Antes de manifestar-se sobre o caso, o juiz citará o réu, de modo que este também possa manifestar-se sobre a questão levantada pelo litisconsorte renitente, além das outras defesas que lhe sejam convenientes.

A citação do réu, para apresentar sua defesa na demanda, é importante, porque terá a oportunidade de demonstrar sua concordância ou não sobre a questão levantada. Tal situação poderá colaborar com a atividade do juiz, quando tiver de decidir sobre a formação litisconsorcial.

Com a oitiva do réu, também se procurará evitar futura alegação de nulidades processuais, como a própria ausência do litisconsorte ativo, que ensejará a extinção do processo, sem julgamento do mérito.

Tendo o réu apresentado suas defesas, o juiz determinará que o autor apresente a réplica, se for o caso, nos termos dos artigos 326 e 327 do CPC e, em seguida, realizará a fase saneadora do processo, na qual analisará ou não a pertinência das alegações do litisconsorte rebelde, excluindo-o ou não da relação.

Verifica-se, então, que a responsabilidade da formação ou não do litisconsórcio necessário ativo, nessa situação, é do magistrado da causa, que analisará, objetivamente, os requisitos da necessidade litisconsorcial, fundamentando, de forma clara e precisa, o seu posicionamento, a fim de que não haja restrição alguma, principalmente ao direito de agir do litisconsorte que propôs a demanda.

Cândido Rangel Dinamarco, ao posicionar-se sobre o tema, diz que

Casos não disciplinados especificamente em lei e ainda não batidos na jurisprudência dos tribunais haverão de ser dissecados e examinados pelo juiz, com sua experiência e cultura, mas sobretudo com fina sensibilidade aos valores a preservar mediante o processo, para concluir pela necessidade ou não do litisconsórcio ativo.²⁵⁴

Conclui-se que ao magistrado caberá verificar a ocorrência da necessidade litisconsorcial ativa no início da demanda, antes mesmo de

determinar a citação do réu.

O mencionado processualista entende que, na prática, após a realização de um juízo de admissibilidade da litisconsorciação necessária ativa, se o juiz vier a determinar a citação do litisconsorte renitente e este se negar a compartilhar o pedido do demandante, não restará outra saída senão a extinção do processo, sem julgamento do mérito²⁵⁵, devendo-se respeitar a garantia da liberdade de demandar.

Data vênia, não se pode concordar com o dito posicionamento, especialmente quando o mesmo defende que a extinção do processo, nesse caso, se dará pela simples negativa do litisconsorte rebelde em participar do processo.

A exclusão do litisconsorte ocorrerá, somente se o magistrado se convencer de que não se trata de formação necessária de litisconsórcio, portanto podendo o processo prosseguir, e comportará uma decisão (*rectius*=sentença) válida, sem a participação daquele que seria litisconsorte ativo.

Se o juiz entender tratar-se de uma demanda que exige a formação obrigatória de litisconsórcio no pólo ativo, o litisconsorte renitente deverá contentar-se com compor o referido pólo.

Essas idéias encontram espeque no simples fato de que, uma vez citado para compor a relação processual, o litisconsorte se manifestou tão somente atacando a desnecessidade da formação litisconsorcial.

Ao mesmo foi dada a oportunidade de expor, amplamente, seu descontentamento sobre o pedido da demanda, não se tendo levantado contra a pretensão do outro litisconsorte (autor), o que o coloca tacitamente na mesma

²⁵⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**, p. 239.

posição deste último, formando-se o litisconsórcio ativo necessário.

Não se pode afirmar que tal decisão ou posicionamento afronte o direito de ação do litisconsorte rebelde, posto que ao mesmo foi garantido o direito de participar da relação processual, exercendo, plenamente, o contraditório em todas as suas dimensões.

Ao se manifestar, colocou, em xeque, apenas a necessidade litisconsorcial ativa, ou seja, esperava do Estado-juiz uma decisão que debelasse essa incerteza.

Desaparecendo a dúvida, com o juiz decidindo pela existência e manutenção da necessidade litisconsorcial ativa, deverá o litisconsorte renitente ser colocado ao lado do autor, porque o mesmo não se insurgiu contra o pedido deste último, quando teve a oportunidade de se manifestar.

Uma vez no pólo ativo, será tratado como autor, com os poderes e faculdades a ele inerentes, suportando todos os efeitos da demanda, como se contra ela nunca se tivesse insurgido. Poderá praticar todos os atos processuais que competirem aos litisconsortes ativos, como a indicação de provas a serem realizadas em audiência, apresentação de alegações finais e, até mesmo, recorrer, se for o caso, bem como sofrerá os efeitos da coisa julgada material.

9.3.2 Improcedência da demanda requerida pelo renitente

Deve-se admitir a hipótese de o litisconsorte renitente rebelar-se contra a pretensão do autor, alegando que se colocará absolutamente contrário à

²⁵⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**, p. 239.

demanda, pois não tem interesse jurídico, muito menos econômico em demandar, entendendo, por bem, defender a manutenção da relação jurídica de direito material colocada em juízo.

Na sua manifestação demonstra os motivos pelos quais deverá ser julgada improcedente a demanda, apresentado razões, como se réu fosse.

Entre os problemas que decorrem do estudo do litisconsórcio ativo necessário, não há dúvidas de que esse seja o mais complexo, porque, nessa hipótese, se torna absolutamente inviável que aquele que seria litisconsorte ativo, obrigatoriamente, tenha de aderir à posição ativa.

Considerando-se que o litisconsorte renitente já foi integrado à relação processual, mas não aceitou a posição que deveria assumir, tendo se insurgido contra a pretensão do autor, pergunta-se: qual papel assumirá no processo?

Antes de se obter uma resposta a este questionamento, é imperioso que o juiz determine o prosseguimento do feito, com a realização da citação do réu, para que o mesmo, caso queira, apresente os mecanismos de defesa cabíveis.

Nessa hipótese, é muito importante que o juiz aguarde a manifestação do réu, porquanto, dependendo do modo como este apresentar sua defesa, o renitente terá sortes diferentes. Não se poderá descartar a hipótese de o réu sequer apresentar defesa, recaindo sobre ele os efeitos da revelia.

O réu poderá tomar as seguintes atitudes:

a-) deixar transcorrer, em branco, o prazo para a defesa; os fatos narrados pelo autor na inicial serão tidos por verdadeiros, como preceitua o artigo 319 do Código de Processo Civil;

b-) reconhecer, juridicamente, o pedido;

c-) contestar e pedir a improcedência da demanda;

Diante das três situações fáticas apresentadas, o renitente não poderá ser considerado litisconsorte ativo, posto que, antes de tudo, se apresentou contrário à pretensão do autor.

Como então deverá ser tratado, processualmente, o litisconsorte renitente nesses casos?

9.3.2.1 A figura da oposição imprópria

Para as situações em que o réu for considerado revel ou reconhecer juridicamente o pedido, o litisconsorte renitente não poderá ser admitido como autor ou como réu, tendo em vista a colisão de interesses.

A figura que o ordenamento processual civil pátrio regulamenta e que pode resolver o problema, considerando suas principais características, é o instituto da oposição, que se encontra entre as formas de intervenção de terceiro.

Especificamente, o que a doutrina chama de *oposição interventiva*, que será mais bem explorada a seguir.

Não se trata de aplicar a oposição do modo como apresentada nos artigos de 56 a 61 do CPC, uma vez que será tecnicamente incorreto. Há a necessidade de uma adaptação.

Por essa razão, é que serão tecidas considerações sobre a oposição interventiva, sua natureza e os efeitos que produz na relação processual.

A expressão oposição interventiva é explorada por Cândido Rangel Dinamarco da seguinte forma:

No sistema do Código de Processo Civil a oposição será deduzida no mesmo processo em que as partes originariamente contendem, sempre que vier *antes da audiência* (art. 59). Autêntica *intervenção*, pois. Com ela, aquele que não é parte mas pretenda o mesmo *bem* ou *direito* em torno do qual litigam as partes tornar-se-á parte também e estará inserido na relação processual já existente.²⁵⁶⁻²⁵⁷

Analisando a oposição como é apresentada pela doutrina, verifica-se que se trata de um mecanismo que exige o exercício do direito de ação, com a apresentação de um pedido por parte do oponente, de forma espontânea.

A priori, não seria possível equiparar-se o litisconsorte renitente ao oponente interveniente, uma vez que aquele foi integrado à relação processual, porque o autor requereu sua citação, visando à formação do litisconsórcio ativo necessário.

Entretanto não será o fato do exercício da oposição o mote para a equiparação, mas sobretudo, os reflexos processuais que esse tipo de intervenção provoca no processo pendente.

²⁵⁶ Para Cândido Rangel Dinamarco, a oposição é "[...] a demanda através da qual terceiro deduz em juízo pretensão incompatível com os interesses conflitantes de autor e réu de um processo cognitivo pendente. Esse conceito engloba os pontos essenciais da teoria da oposição e todos os aspectos que o integram, a saber: a) a oposição como *demanda*, com que o seu autor vem a juízo pedir algo para si; b) a qualidade de *terceiro*, que obviamente o autor deixa de ter, tornando-se parte a partir do momento em que intervém em processo alheio; c) a incompatibilidade substancial de interesses (*excluir* o direito de ambas as partes); d) a litispendência *inter alios*; e) a pertinência exclusiva ao processo de conhecimento – não ao executivo, não ao monitório, não ao cautelar. Permite ainda: f) distinguir entre a oposição *interventiva*, que se faz ingressando em processo pendente entre os opostos, e a *autônoma*, que dá origem a um processo novo." (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Intervenção de terceiros**. 2ª ed. São Paulo : Malheiros, 2000. p. 37-38).

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 46-47.

O instituto da oposição representa uma pretensão própria, incompatível com os interesses dos litigantes, em especial com a pretensão do autor

A razão de ser da oposição é a *incompatibilidade* entre a pretensão do terceiro e as das partes originárias. Essa incompatibilidade tem por objeto o próprio bem que o autor pleiteia com fundamento em *direito real* ou pessoal (créditos etc.). [...] Para obtê-lo, ele formula um pedido que se desdobra em dois: a) que não seja concedida ao autor a tutela jurisdicional pedida na petição inicial e b) que a ele, oponente, seja concedida uma tutela jurisdicional a esse mesmo bem.²⁵⁸

É nesse sentido de exclusão de pretensões que o litisconsorte renitente deverá ser equiparado ao oponente interventivo. A pretensão exposta por ele, ou seja, a improcedência da demanda acaba por excluir tanto a do autor quanto a do réu que, eventualmente, seja revel ou do réu que reconheceu, juridicamente, o pedido.

E mesmo que o interesse seja compatível com o réu, estará sendo excluída a pretensão do autor.

Desse modo, tem-se uma nova modalidade de incidente processual, que pode ser chamada de ***oposição imprópria***, uma vez que o litisconsorte não interveio, como terceiro, na relação processual, não demandou, como se tivesse apresentado oposição, mas a pretensão por ele exposta exclui a dos outros demandantes ou de, pelo menos, um deles.

Em, pelos menos, um aspecto, a integração do litisconsorte renitente se coaduna com a participação do oponente interventivo.

Existem outros motivos, para o que litisconsorte seja equiparado ao

²⁵⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. vol II. São Paulo : Malheiros, 2001. p. 379.

opoente, quando se trata de oposição interventiva. Um desses motivos é que esse tipo de oposição não gera um novo processo e, portanto, uma nova relação processual.

Parafraseando Cândido Rangel Dinamarco, a oposição interventiva não dá ensejo a uma nova relação processual, sendo julgada com a causa principal, caracterizando-se como um incidente do processo, *recaindo sobre ele e nele sendo resolvida juntamente com a causa originária – não um processo incidente, como a oposição autônoma.*²⁵⁹

Essa conclusão é oriunda da interpretação do artigo 59 do Código de Processo Civil, que, expressamente, menciona que a oposição proposta antes da audiência será apensada aos autos principais e julgada em *simultaneus processus*.

A manifestação do litisconsorte renitente, apresentada logo após a sua integração na relação processual, que exclui a pretensão do autor e do réu, não gera uma nova relação processual, mas se caracteriza como um incidente processual²⁶⁰.

Esse fato é muito importante para o estudo realizado nesse trabalho, posto que o litisconsorte renitente tem que participar da mesma relação processual na qual está inserido o autor (litisconsorte), de maneira que a decisão a ser proferida no processo atinja a ambos, sendo útil.

Com essas considerações, a relação jurídica processual ficará

²⁵⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Intervenção de terceiros**, p. 48.

²⁶⁰ São absolutamente diferentes processo incidente e incidente do processo. Enquanto o primeiro dá ensejo a uma relação processual nova, o segundo é “[...] ato ou série de atos realizados no curso de um processo. É um procedimento menor, inserido no procedimento desse processo, sem que surja nova relação jurídica processual. Por isso, tem-se mero *incidente do processo* quando se deduz a oposição antes de iniciada a audiência (CPC, art. 59). Não é um processo novo que se forma, mas o mesmo e único processo, cujo objeto se alarga e cuja conformação subjetiva passa a abrigar um personagem a mais.” (Ibid., p. 94).

Antes de se encerrarem tais considerações, há um problema que deve ser enfrentado e que diz respeito ao réu que reconheceu juridicamente o pedido do autor.

Relembrando a hipótese fática exposta no início desse ponto, verifica-se que o autor requereu a desconstituição do negócio jurídico como pedido da demanda, bem como a citação do renitente, porque se tratava de litisconsórcio ativo necessário.

O renitente manifestou-se contrariamente a esse pedido, dizendo que a sua pretensão era pela manutenção da relação negocial, com a improcedência da demanda.

O réu, por seu turno, manifestou-se reconhecendo, juridicamente, o pedido do autor, o que geraria, nos termos do artigo 269, II, do CPC, a extinção do processo com julgamento.

No presente caso, o reconhecimento jurídico do pedido não exclui a necessidade de análise do pedido realizado pelo litisconsorte renitente, chamado agora, de oponente impróprio.

Pelo fato de ter-se configurado no processo, o instituto do reconhecimento jurídico do pedido não vincula o juiz a um julgamento de procedência da demanda, porquanto, na relação processual, se encontra presente um outro sujeito que se opõe à pretensão do autor.

O resultado do julgamento de mérito da demanda será imprevisível, portanto cabendo ao juiz, após produção de provas (se houver necessidade de instrução), julgá-la procedente ou improcedente.

A coisa julgada atingirá a todos os que compuseram a relação

processual, autor, réu e oponente impróprio.

Com a adoção da **oposição imprópria** como incidente processual, gerado a partir da manifestação contrária à pretensão do autor da demanda, por parte do renitente, não se verá formada, então, a figura do litisconsórcio ativo necessário.

Configurar o litisconsorte renitente como um oponente impróprio parece ser a forma mais democrática possível de participação processual, posto que se evita a ofensa ao direito de liberdade de demandar do mesmo, bem como lhe dá oportunidade de manifestar-se amplamente, com a garantia de que sua vontade será observada.

É uma forma de garantir-se ao autor da demanda o acesso a um julgamento de mérito, evitando-se a extinção do processo por ausência de legitimidade²⁶¹, caso o renitente se demonstre totalmente contrário à demanda.

9.3.2.2 Formação de litisconsórcio facultativo passivo ulterior

Há, finalmente, a situação do litisconsorte renitente, que, integrado à relação processual, se manifesta pela improcedência da demanda e o réu, na contestação, também pede a improcedência do pedido do autor.

O litisconsorte não adere ao pólo ativo. E, mais, acaba se colocando ao lado réu, pleiteando a manutenção da relação de direito material, objeto da lide.

Primeiramente, não se pode perder de vista que o co-titular do direito discutido em juízo, que se coloca absolutamente contrário à pretensão do autor, é parte no processo, principalmente porque, além de ter sido integrado à relação processual, mediante a citação, em caso de normalidade, será litisconsorte necessário ativo, juntamente com o autor.

Sendo parte, sofrerá todos os influxos da autoridade da coisa julgada material e se submeterá aos seus limites objetivos e subjetivos.

É importante considerar-se que a posição adotada leva em conta, como já ficou demonstrado, a vontade do renitente, ou seja, a liberdade de tal sujeito escolher com quem pretende associar-se, para litigar.

Diante de tais premissas, parece mais coerente admitir-se que haverá, nesse caso, a formação de um *litisconsórcio facultativo passivo ulterior*, por disposição de vontade do renitente, haja vista, entre ele e o réu, haver uma identidade de interesses, qual seja a manutenção da mesma relação jurídica de direito material, deduzida em juízo.

Adota-se o posicionamento defendido por Mathias Lambauer²⁶², que propõe que o litisconsorte discordante possa integrar a demanda no pólo passivo, deduzindo seus interesses contrários dos do autor, que intentou a demanda.

Tanto o renitente quanto o réu concordam em que o resultado de mérito da demanda deve ser de improcedência. Desse modo, por uma questão de afinidade, comungam a mesma opinião, buscando uma só tutela jurisdicional – a improcedência da demanda.

²⁶¹ Relembre-se o fato de que parte da doutrina entende que, caso o litisconsorte seja citado, para compor a relação processual, e o mesmo se declare contrário a demanda, a única saída será a extinção do processo sem julgamento do mérito.

²⁶² LAMBAUER, Mathias. **Do litisconsórcio necessário**, p. 121-122.

Esse fato acaba por gerar um litisconsórcio facultativo-unitário entre o renitente e o réu, visto que a decisão será uniforme, tanto para um quanto para o outro, isto é, não poderá ser de procedência para um e de improcedência para o outro.

Poder-se-ia objetar que seria inconciliável, tendo, como perspectiva a relação jurídica de direito material, a reunião no pólo passivo da demanda o renitente e o réu, haja vista, materialmente, pertencerem a pólos antagônicos.

Todavia, a perspectiva é a da relação processual, que tem, como objeto, a tutela jurisdicional e, nesse aspecto, ambos concordam e têm o mesmo objetivo; e mesmo que seja a sentença de procedência, ambos terão que aceitar o desfazimento do negócio jurídico, objeto da lide.

No plano processual, Mathias Lambauer²⁶³ também questiona se essa situação poderia ensejar um tipo de assistência litisconsorcial.

Para classificar-se o renitente como assistente litisconsorcial, deve-se verificar se o terceiro que ingressa na relação processual será ou não parte.

É que alguns processualistas preconizam que, mesmo na assistência litisconsorcial, o terceiro, ao ingressar na demanda, não se transforma em parte.

Para Athos Gusmão Carneiro, por exemplo, o terceiro, tanto na assistência adesiva quanto na qualificada,

Torna-se sujeito do processo, mas *não se torna parte*. O assistente insere-se na relação processual com a finalidade ostensiva de coadjuvar a uma das partes, de ajudar aos *assistido*, pois o assistente tem interesse em que a sentença venha a ser favorável ao

²⁶³ Ibid., p. 122.

litigante a quem assiste.²⁶⁴

E, mais, parafraseando o processualista, o terceiro, na assistência litisconsorcial, atua, “como se” fosse um litisconsorte do assistido, de modo que a este se aplica a regra do art. 48 do Código de Processo Civil²⁶⁵.

No mesmo sentido, pode-se citar o posicionamento de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, que, nos comentários ao artigo 54 do CPC, dizem que “a norma regula a assistência litisconsorcial ou qualificada. Assemelha-se, de forma prática, a uma espécie de litisconsórcio facultativo ulterior.”²⁶⁶

Os mencionados autores, apesar de citarem a semelhança existente entre os institutos, deixam transparecer que o assistente litisconsorcial é um terceiro, mesmo após a integração do mesmo à demanda.

Sob esse prisma, não é possível admitir-se que o litisconsorte renitente seja um assistente litisconsorcial do réu, amparando este último na busca de um julgamento de improcedência da demanda, porque o primeiro é parte, e não terceiro, posto que inserido na relação processual, mediante a citação.

Por outro lado, se se fixar a premissa de que o assistente litisconsorcial, ao ingressar na relação processual, se transformará em parte, poder-se-á admitir que o renitente seja um assistente litisconsorcial do réu.

Humberto Theodoro Júnior entende que, na assistência litisconsorcial, o terceiro deixa essa condição, quando ingressa no processo, mencionando:

Quando, porém, o terceiro assume a posição de assistente na defesa

²⁶⁴ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Intervenção de terceiros**. 6ª ed. São Paulo : Saraiva, 1994. p. 107.

²⁶⁵ Ibid., p. 113.

²⁶⁶ NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado...**, p. 425.

direta de *direito próprio* contra uma das partes o que se dá é a assistência *litisconsorcial*. A posição do interveniente, então, passará a ser a de litisconsorte (parte) e não mais de mero assistente (art. 54).²⁶⁷

Analisando essa idéia, tem-se que o litisconsorte renitente que se rebela contra a posição do autor está defendendo direito próprio, isto é, a manutenção da relação jurídica de direito material, por ser essa, também, a pretensão do réu.

Considerando-se que o renitente foi integrado à relação processual, tendo ele escolhido, livremente, o pólo passivo, realizará os atos processuais, mirando a improcedência da demanda e coadjuvando o réu na busca desse objetivo comum.

Em que pese ser possível classificar-se o renitente como assistente litisconsorcial, não parece ser a melhor hipótese, seja porque a doutrina diverge sobre a natureza jurídica da assistência litisconsorcial²⁶⁸, seja porque poderá surgir grande confusão, em razão das posições mediante as quais o renitente e o réu estejam na relação de direito material²⁶⁹.

Dessa forma, melhor classificá-lo como litisconsorte facultativo passivo unitário, pois não haverá dúvida alguma de que o mesmo é parte legítima, defendendo, em nome próprio interesse particular.

²⁶⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**, p. 128.

²⁶⁸ Veja-se o posicionamento de Luiz Guilherme Marinoni, que preconiza que a figura da assistência litisconsorcial, na verdade, é absolutamente desnecessária no ordenamento processual pátrio, porque: “Tal figura – que recebeu o nome de assistente litisconsorcial – revelou-se sem nenhuma utilidade em nosso direito, acabando por assumir a natureza de um litisconsorte facultativo unitário que ingressa ulteriormente no processo. Porém, não se pode denominar aquele que ingressa ulteriormente em um processo, na qualidade de litisconsorte facultativo unitário, de “assistente litisconsorcial”. Este nome, por não corresponder à natureza do instituto que está indicando ou significando, deve ser definitivamente abolido dos nossos códigos de semiótica jurídica.” (MARINONI, Luiz Guilherme B. Sobre o assistente litisconsorcial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 15, n. 58, p. 256, abr./jun., 1990.)

²⁶⁹ José Miguel Garcia Medina chega a admitir a utilização da assistência litisconsorcial no caso em tela, contudo adverte que: “Admitimos, no entanto, que apesar de tal solução ser viável, *in tese*, a mesma seria de difícil aplicação, na prática, justamente porque aqueles que estariam resistindo à pretensão de X1 (quais sejam X2 e X3, que estariam no *mesmo* pólo da relação *contratual* que o autor, e Y, que estaria no *outro* pólo da relação *contratual*) encontram-se em posições distintas, até antagônicas.” (MEDINA, José Miguel Garcia. Litisconsórcio ativo necessário. *Revista de Processo*, São Paulo, v.22, n. 88, p. 291, out./dez. 1997.).

Os atos processuais praticados pelos litisconsortes serão regidos pelas regras da unitariedade, isto é, somente serão eficazes os atos praticados em conjunto; e, mais, a lide será decidida, de modo uniforme, para ambos.

CONCLUSÕES

1. Verifica-se que são várias as hipóteses em que a lei ou a natureza das relações jurídicas de direito material levadas a juízo exigem a formação do litisconsórcio ativo necessário, de maneira que não há como negar-se sua existência e importância prática.

2. O estudo desse tipo de litisconsórcio revela um importante problema, que é o de se saber como trazer à relação processual o litisconsorte que não tem a intenção de litigar, sem que ocorra ofensa ao princípio constitucional da liberdade.

3. Como preservar-se, por outro lado, o acesso à justiça, previsto constitucionalmente, do co-titular do direito que pretende provocar a atividade jurisdicional.

4. Ao tentar resolver esse problema, a doutrina nacional se divide em duas principais correntes. A primeira chamada de negativista, cujos defensores dizem não ser possível a integração do litisconsorte renitente, sob pena de ofensa à liberdade de demandar. Já a segunda, é a afirmativista, que entende ser possível a integração, para garantia do acesso à justiça do co-titular do direito.

5. Diante dessa cisânia doutrinária, conclui-se que a tese afirmativista consegue resolver o problema da colisão dos princípios mencionados, de modo que a integração do litisconsorte renitente à relação processual ocorrerá mediante a citação, entendida como o ato processual *magno* de informação e de participação processual, fundada, basicamente, no princípio constitucional do contraditório e ampla defesa.

6. A citação integrará o litisconsorte renitente à relação processual, sem ofender a sua liberdade de demandar, uma vez que essa liberdade encontra limite na própria lei. Considerando que existe determinação legal (art. 47 do CPC) para a formação do litisconsórcio necessário, não estará havendo qualquer ofensa ao mencionado princípio.

7. Para reforçar a tese defendida, estabelece-se que o acesso à justiça não pode sofrer qualquer tipo de limitação, de maneira que não haverá óbice a impedir a provocação do Judiciário em busca da tutela jurisdicional.

8. O litisconsorte que pretende mover a demanda deverá, então, requerer a citação do renitente, sem apontar o pólo processual que este último deverá compor, para, ao contrário do que pregam os negativistas, preservar a liberdade.

9. O litisconsorte integrado poderá manifestar-se amplamente, demonstrando desde o seu inconformismo com a situação de litisconsorte até requerendo a improcedência da demanda, colocando-se ao lado do réu.

10. Dependendo do modo como se manifesta o renitente, os reflexos processuais serão os mais diversos possíveis.

10.1 Aceitando a demanda e colocando-se ao lado do autor, forma-se o litisconsórcio ativo necessário e, de ora em diante, será tratado como autor, admitindo-se, até mesmo, a emenda da inicial.

10.2 No caso de omissão, conclui-se que o renitente aceitou, tacitamente, sua posição de litisconsorte ativo e, dessa forma, será colocado ao lado do autor. Não há, nesse caso, ofensa ao princípio da liberdade, pois o que importa é que foi garantida a oportunidade de manifestação ampla sobre as

condições da demanda, bem como motivos que levaram o autor a requer a integração. E, mais, caso queira, o renitente poderá atuar no processo, recebendo-o no estado em que o encontrar.

10.3 Considerando-se uma terceira situação, o renitente poderá manifestar-se contrariamente ao pedido do autor.

10.3.1 Se requerer tão somente sua exclusão da relação processual, sem manifestar-se sobre o mérito da demanda proposta, negando sua qualidade de litisconsorte, caberá ao juiz da causa decidir sobre essa situação. Se este entender sobre a desnecessidade de formação do litisconsórcio, ocorrerá a sua exclusão. Por outro lado, se ficar declarada a exigência da formação litisconsorcial, o renitente será colocado no pólo ativo, mormente porque não se rebelou contra a pretensão do autor.

10.3.2 Requerendo a improcedência da demanda e o réu se tornar revel ou reconhecer juridicamente o pedido, ficará caracterizada, na relação processual, a total discrepância de interesses. Nesse caso, o renitente não será colocado em nenhum dos pólos da relação processual, mas será instaurado um incidente processual de oposição imprópria. O juiz analisará o pedido do autor e o pedido do oponente impróprio em conjunto, na mesma sentença.

10.3.3 Havendo identidade de interesses entre o litisconsorte renitente e o réu, ou seja, ambos pretendendo a improcedência da demanda, aquele será colocado no pólo passivo da relação processual, concluindo-se pela formação de um litisconsórcio facultativo passivo ulterior, que também será unitário, uma vez que a decisão será uniforme para os litisconsortes.

11. Essas situações expostas revelam que não se formará o

litisconsórcio ativo necessário, porém, a relação processual estará regular e a decisão proferida no processo será útil, porque houve a participação de todos os litisconsortes.

12. O fenômeno processual estudado existe, ao contrário do que preconiza parte da doutrina, e verifica-se que é possível sistematizarem-se as suas principais nuances, bem como as possíveis soluções para a problemática, visando o aprimoramento da prestação da tutela jurisdicional no âmbito do processo civil de conhecimento.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda. **Curso de direito processual civil**. São Paulo : RT, 1998. vol. 1.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 8ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 2002.

ALVIM, Thereza. **O direito processual de estar em juízo**. São Paulo : RT, 1996.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica**. Coimbra : Livraria Almedina, 1.997. vol. I.

ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo : RT, 1.979.

_____. **A tutela jurisdicional cautelar**. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo. v. 1, n. 23, p. 111-137, jun., 1.985.

ARRUDA ALVIM, José Manuel de. **Manual de direito processual civil**. 7ª ed. São Paulo : RT, 2000. vol I e II.

ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações**. 3ª ed. São Paulo : RT, 1998.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Curso de processo civil**. 5. ed, revista e atualizada. São Paulo : RT, 2.000. vol 1.

_____. **Comentários ao código de processo Civil**. São Paulo : RT, 2.000. Vol 1.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil** : Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. 10ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1998. vol I

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 3º ed. São Paulo : Malheiros, 2003.

_____. **Comentários ao artigo 47 do Código de Processo Civil**. In: MARCATO, Antonio Carlos. (Coord.). **Código de processo civil interpretado**. São Paulo : Atlas, 2004.

BELINETTI, Luiz Fernando. **Sentença Civil**: perspectivas conceituais no

ordenamento jurídico brasileiro. São Paulo : RT, 1.994.

_____. **Ação e condições da ação.** *Revista de processo.* São Paulo. v. 96, ano 24, p. 260-266, out/dez, 1.999.

_____. **Mandado de segurança coletivo** : perspectiva conceitual e pressupostos de admissibilidade no direito positivo brasileiro. São Paulo. 1997. Tese (Doutorado) –Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

BERRI, Mario. **Novissimo digesto italiano**, 3. ed. Torino : UTET, 1957. p. 968-972. tomo IX.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Partes e terceiros no processo civil brasileiro.** São Paulo : Saraiva, 2003.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Escritos de direito processual.** Rio de Janeiro : Lúmen, 2001.

_____. **Lições de direito processual civil.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998.

CAMBI, Eduardo. **Propriedade no novo código civil:** aspectos inovadores. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil.* Porto Alegre, v. 5, n.º 25, p. 124-136, set./out. 2003.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida:** uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. Tradução de Newton Roberval Eichenberg. 1 ed. São Paulo : Cultrix, 1996. p. 34.

_____. **As conexões ocultas:** ciência para uma vida sustentável. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo : Ed. Cultrix, 2002. p. 27.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Intervenção de terceiros.** 6. ed. São Paulo : Saraiva, 1994.

CHALLAYE, Félicien. **Pequena história das grandes filosofias.** Tradução e notas de Luiz Damasco Penna e J.B. Damasco Penna. 3. ed. São Paulo : Ed. Nacional, 1978.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil.** Tradução de Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas : Bookseller, 2000. vol II.

_____. **Princípios de derecho processal civil.** Tradução de Jose Casais y Santaló. Madrid : Instituto Editorial Réus, 1977. Tomo II.

_____. Sul litisconsorzio necessário. In: Saggi di diritto processuale civile. Milano : Giuffrè, 1.993. vol II

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. et.al. **Teoria geral do processo.** 19ª ed. São Paulo : Malheiros.

COELHO, Luiz Fernando. Teoria crítica do direito. 3. ed. Belo Horizonte : Del Rey, 2003.

COMOGLIO, Luigi Paolo. et. al. **Lezioni sul processo civile.** 2. ed. Bologna : Il Mulino, 1.998.

CRESCI SOBRINHO, Elício de. **Litisconsórcio:** doutrina e jurisprudência. Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1990.

CRUZ E TUCCI, José Rogério e AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano.** São Paulo : RT, 2001.

CRUZ, José Raimundo Gomes. **Pluralidade de partes e intervenção de terceiros.** São Paulo : RT, 1991.

DALL'AGNOL, Antônio. **Comentários ao código de processo civil.** São Paulo : RT, 2000. vol 2.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado.** 23. ed. São Paulo : Saraiva, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** São Paulo : Malheiros, 2001. Vol I e II.

_____. **Intervenção de terceiros.** 2 ed. São Paulo : Malheiros, 2000.

_____. **Litisconsórcio.** 4. ed. São Paulo : Malheiros, 1996.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 11 ed. São Paulo : Saraiva, 1995. vol 1.

ESTELLITA, Guilherme. **Do litisconsórcio no direito brasileiro**. Rio de Janeiro : Oficina Gráfica da Universidade do Brasil, 1955.

FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. 8. ed. Padova : CEDAM, 1.996.

FERNANDES, Francisco. et. al. **Dicionário brasileiro Globo**. 56. ed. São Paulo : Globo, 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1999.

FREIRE, Homero. **Litisconsórcio necessário ativo**. Recife, s. ed. 1954.

_____. **Estudo sôbre o litisconsórcio necessário ativo**. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol 349, novembro, 1964.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da ação** : enfoque sobre o interesse de agir no processo civil brasileiro. São Paulo : RT, 2000.

GUASP, Jaime. **Derecho procesal civil**. 3. ed. Madrid : Instituto de Estudios Políticos, 1.968. Tomo I.

GUIMARÃES, Luiz Machado. **As três figuras do litisconsórcio**. In: **Estudos de direito processual civil**. Rio de Janeiro : Editora Jurídica e Universitária, 1955.

JAGUARIBE, Hélio. **Prólogo - Ortega: circunstância e pensamento**. In: ORTEGA y GASSET, José. **História como sistema**. Brasília : Editora UnB, 1982.

LAMBAUER, Mathias. **Do litisconsórcio necessário**. São Paulo : Saraiva. 1982.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 e notas relativas ao direito vigente de Ada Pellegrini Grinover. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1984.

_____. **Estudos sobre o processo civil brasileiro.** Araras : Bestbook, 2001.

_____. **Manual de direito processual civil.** Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro : Forense, 1984. vol I.

_____. **Manuale di diritto processuale civile.** 5. ed. Milano : Giuffrè, 1992.

LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro.** São Paulo : Saraiva, 2001.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Garantia do tratamento paritário das partes.** In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord). **Garantias constitucionais do processo civil.** São Paulo : RT, 1999.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de processo civil interpretado.** 4^a ed. Barueri : Manole, 2.004.

MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos especiais.** 10. ed. São Paulo : Atlas, 2004.

_____. (Coord). **Código de processo civil interpretado.** São Paulo : Atlas, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento:** a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. São Paulo : RT, 2.001.

_____. **Manual do processo de conhecimento:** a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. 2. ed. São Paulo : RT, 2003.

_____. **Novas linhas do processo civil.** 3. ed. São Paulo : Malheiros, 1999.

MÁYNEZ, Eduardo García. **Filosofia del derecho.** 7. ed. México : Porrúa, 1994.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Litisconsórcio ativo necessário.** *Revista de Processo*, São Paulo, v.22, n. 88, p. 285, out./dez. 1997.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Litisconsórcio ativo necessário:** interpretação e alcance do artigo 47, parágrafo único, do código de processo civil. *Revista dos*

Tribunais, São Paulo, v. 77, ano 89, p. 41-56, jul., 2002.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **A conexão de causas no processo civil.** *Revista de Processo*, São Paulo, vol 1, n. 109, p. 64, jan./mar. 2003.

MILLÁN, Maria Encarnación Dávila. **Litisconsórcio necesario:** concepto y tratamiento procesal. 2. ed. Barcelona : Bosch, 1992.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil.** 32ª ed. São Paulo : Saraiva, 1994. vol 1.

MONTESSANO, Luigi. et. al. **Diritto processuale civile.** Torino : G. Giappichelli, 1996. vol I.

MORA, José Ferrater. **Ensaio introdutório às etapas da filosofia de Ortega y Gasset.** In: ORTEGA y GASSET, José. **Origem e epílogo da filosofia.** Rio de Janeiro : Livro Ibero-Americano, 1963.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Litisconsórcio unitário.** Rio de Janeiro : Editora Forense. 1.972.

_____. **O novo processo civil brasileiro.** 22. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2002.

_____. **O litisconsórcio e seu duplo regime.** In: direito processual civil (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro : Borsóji, 1971.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado.** 7. Ed. São Paulo : RT. 2003.

_____. **Princípios do processo civil na Constituição Federal.** 7. ed. São Paulo : RT, 2002.

ORTEGA y GASSET, José. **História como sistema.** Tradução de Juan A. Gili Sobrinho e Elizabeth Hanna Côrtes Costa. Brasília : Universidade de Brasília, 1982.

_____. **Origem e epílogo da filosofia.** Rio de Janeiro : Ibero-Americano, 1963.

PACHECO, José da Silva. **Direito processual civil.** São Paulo : Saraiva, 1976. v.1.

PISANI, Andrea Proto. **Appunti sul litisconsorzio e sugli interventi.** *Rivista di diritto processuale civile.* Padova, v. XLIV, n. 4, p. 352-381, 1994.

_____. **Lezioni di diritto processuale civile**. 2. Ed. Napoli : Jovene, 1996.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários ao código de processo civil**. Tomo II. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1958.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5. ed. São Paulo : RT, 1999.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 19. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1991.

REDENTI, Enrico. **Il giudizio civile com pluralità di parti**. Milano : Giuffrè. 1960.

RIBEIRO, Alex Sandro. **Posse pro labore do novo código civil** : anotações. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre, v. 3, n. 23, p. 148 seq., mai/jun. 2003.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 7. ed. São Paulo : Atlas, 2003.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo : RT, 2003. vol. 2.

ROSENBERG, Leo. **Tratado de derecho procesal civil**. Tradução de Angela Romera Vera. Buenos Aires : Ediciones Juridicas Europa-America. Tomo II.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. vol 1. 23. ed. São Paulo : Saraiva, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 38^a ed. Rio de Janeiro : Forense, 2.002. vol I.

TOMEI, Giovanni. **Alcuni rilievi in tema di litisconsorzio necessário**. *Rivista di diritto processuale civile*. Padova, v. XXXV, n. 4, p. 669-721, out./dic. 1980.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. et.al. **Curso avançado de processo civil**. vol I. 5. Ed.. São Paulo : RT, 2002.

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Eduardo Arruda. **Curso de direito processual civil**. São Paulo : RT, 1998. vol. 1.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 8. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2002.

ALVIM, Thereza. **O direito processual de estar em juízo**. São Paulo : RT, 1996.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica**. Coimbra : Livraria Almedina, 1.997. vol. I.

ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo : RT, 1979.

_____. **A tutela jurisdicional cautelar**. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo. v. 1, n. 23, p. 111-137, jun., 1985.

ARRUDA ALVIM, José Manuel de. **Manual de direito processual civil**. 7. ed. São Paulo : RT, 2000. vol I e II.

_____. **Código de processo civil comentado**. São Paulo : RT, 1975. vol II.

ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações**. 3. ed. São Paulo : RT, 1998.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Curso de processo civil**. 5. Ed. São Paulo : RT, 2.000. vol 1.

_____. **Comentários ao código de processo Civil**. São Paulo : RT, 2.000. vol 1.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil** : Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. 10 ed. Rio de Janeiro : Forense, 1998. vol I.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 3. ed. São Paulo : Malheiros, 2003.

_____. Comentários ao artigo 47 do Código de Processo Civil. In: MARCATO, Antonio Carlos. (Coord.). Código de processo civil interpretado. São Paulo : Atlas, 2004.

BELINETTI, Luiz Fernando. **Sentença Civil**: perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro. São Paulo : RT, 1994.

_____. **Ação e condições da ação**. *Revista de processo*. São Paulo. v. 96, ano 24, p. 260-266, out/dez, 1999.

_____. **Mandado de segurança coletivo** : perspectiva conceitual e pressupostos de admissibilidade no direito positivo brasileiro. São Paulo. 1997. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

BERRI, Mario. **Novissimo digesto italiano**, 3. ed. Torino : UTET, 1957. p. 968-972. tomo IX.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Partes e terceiros no processo civil brasileiro**. São Paulo : Saraiva, 2003.

BÜLOW, Oskar Von. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas : LZN, 2003.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Escritos de direito processual**. Rio de Janeiro : Lúmen, 2001.

_____. **Lições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998.

CAMARGO SOBRINHO, Mário de. **Do litisconsórcio e seus efeitos**: um estudo sobre os aspectos fundamentais da pluralidade de apertes à luz do CPC. São Paulo : Intalex, 2002.

CAMBI, Eduardo. **Propriedade no novo código civil**: aspectos inovadores. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre, v. 5, n. 25, p. 124-136, set./out. 2003.

_____. **Jurisdição no processo civil**: compreensão crítica. Curitiba : Juruá, 2003.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. Tradução de Newton Roberval Eichenberg. São Paulo : Cultrix, 1996.

_____. **As conexões ocultas**: ciência para uma vida sustentável. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo : Cultrix, 2002.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Intervenção de terceiros**. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 1994.

CHALLAYE, Félicien. **Pequena história das grandes filosofias**. Tradução e notas de Luiz Damasco Penna e J.B. Damasco Penna. 3. ed. São Paulo : Ed. Nacional, 1978.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas : Bookseller, 2000. vol II.

_____. **Princípios de derecho processual civil**. Tradução de Jose Casais y Santaló. Madrid : Instituto Editorial Réus, 1977. Tomo II.

_____. Sul litisconsorzio necessário. In: Saggi di diritto processuale civile. Milano : Giuffrè, 1.993. vol II.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. et.al. **Teoria geral do processo**. 19. ed. São Paulo : Malheiros, 2003.

COELHO, Luiz Fernando. Teoria crítica do direito. 3. ed. Belo Horizonte : Ed. Del Rey, 2003.

COMOGLIO, Luigi Paolo. et. al. **Lezioni sul processo civile**. 2. ed. Bologna : Il Mulino, 1.998.

COSTA, Moacyr Lôbo da. **Assistência no processo civil brasileiro**. São Paulo : Saraiva, 1968.

COSTANTINO, Giorgio. Contributo allo studio del litisconsorzio necessario. Napoli : Jovene, 1979.

CRESCI SOBRINHO, Elício de. **Litisconsórcio**: doutrina e jurisprudência. Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1990.

CRUZ E TUCCI, José Rogério e AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo : RT, 2001.

CRUZ, José Raimundo Gomes. **Pluralidade de partes e intervenção de terceiros**. São Paulo : RT, 1991.

DALL'AGNOL, Antônio. **Comentários ao código de processo civil**. vol 2. São Paulo : RT, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 23ª ed. São Paulo : Saraiva, 2002.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins. São Paulo : RT, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo : Malheiros, 2001. Vol I e II.

_____. **Intervenção de terceiros**. 2. ed. São Paulo : Malheiros, 2000.

_____. **Litisconsórcio**. 4 ed. São Paulo : Malheiros, 1996.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 11. ed. São Paulo : Saraiva, 1995. vol 1.

ESTELLITA, Guilherme. **Do litisconsórcio no direito brasileiro**. Rio de Janeiro : Oficina Gráfica da Universidade do Brasil, 1955.

FACHIN, Luiz Edson. **Litisconsórcio no processo cautelar**. *Justitia*, São Paulo, vol 1, nº 140, p. 143-152, out./dez., 1987.

FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. 8. ed. Padova : CEDAM, 1996.

FERNANDES, Francisco. et. al. **Dicionário brasileiro Globo**. 56. ed. São Paulo : Ed. Globo, 2003.

FERREIRA, Antonio Rafael Marchesan. Elementos essenciais do litisconsórcio e sua aplicabilidade para a compreensão do fenômeno do litisconsórcio multitudinário. Londrina : UEL, 2001. Dissertação de Mestrado.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1999.

FREIRE, Homero. Litisconsórcio necessário ativo. Recife:[S.n.],1954.

_____. Estudos sobre o litisconsórcio necessário ativo. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, vol 349, novembro, 1964.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da ação** : enfoque sobre o interesse de agir no processo civil brasileiro. São Paulo : RT, 2000.

GOLDSCHMIDT, James. Derecho procesal civil. Tradução de Leonardo Pietro Castro. Barcelona : Labor, 1936.

GRECO FILHO, Vicente. Direito processual civil brasileiro. 15ª ed. São Paulo : Saraiva, 2000. vol. 1.

GRINOVER, Ada Pellegrini. et. al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro : Forense. 1999.

GUASP, Jaime. **Derecho procesal civil**. 3. ed. Madrid : Instituto de Estudios Políticos, 1968. Tomo I.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Do litisconsórcio necessário nas ações de estado**. São Paulo : PUC, 1986. Dissertação de Mestrado.

GUIMARÃES, Luiz Machado. **As três figuras do litisconsórcio**. In: **Estudos de direito processual civil**. Rio de Janeiro : Editora Jurídica e Universitária, 1955.

JAGUARIBE, Hélio. **Prólogo - Ortega**: circunstância e pensamento. In: ORTEGA y GASSET, José. **História como sistema**. Brasília : Editora UnB, 1982.

LAMBAUER, Mathias. **Do litisconsórcio necessário**. São Paulo : Saraiva. 1982.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 e notas relativas ao direito vigente de Ada Pellegrini Grinover. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense. 1984.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Estudos sobre o processo civil brasileiro. Araras : Bestbook, 2001.

_____. **Manual de direito processual civil**. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. 1 ed. Rio de Janeiro : Forense, 1984. vol I.

_____. **Manuale di diritto processuale civile**. 5. ed. Milano : Giuffrè, 1992.

LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. São Paulo : Saraiva, 2001.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Garantia do tratamento paritário das partes**. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord). **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo : RT, 1999.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de processo civil interpretado**. 4. ed. Barueri : Manole, 2004.

MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos especiais**. 10. ed. São Paulo : Atlas, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. São Paulo : RT, 2.001.

_____. **Manual do processo de conhecimento**: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. 2 ed. São Paulo : RT, 2003.

_____. **Novas linhas do processo civil**. 3 ed. São Paulo : Malheiros, 1999.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Campinas : Millennium, 2000, vol. 1

MÁYNEZ, Eduardo García. **Filosofia del derecho**. 7. ed. México : Porrúa, 1994.

MEDINA, José Miguel Garcia. Litisconsórcio ativo necessário. **Revista de Processo**, São Paulo, v.22, n. 88, p. 285, out./dez. 1997.

_____. Litisconsórcio ativo necessário: interpretação e alcance do artigo 47,

parágrafo único, do código de processo civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 77, ano 89, p. 41-56, jul., 2002.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. A conexão de causas no processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, vol 1, n. 109, p. 64, jan./mar. 2003.

MILLÁN, Maria Encarnación Dávila. **Litisconsórcio necesario**: concepto y tratamiento procesal. 2. ed. Barcelona : Bosch, 1992.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 32. ed. São Paulo : Saraiva, 1994. vol 1.

MONTESSANO, Luigi. et. al. **Diritto processuale civile**. Torino : G. Giappichelli, 1996. vol I.

MORA, José Ferrater. Ensaio introdutório às etapas da filosofia de Ortega y Gasset. In: ORTEGA y GASSET, José. **Origem e epílogo da filosofia**. Rio de Janeiro : Livro Ibero-Americano, 1963.

MOREIRA, Alberto Camiña. **Litisconsórcio no processo de execução**. Tese de Doutorado. São Paulo : PUC, 2001.

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

_____. **O novo processo civil brasileiro**. 22 ed. Rio de Janeiro : Forense, 2002.

_____. **O litisconsórcio e seu duplo regime**. In: direito processual civil (Ensaios e Pareceres). Rio de Janeiro : Borsóji, 1971.

MÜLLER, Mary Stela e CORNELSEN, Julce Mary. **Normas e padrões para teses, dissertações e monografias**. 5. ed. Londrina : Eduel, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 7. ed. São Paulo : RT. 2003.

_____. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 7. ed. São Paulo : RT, 2002.

ORTEGA y GASSET, José. **História como sistema**. Tradução de Juan A. Gili

Sobrinho e Elizabeth Hanna Côrtes Costa. Brasília : Universidade de Brasília, 1982.

_____. **Origem e epílogo da filosofia.** Rio de Janeiro : Livro Ibero-Americano, 1963.

PACHECO, José da Silva. **Direito processual civil.** São Paulo : Saraiva, 1976. vol 1.

PISANI, Andrea Proto. **Appunti sul litisconsorzio e sugli interventi.** *Rivista di diritto processuale civile.* Padova, v. XLIV, n. 4, p. 352-381, 1994.

_____. *Lezioni di diritto processuale civile.* 2. ed. Napoli : Jovene, 1996.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários ao código de processo civil.** Tomo II. 2º ed. Rio de Janeiro : Forense, 1958.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos.** 5 ed. São Paulo : RT, 1999.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 19. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1991.

REDENTI, Enrico. **Il giudizio civile com pluralità di parti.** Milano : Giuffrè. 1960.

RIBEIRO, Alex Sandro. **Posse pro labore do novo código civil : anotações.** *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil.* Porto Alegre, v. 3, n. 23, p. 148 seq., mai/jun. 2003.

RIGOLIN, Antonio. **O litisconsórcio e os arts. 623 e 1528 do código civil.** *Revista de Processo.* São Paulo, v.6, nº 22, p. 80-107, abr/jun. 1981.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo.** 7 ed. São Paulo : Atlas, 2003.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil.** 2. ed. São Paulo : RT, 2003. vol. 2.

ROSENBERG, Leo. **Tratado de derecho procesal civil.** Tradução de Angela

Romera Vera. Buenos Aires : Ediciones Juridicas Europa-America. Tomo II.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. vol 1. 23^a ed. São Paulo : Saraiva, 2004.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 21 ed. São Paulo : Cortez, 2000.

TARZIA, Giuseppe. **Il litisconsorzio facoltativo nel processo di primo grado**. Milano : Giuffrè, 1972.

TESHEINER, José Maria. **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil**. São Paulo : RT, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 38. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2.002. vol I.

TOMEI, Giovanni. **Alcuni rilievi in tema di litisconsorzio necessário**. *Rivista di diritto processuale civile*. Padova, v. XXXV, n. 4, p. 669-721, out./dic. 1980.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. et.al. **Curso avançado de processo civil**. vol I. 5 Edição. São Paulo : RT, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo de da sentença**. 4^a ed. São Paulo : RT, 1997.

_____. (Coord) **Aspectos polêmicos e atuais sobre a os terceiros no processo civil e assuntos afins**. São Paulo : RT, 2004.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. Campinas : Bokseller, 2000.

APÊNDICE

APÊNDICE – JURISPRUDÊNCIA

A seguir são apresentadas algumas manifestações da jurisprudência sobre o litisconsórcio ativo necessário.

As primeiras quatro jurisprudências se referem de modo específico aos casos apresentados no **item 7.2**, e as demais ilustram a importância prática do instituto pesquisado.

Jurisprudência n.º 1

“Vistos, relatados e discutidos estes autos de AGRAVO DE INSTRUMENTO no 216.557-5/0-00, da Comarca de SÃO PAULO, em que são agravantes FABIANA CRISTINA BISPO EUMOLAN e OUTROS, sendo agravados INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA MUNICIPAL DE SAO PAULO – IPREM e PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “negaram provimento ao recurso, v. u.”, de conformidade com o relatório e voto do Relator, que integram este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GAMA PELLEGRINE e JOSÉ CARDINALE.

São Paulo, 12 de Agosto de 2003.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS

Presidente e Relator

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

LITISCONSÓRCIO ATIVO NECESSÁRIO – Pensionistas de servidores públicos municipais – Decisão que entendeu pelo litisconsórcio ativo necessário, determinando a citação dos co-beneficiários –Admissibilidade – Comunhão de interesses entre os autores chamados a integrar a lide – Pensão que se configura

em um todo indivisível –Inteligência do art. 47, do CPC – Agravo de instrumento improvido.

Voto nº 7115

Agravo de instrumento nº 216.557.5/0 – São Paulo

Agte(s): FABIANA CRISTINA BISPO EUMOLAN E OUTROS

Agdo(s): INST.DE PREV. MUNIC. DE SÃO PAULO – IPREM E OUTRO

Trata-se de agravo de instrumento, em face de decisão (fls. 175/9), proferida em ação de procedimento ordinário, ajuizada por beneficiários de funcionários públicos municipais, visando o pagamento de diferenças, que determinou a inclusão de co-beneficiários, para integrar o pólo ativo da lide, reconhecido o litisconsórcio ativo necessário.

O recurso foi recebido sem efeito suspensivo (fls. 187). Respostas do IPREM, a fls. 194/203, e da PMSP, a fls. 206/9.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, é pelo improvimento do recurso (fls.220/222)

É o relatório.

Não merece guarida o presente reclamo.

O reconhecimento de litisconsórcio ativo necessário encontra amparo no fato de que a decisão abrangerá todos os beneficiários dos funcionários falecidos, que se encontram elencados a fls. 65/6.

É necessário que integrem a lide todos os interessados, uma vez que, a eventual procedência da ação, com a concessão dos reajustes solicitados, repercutirá na pensão de cada um deles.

De fato, configurada está a hipótese do art. 47, do C.P.C.

Com bem salientado pelo douto Magistrado de Primeiro Grau (fls. 176)

“... a pensão perfaz uma só obrigação do réu perante cada um dos dependentes do respectivo servidor falecido, existindo apenas divisão do pagamento do benefício nas datas de vencimento periódico de cada parcela, na proporção devida a cada dependente. Mas a obrigação de direito é uma só e não é possível que lhe seja considerada autônoma diante de cada dependente. Tanto é assim que, no caso de morte ou perda do direito de um dos beneficiários, o benefício passa a ser pago

todo aos demais. Exatamente por força dessa indivisibilidade do benefício, têm-se que a decisão a ser aqui proferida atingirá necessariamente a todos os beneficiários de cada pensão em causa, não sendo possível imaginar que ocorra reajuste do benefício apenas para um dos beneficiários, sem atingir os demais – caso seja procedente a ação. Da mesma maneira, caso seja afastado o pleito inicial, a decisão surtirá efeitos para todos os beneficiários de uma mesma pensão.”

Desta forma, observada a exceção relativa aos autores mencionados na cópia de fls. 177, uma vez que já promoveram demanda igual em seus próprios nomes, confirma-se a decisão guerreada.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS

Relator

Jurisprudência n.º 2

“USUCAPIÃO – CONDÔMINO QUE PRETENDE USUCAPIR PARTE IDEAL PERTENCENTE A OUTRO CONDÔMINO – INVIABILIDADE – USUCAPIÃO QUE HÁ DE SE REFERIR SOBRE A TOTALIDADE DO IMÓVEL, SE O CONDÔMINO EXERCE POSSE EXCLUSIVA – CASO DE LITISCONSÓRCIO ATIVO NECESSÁRIO – RECURSO DESPROVIDO.

Não cabe a declaração de domínio pelo usucapião de parte ideal de imóvel pretendida por condômino em face de um deles. Ocorrendo posse exclusiva, com a prática de atos inequívocos de exclusão do outro condômino, a ação há de versar sobre a totalidade do imóvel, uma vez que no condomínio o direito de propriedade não se circunscreve à fração ideal, mas se estende sobre toda a coisa. E nessa hipótese se a posse alegada decorre de sucessão *causa mortis*, ela também pertence aos demais herdeiros, que assim devem integrar o pedido, sendo caso de litisconsórcio ativo necessário.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CÍVEL n.º 88.775.4/4, da Comarca de SÃO PAULO, em que é apelante JORGE RAFAEL DA SILVA, sendo

apelado JOÃO FILIPE e OUTROS:

ACORDAM, em Nona Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Cuida-se de ação de usucapião versando sobre metade de um terreno urbano localizado na rua Antônio Loureiro n.º 562, antiga rua Guatemala n.º 162, que, no seu todo, possui a área de 500 metros quadrados.

Apelo do vencido pugnando pela reforma do julgado sustentando que a soma de sua posse com a do antecessor, com ânimo de dono, preenche os requisitos para a declaração do domínio; e que, ademais, o terreno possui a área de 250 metros quadrados, de modo que inclusive pode ser objeto de aquisição do domínio pelo usucapião extraordinário (fls. 362/367).

Recurso regularmente processado e preparado (fls. 368), com a manifestação da doutora promotora de Justiça (fls. 383/385). O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo desprovimento da apelação (fls. 389/392).

É o relatório.

O terreno a que se refere o autor, matriculado sob o n.º 87.810, com área total de 500,00 metros quadrados, foi adquirido por escritura pública de 24 de setembro de 1.969, por Maria Venâncio e João Filipe, ambos vivendo maritalmente.

Com a morte de Maria Venâncio, ocorrida em 24 de outubro de 1.983, a sua parte ideal no referido imóvel foi partilhado aos herdeiros José Venâncio Franco (irmão) e Júlio César Aparecido da Silva, Jorge Rafael da Silva (que é o autor) e Marco Antônio de Pádua Carcassola (todos sobrinhos, que herdaram por estirpe).

Assim, coube na fração ideal inventariada ao primeiro e ao último uma parte correspondente a 1/3 e aos outros dois uma parte correspondente a 1/6 (fls. 34/35).

Portanto, desde a aquisição, instalou-se na propriedade imobiliária um condomínio, originariamente na proporção de 50% para Maria Venâncio e 50% para João Filipe.

A inicial dá idéia de que a partir de um determinado momento, não especificado, o condômino João Filipe desapareceu.

E com a morte de Maria Venâncio, a sua parte ideal foi transmitida para os herdeiros, e segundo o enunciado tabular, as partes ideais de cada um dos

condôminos passou a ser a seguinte: 50% para João Filipe, 16,666% para José Venâncio, 16,666% para Marco Antônio de Pádua Carcassola, 8,334% para o autor e 8,334% para Júlio César Aparecido da Silva.

Contudo, antes da partilha, o herdeiro José Venâncio Franco cedeu os seus direitos hereditários para o autor (fls. 30), fato não comunicado ao juízo do inventário. Somente alguns anos depois após ajuizada a presente ação, o autor, como inventariante dos bens deixados pela inventariada Maria Venâncio, pediu a retificação da partilha, e do respectivo formal (fls. 60/65).

Embora não conste tenha sido procedida a inscrição no Registro Predial da retificação do formal de partilha, a proporção na parte ideal do imóvel se alterou, ficando assim: 50% para João Filipe, 25% para o autor Jorge Rafael da Silva, 16,666% para Marco Antônio de Pádua Carcassola e 8,334% para Júlio César Aparecido da Silva.

Portanto, o autor é condômino do imóvel. Como tal, pode em tese adquirir o domínio sobre o todo, ou parte dele, desde que tenha exercido, por si e seus antecessores, uma posse exclusiva, com exclusão dos demais comunheiros.

Na espécie, não aventa o autor na inicial a existência de um condomínio *pro divisa*, assim entendido o exercício de posse exclusiva sobre parte certa e determinada da área maior. O que nela se explica é que com o desaparecimento do condômino João Filipe, a então condômina Maria Venâncio, auxiliada por seu irmão José Venâncio, passou a exercer posse exclusiva no imóvel. Nesse caso, esse tipo de posse teria se transmitido para os herdeiros, *causa mortis*.

Acontece que a inicial não cogita da declaração do domínio de todo o imóvel, o que viria alijar não somente o condômino João Filipe do domínio, mas também os demais condôminos, herdeiros de Maria Venâncio.

A pretensão do autor é a de declaração de domínio, unicamente em seu favor, do direito de propriedade pertencente a João Filipe, como se fosse possível definir abstratamente o espaço físico a que correspondesse esse direito, e sobre tal espaço imaginar uma posse qualificada juridicamente.

Consoante lição de Orlando Gomes, no condomínio há “justaposição de direitos de propriedade sobre cotas abstratas. Mas, cada proprietário, como esclarece Dekkers, pode se dizer dono, por sua parte, da coisa comum, na sua integralidade. Seu

direito não se circunscreve, com efeito, à fração ideal. Estende-se a toda a coisa” (Cf. DIREITOS REAIS – Forense – 1.976 – pág. 208).

Em suma, se com o alegado desaparecimento de João Filipe a condômina Maria Venâncio passou a exercer de forma ostensiva posse exclusiva sobre o imóvel, essa posse não se circunscreveu, porque inviável, sobre uma parte ideal do imóvel, mas sobre toda a coisa, em sua integralidade.

Por isso mesmo que é impossível, extraíndo-se tal conclusão da própria narrativa da inicial, que José Venâncio, quando ainda viva a sua irmã Maria Venâncio, tivesse exercido alguma posse própria, *ad usucapionem*, do imóvel. Ele usou o imóvel por tolerância de Maria Venâncio, sem o ânimo de dono, pois não lhe escapava que a propriedade era dela, a quem auxiliava na sua conservação e manutenção, morando lá de favor, tanto que como herdeiro foi contemplado na herança, cedendo para o autor os direitos hereditários que lhe cabiam na parte ideal que a inventariada tinha sobre o imóvel.

Exclusão da posse dos demais herdeiros, incluído o próprio autor. E isso não passa pela cabeça do autor, naturalmente, bem como na de ninguém, pois caso contrário não lhe teria cedido os direitos hereditários antes referido.

Assim examinada a questão, e não sendo o caso de existência de um condomínio *pro diviso*, ou seja, de uma posse localizada sobre uma porção certa e determinada do imóvel que teria sido exercitada *ad usucapionem* como condômino por José Venâncio, a ação somente seria cabível se versando sobre a totalidade do imóvel, preenchidos os requisitos legais.

Todavia, para pretender unicamente para si a totalidade do imóvel, teria o autor que exercer, após a aquisição dos direitos hereditários de José Venâncio, uma posse exclusiva, praticando atos inequívocos de exclusão dos demais comunheiros. Se fosse essa a situação, tal posse teria se iniciado em 21 de abril de 1.988 (fls. 30), de modo que o requisito temporal ainda demora para ser preenchido. E, se não bastasse, essa não é a situação, tanto que o autor em depoimento pessoal declarou que o imóvel será dividido em três partes iguais entre ele, seu irmão e seu primo, estes que são os outros herdeiros de Maria Venâncio (fls. 335, in fine).

Agora, se a idéia, mal explicada na inicial, é a de somar uma posse eventualmente exercida pela antecessora Maria Venâncio com exclusividade, com a exclusão do

condômino João Filipe, a declaração de domínio da totalidade do imóvel, com base no usucapião, há de ser pedida por todos os herdeiros daquela antecessora, em favor dos quais, com a abertura da sucessão, aquela posse também se transmitiu. Aqui formação do litisconsórcio ativo é necessário para a validade do próprio processo, consoante dicção do art. 47, do Código de Processo Civil.

Por tudo isso se verifica que a ação não tinha mesmo condições de prosperar, e a improcedência foi bem decretada.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SILVA RICO (Presidente) e THYRSO SILVA.

São Paulo, 4 de abril de 2.000.

RUITER OLIVA

Relator

Jurisprudência n.º 3

“MEDIDA CAUTELAR – ARROLAMENTO DE BENS – LIMINAR CONCEDIDA *INITIO LITIS* – AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO E DE MOTIVAÇÃO – NULIDADE – RECURSO PROVIDO.

Existente a formação de litisconsórcio necessário no processo principal, impõe-se também o litisconsórcio obrigatório na medida cautelar jurisdicional para atender o pressuposto de desenvolvimento válido e regular da relação jurídica processual. Existente a irregularidade *initio litis*, e vazio de fundamentação o ato que deferiu a liminar, impõe-se a sua anulação.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 199.284.4/8, da Comarca de ARAÇATUBA, em que são agravantes OLE RONALDO TAMMELA e OUTRA, sendo agravado RONALDO AFONSO PASCHOAL:

ACORDAM, em Nona Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado

de São Paulo, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Trata-se de agravo de instrumento manifestado contra a r. decisão que em Medida Cautelar Incidental de Arrolamento de Bens deferiu a liminar pleiteada pelo requerente. Sustentam os agravantes a falta de fundamentação da decisão recorrida, a ilegitimidade passiva de um deles, posto não participar da relação jurídica processual principal, a impossibilidade jurídica de se instaurar o processo cautelar sem a presença de todos os que figuram na ação principal, e o não preenchimento dos (*sic*).

Recurso regularmente processado, sem o pretendido efeito suspensivo, com as informações prestadas pelo juízo *a quo* (fls. 238/239) e resposta da parte contrária (fls. 223/229).

É o relatório.

A ação principal, da qual a medida cautelar é incidental, tem por objeto a anulação de testamento firmado em 15 de setembro de 1999 por Agnódice Afonso do Amaral e que revogava um outro anterior firmado em 29 de setembro de 1980, pelo qual a testadora legava aos autores a propriedade rural denominada “Fazenda Paraíso”. Funda-se a referida ação na incapacidade da testadora que ao tempo do segundo testamento estaria acometida de esclerose senil, sem condições psíquicas para emitir declaração de vontade.

No fundo, trata-se de uma disputa envolvendo o domínio da referida propriedade por sucessão *causa mortis*, já que a testadora faleceu em 10 de setembro de 2000, dispondo o art. 1.572, do Código Civil, que “aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

De fato, os autores e a ré Mônica Afonso Tammela disputam o domínio da propriedade rural denominada “Fazenda Paraíso”, e suas benfeitorias, os primeiros como herdeiros testamentários, e a segunda como herdeira legítima. A transmissão do domínio penderia da solução a ser dada quanto à validade ou invalidade jurídica do segundo testamento. Válido o segundo testamento, o domínio caberá à ré Mônica; se inválido, o domínio se transmitirá aos autores, por força do primeiro.

A medida cautelar incidental proposta tende a assegurar o resultado útil do processo principal com a conservação do imóvel, uma vez que a requerida com base no segundo testamento abriu o inventário dos bens deixados pela testadora, e

obteve, no seu término, a adjudicação em seu favor de todos esses bens, assumindo desde a morte da inventariada a posse originária das terras (pecuária) para outra finalidade (cultura de cana-de-açúcar mediante arrendamento), que redundou na demolição de construções de mais de 58 anos de história (fls. 36).

Não há como negar que pela decisão recorrida concedeu-se parcialmente a antecipação da tutela cautelar (liminar) de forma lacônica, sem um mínimo de fundamentação. Assentou o magistrado simplesmente que concedia em parte a liminar porque presentes os requisitos legais (fls. 24) sem atentar sobre o requisito específico do *periculum in mora* no arrolamento de bens, “fundado no receio de extravio ou de dissipação de bens” (art. 855, do Código de Processo Civil), não cogitado na inicial.

De fato, o receio de dano exposto pelo requerente “reside no fato de que um eventual atraso na análise da questão traga ao Requerente, seus irmãos, empregados, arrendatários, um prejuízo de grande monta, de caráter irrecuperável e irreparável, vez que, em não se concedendo a liminar, *ad argumentandum tantum*, continuarão os Réus ocupando irregularmente o imóvel, dele se aproveitando e enriquecendo ilicitamente, enquanto o Autor, também titular de direitos sobre a Fazenda, se vê prejudicado e rodeado de prejuízos de todos os lados, assim como os prejuízos podem alcançar àqueles que foram iludidos e inocentemente firmaram contratos de arrendamento com alguém que não está habilitado a responder pela Fazenda Paraíso” (fls. 38).

Quer dizer, o *periculum in mora* em que se apóia a pretensão não está no extravio ou dissipação dos bens, até porque a lide versa apenas sobre uma extensa e privilegiada propriedade rural, e suas benfeitorias, mas sim no enriquecimento ilícito por parte dos réus em decorrência do proveito econômico que a posse lhes propicia.

Ora, diante dessa postulação os requeridos deveriam saber para uma adequada defesa de seus direitos o que considerou o juízo para afirmar que foram atendidos, na espécie, os requisitos legais, seja do *fumus*.

Ademais, o exame do pedido de antecipação da tutela não prescinde da verificação do atendimento dos pressupostos do desenvolvimento válido e regular do processo, pois à falta de um acarreta a sua extinção. E, no caso, se verifica que a lide tem a

formação de litisconsórcio ativo necessário em face de sua natureza, e esse litisconsórcio necessário se exige também na ação cautelar, pois nesta não se participam todos que fazem parte da lide (art. 801, II e III, do Código de Processo Civil). A propósito escreve Galeno Lacerda que “em caso de litisconsórcio necessário, ativo ou passivo, todos deverão comparecer ou ser citados nas ações cautelares jurisdicionais” (COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – 3ª edição Forense – Vol. VIII – Tomo I – pág. 313). Nesse sentido a Jurisprudência: “Figurando partes necessárias na ação principal, obrigatoriamente, devem ser citados para a cautelar. Precedentes” (STJ – R. Esp. 7.461-SP – rel. Ministro Pedro Aciole – 1ª turma – DJU 16-12-91 – pág. 18.498).

Conquanto possa ser sanada com o comparecimento dos demais litisconsortes, a irregularidade enquanto persistir impede a apreciação do pedido de antecipação da tutela cautelar.

Assim, não atendidos *initio litis* todos os pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo e faltando de motivação jurídica na decisão recorrida, impõe-se a sua anulação.

Daí porque, para esse fim, dá-se provimento ao recurso.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCO CÉSAR (Presidente) e EVALDO VERÍSSIMO.

São Paulo, 22 de maio de 2001.”

Jurisprudência n.º 4

“PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 2003.01.00.002359-2/MG

Processo na Origem: 9500260042

RELATOR(A): DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE

RELATOR(A): JUIZ FEDERAL MOACIR FERREIRA RAMOS (CONVOCADO)

AGRAVANTE: CLAUDIA ELIZABETE VIEIRA GRASSO

ADVOGADO: MATHEUS ADOLFO GOMES QUIRINO

AGRAVADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL – CEF

ADVOGADO: SILVANA DE OLIVEIRA MELO E OUTROS(AS)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO. LITISCONSÓRCIO ATIVO NECESSÁRIO. TRANSFERENCIA. NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO AGENTE FINANCEIRO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL EM VIRTUDE DE SEPARAÇÃO JUDICIAL DO CASAL. IMPOSSIBILIDADE.

I – Os cônjuges signatários de contrato de financiamento de imóvel com recursos do Sistema Financeiro da Habitação devem integrar, na condição de litisconsortes ativos necessários, a relação processual em que se discutem os critérios de reajustes do valor contratado.

II – A transferência da responsabilidade decorrente de contrato de mútuo, no Sistema Financeiro da Habitação, depende de prévia anuência do agente financeiro, nos termos do parágrafo único do art. 1º da Lei n.º 8.004/90, ainda que efetuada mediante acordo homologado judicialmente, se realizado sem a sua participação (CPC, art. 472).

III – Nas ações em que se discutem os critérios de reajuste de contrato de financiamento de imóvel adquirido pelo Sistema Financeiro da Habitação, a substituição processual de ex-cônjuge, em virtude de acordo homologado pelo Juízo de Família, somente poderá ser feita após resolvida, na esfera administrativa, a respectiva transferência.

IV – *Agravo desprovido.*

ACÓRDÃO

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento. Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região – 15/03/2004.

Juiz MOACIR FERREIRA RAMOS

Relator Convocado

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 2003.01.00.002359-2/MG

Processo na Origem: 9500260042

RELATOR(A) : DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE

RELATOR(A): JUIZ FEDERAL MOACIR FERREIRA RAMOS (CONVOCADO)

AGRAVANTE: CLAUDIA ELIZABETE VIEIRA GRASSO

ADVOGADO: MATHEUS ADOLFO GOMES QUIRINO

AGRAVADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL – CEF

ADVOGADO: SILVANA DE OLIVEIRA MELO E OUTROS(AS)

RELATÓRIO

EXMO. SR. JUIZ MOACIR FERREIRA RAMOS (RELATOR CONVOCADO):

Cuida-se a espécie de agravo de instrumento interposto contra decisão (fl. 51/52) proferida pelo Juízo da 22ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, que, nos autos de ação ajuizada, por Mário Sérgio Grasso e Outro contra a Caixa Econômica Federal, em que se busca a revisão de contrato de financiamento de imóvel adquirido pelo Sistema Financeiro da Habitação, indeferiu o pedido de exclusão do nome do cônjuge varão da relação processual, em virtude de acordo firmado entre os autores, por ocasião da separação do casal, homologada judicialmente.

Em suas razões recursais, sustentam os autores que, na qualidade de mutuários do Sistema Financeiro da Habitação, ajuizaram competente ação revisional do valor do contrato de financiamento respectivo. Ocorre que, em virtude da separação judicial do casal, realizada após o ajuizamento do feito e já devidamente homologada judicialmente, em que o cônjuge virago – Cláudia Elisabete Vieira Grasso – assumiu a responsabilidade pelo ônus do financiamento em referência, pleitearam, sem sucesso, perante o juízo monocrático, a exclusão do nome do cônjuge varão da referida relação processual, sob o fundamento de que tal providência somente poderia ser adotada após a regularização do financiamento perante o agente financeiro, sem, contudo, indicar que regularização seria essa. Acrescentam, ainda,

que, a prevalecer o entendimento adotado pelo juízo monocrático, estar-se-ia transferindo para as vias administrativas a solução de uma pendência de ordem processual, em manifesta inversão da ordem jurídica e interferência do que restou decidido pelo Juízo de Família. Amparando-se, pois, em precedente jurisprudencial deste egrégio Tribunal sobre a matéria, requer o provimento do recurso, para reformar-se a decisão agravada, a fim de que o nome do primeiro autor seja excluído do feito.

Regularmente intimada, a Caixa Econômica Federal deixou transcorrer, in albis, o prazo para resposta.

Este é o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. JUIZ MOACIR FERREIRA RAMOS (RELATOR CONVOCADO):

O douto juízo monocrático indeferiu o pedido de exclusão do nome do cônjuge varão da relação processual instaurada nos autos de origem amparando-se em precedentes jurisprudenciais do colendo Superior Tribunal de Justiça e do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nestes termos:

“1 – A transferência de parte de imóvel financiado deve ser regularizada junto ao agente financeiro.

Segundo a jurisprudência:

“MANDADO DE SEGURANÇA. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO. MUTUÁRIO. SEPARAÇÃO JUDICIAL. TRANSFERÊNCIA DO CONTRATO À EX-CÔNJUGE POR DETERMINAÇÃO JUDICIAL. ANUÊNCIA DO AGENTE FINANCEIRO. NECESSIDADE.

- Sentença que homologa acordo de separação consensual entre mutuário e ex-cônjuge, determinando a transferência do contrato de financiamento a esta, fere direito líquido e certo do agente financeiro do SFH consistente na sua obrigatória interveniência para anuência da novação subjetiva.

- Recurso ordinário a que se dá provimento”.

(ROMS – recurso Ordinário em Mandado de Segurança 12489, STJ – processo

200002095838, SP, Relator(a) Nancy Andrichi, Terceira Turma, DJ 23/04/2001, p, 158).

“CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. RENDA FAMILIAR. PERCENTUAL DE COMPROMETIMENTO. TRANSFERÊNCIA DE TITULARIDADE

- Aquisição de bem imóvel que tomou para composição de renda os valores recebidos pelo cônjuge varão (52,38%) e da autora (47,62%), admitindo-se o percentual de comprometimento de renda de 34,52%.

- Ninguém pode transferir mais direitos do que tem. Se o cônjuge varão não era detentor da titularidade do imóvel, pois mal começara a pagar as primeiras prestações, também não podia simplesmente transferi-lo, após a separação do casal, para a titularidade exclusiva da apelada. A vingar a tese, o SFH correria sério risco de insolvência, já que o percentual de comprometimento de renda que era calculado sobre 100 passou a ser calculado para menos da metade (47,62%).

- apelação provida”

(AC – Apelação Cível 67215, Processo 9405409069, PB, TRF 5ª Região, primeira Turma, Relator Juiz Ubaldo Ataíde Cavalcante (Substituto), DJ 24/04/1998, p. 432).

Não tendo sido regularizada a transferência do imóvel junto à CEF, indefiro o pedido de exclusão do autor MÁRIO SÉRGIO GRASSO do pólo ativo da lide (fls. 194)”.

Os signatários de contratos de financiamento de imóvel adquirido com recursos do Sistema Financeiro da Habitação são partes legitimadas para figurar nas relações processuais daí decorrentes.

Em se tratando de contrato firmado por cônjuges, ambos devem integrar a lide, na condição de litisconsortes ativos necessários, em face mesmo das características inerentes ao Sistema, notadamente no que se refere ao comprometimento de renda familiar, para fins de averiguação da capacidade financeira dos mutuários.

Sobre o tema, este egrégio Tribunal já se pronunciou assentindo que *“há litisconsórcio ativo necessário do ex-cônjuge que firmou o contrato de mútuo hipotecário junto com a ora apelada para adquirir o imóvel ainda mais por ter sido a categoria profissional dele a única utilizada na composição de renda”* (AC

2001.38.02.000852-0/MG – Rel. Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso – Sexta Turma – unânime – DJU de 22/09/2003). Confira-se, nesse mesmo sentido, julgado proferido nos autos do AG n.º 2000.01.00.006038-0/DF (Rel. Juiz Convocado Lindoval Marques de Brito – Quinta Turma – unânime – DJU de 25/10/2002).

Por sua vez, estabelecida a relação contratual, a transferência das obrigações nela previstas está condicionada à aquiescência do agente financeiro, por força do que estabelece o parágrafo único do art. 1º da Lei n.º 8.004/90, *in verbis*:

“Art. 1º O mutuário do Sistema Financeiro da Habitação (SFH) pode transferir a terceiros os direitos e obrigações decorrentes do respectivo contrato, observado o disposto nesta lei.

Parágrafo único. A formalização de venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão relativas a imóvel financiado através do SFH dar-se-á em ato concomitante à transferência do financiamento respectivo, com a interveniência obrigatória da instituição financiadora”.

Em sendo assim, para a validade da transferência, afigura-se imprescindível a interveniência do agente financeiro, entendimento esse já consagrado no âmbito deste egrégio Tribunal, conforme se vê, dentre outros, dos julgados proferidos na AC n.º 2000.38.00.023037-2/MG (Rel. Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida – Quinta Turma – unânime – DJU de 10/06/2003) e na AC n.º 2000.38.00.009971-3/MG (Rel. Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso – Sexta Turma – unânime – DJU de 27/10/2003).

Na hipótese em exame, a controvérsia incidental que instaurada nos autos de origem gira em torno justamente da eficácia, perante a Caixa Econômica Federal, da transferência da responsabilidade decorrente do contrato de financiamento ali questionado, em virtude de separação judicial dos cônjuges.

Ora, segundo se infere da certidão de fls. 36, em fotocópia, expedida pelo Secretaria da 3ª Vara Cível da Comarca de Betim/MG, a Caixa Econômica Federal não integrou a relação processual, ali estabelecida, em que se homologou a separação judicial dos mutuários. Em sendo assim, com a devida vênia, a sentença homologatória da referida separação somente produzirá efeitos entre as partes integrantes da lide, sendo ineficaz contra terceiros, se dela não tiverem participado,

como no caso, na condição de litisconsortes necessários, nos termos do que dispõe o art. 472 do CPC.

Conforme bem registrou o juízo monocrático, o colendo Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre o tema, firmando entendimento nesse mesmo sentido.

De igual forma é a jurisprudência já consagrada no âmbito deste egrégio Tribunal, conforme arestos já referidos, na fala de que *“enquanto não for providenciada a alteração no contrato de mútuo, firmado com o agente financeiro, é impossível efetuar a substituição processual, em virtude da separação judicial dos mutuários”* (Rel. Juiz Convocado Lindoval Marques de Brito – Quinta Turma – unânime – DJU de 25/10/2002).

Registre-se, por fim, que o indeferimento da pretensão formulada perante o juízo monocrático não implica, como alegam os recorrentes, em transferir para a esfera administrativa questão de ordem processual. Em verdade, enquanto não resolvida, no âmbito administrativo, a transferência do contrato de mútuo questionados nos autos – e que não é objeto da lide ali instaurada – não se pode alterar a relação processual, por se tratar, como visto, de litisconsorte ativo necessário.

Com estas considerações, nego provimento ao presente agravo para manter a decisão agravada, em todos os seus termos.

Este é meu voto.

Intime-se a agravada, nos termos do art. 527, V, do CPC.

Publique-se.

Brasília-DF., em 06 de fevereiro de 2003.

Desembargador Federal SOUZA PRUDENTE

Relator.”

Jurisprudência n.º 5

“ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Participaram do julgamento os Senhores Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Costa Leite.

Brasília, 15 de outubro de 1998. (data do julgamento)

MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO

Presidente e Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO:

Nisa Maria Friedrich Diogo e cônjuge interpõem recurso especial, com fundamento nas alíneas a) e c) do permissivo constitucional, contra Acórdão proferido em agravo de instrumento, pela 7ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Estado do Rio Grande do Sul assim ementado:

“REGULARIZAÇÃO PROCESSUAL. DIRECIONAMENTO CORRETO AO FEITO. INOCORRÊNCIA DE MODIFICAÇÃO DO PÓLO ATIVO DA RELAÇÃO PROCESSUAL.

É de ser mantida a decisão da Magistrada, pois esta não altera o pólo ativo da relação processual, nem o pedido ou causa de pedir, cuida, tão somente, de regularização do processo.

Agravo desprovido. “ (fls. 56)

Sustentam os recorrentes contrariedade aos artigos 125, inciso I, e 264 do Código de Processo Civil, eis que *“incluir herdeiros no pólo ativo de feito já contestado, sem consentimento do réu, jamais pode ser tido como “regularização procedimental”, constituir sempre alteração de um dos elementos subjetivos da ação “, ferindo, portanto, o principio de tratamento igualitário das partes.*

Para demonstrar a divergência jurisprudencial, indica precedentes do Tribunal Regional da 5ª Região e dos Tribunais de Justiça e Alçada Civil do Estado de São Paulo.

Não foram oferecidas contra-razões (fls. 75) e o recurso especial foi admitido (fls. 80 a 82).

Opina a Subprocuradoria-Geral da República pelo improvimento do recurso em parecer do Dr. Francisco Adalberto Nóbrega, assim ementado:

“RECURSO ESPECIAL COM FULCRO NO ART 105, III, LETRAS “a” E “c” DA CARTA POLÍTICA – DETERMINAÇÃO JUDICIAL PARA A INTEGRAÇÃO DA LIDE POR LITISCONSORTES ATIVOS – POSSIBILIDADE – ALTERAÇÃO DO PEDIDO INEXISTENTE – IMPROVIMENTO DO RECURSO”. (fls. 91)

É o relatório.

EMENTA

Usucapião. Abertura da sucessão. Despacho determinando que a autora, mulher do falecido possuidor, regularize o pólo ativo com a chamada dos herdeiros. Ausência de violação dos arts. 125, I, e 264 do Código de Processo Civil. Litisconsórcio necessário.

1. A decisão do Juiz, constatada a abertura da sucessão, estando no pólo ativo, apenas, a viúva do falecido possuidor, mandando fosse regularizado o pólo ativo com a chamada dos herdeiros, não viola os arts. 125, I, e 264 do Código de Processo Civil, porque conforme ao que dispõe o art. 47, parágrafo único, do mesmo Código.

2. Recurso especial não conhecido.

VOTO

EXMO. SENHOR MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO:

Agravo ajuizado pelos recorrentes, em ação de usucapião, contra despacho que determinou a regularização do pólo ativo, considerando que, havendo outros herdeiros, não poderiam os autores pretender usucapir sozinhos o imóvel. O despacho agravado foi mantido pelo Tribunal de Alçada de Minas Gerais, afirmando que a decisão da Magistrada *“não altera o pólo ativo da relação processual, nem o pedido ou causa de pedir, cuida, tão-somente, de regularização do processo”*.

O art. 125, I, do Código de Processo Civil não foi violado. A decisão agravada mandou regularizar a situação do pólo ativo, considerando a existência de outros

herdeiros. Esse despacho não vulnera a igualdade entre as partes. E não vulnera porque impõe adequação do processo à realidade fática, o que não significa modificar o equilíbrio processual que deve existir entre as partes.

O art. 264 do mesmo Código, igualmente, não foi violado. Não se trata de modificação do pedido ou da causa de pedir, sem o consentimento do réu, que é o comando,(sic)

A agravada a segunda parte da regra que refere-se á manutenção das mesmas partes, salvo as substituições permitidas em lei.

Mostra Moniz de Aragão que essa alteração subjetiva das partes aparece como reflexo do art. 41 que permite a substituição voluntária das partes, nos casos expressos em lei (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, Vol. II, 9ª ed., 1988, pág. 343). Ocorre que, neste caso, não se trata de substituição voluntária de parte. Constatado que há herança, sendo a autora, casada com o possuidor falecido, a usucapião, segundo a promoção de Ministério Público, acolhida pelo Magistrado, depende da participação de todos os herdeiros que, na verdade, pela transferência do universo dos bens em decorrência da abertura da sucessão, detêm a posse. O despacho agravado não substituiu a autora, mas determinou que a mesma providenciasse a regularização, diante da situação de fato oriunda da abertura da sucessão de seu marido. Há estabilização processual da parte, com a regularização decorrente de litisconsórcio necessário, que o Magistrado não pode deixar de observar, presente o art. 47 parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Eu não conheço, pois, do especial.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

TERCEIRA TURMA

Nro. Registro: 97/0066698-0

RESP 00149302/RS

PAUTA: 08/09/1998

JULGADO: 15/10/1998

Relator

Exmo. Sr. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ADALBERTO DA NÓBREGA

Secretário(a)

LEILA MARIA PEDROSA ROGGIA

AUTUAÇÃO

RECTE: NISA MARIA FRIEDRICH DIOGO E CÔNJUGE

ADVOGADO: PATRÍCIA DE OLIVEIRA MELLO

RECDO: LAURENTINA RODRIGUES DA SILVA

ADVOGADO: EVANDRO LUÍS DUARTE DE OLIVEIRA

INTERES.: LISETE DA SILVA E OUTROS

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial.”

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Costa Leite.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 15 de outubro de 1998.

Secretário(a)

Jurisprudência n.º 6

“INTERVENÇÃO DE TERCEIRO – OPOSIÇÃO – USUCAPIÃO – ALEGAÇÃO DE COMPOSSE – CARÊNCIA DA AÇÃO – RECURSO DESPROVIDO.

A oposição pressupõe a inexistência de coerência entre o direito do oponente com os direitos do autor e do réu. Se de um lado, se réus na ação de usucapião são todos aqueles que têm um interesse jurídico sobre a coisa, já se afasta a possibilidade de oposição, porquanto se algum interessado tem posse própria e não o autor da ação de usucapião, tal deve ser alegado na contestação. E se há composses, não poderá haver a exclusão do direito do autor da ação de usucapião, havendo pois coerência de interesses e não oposição. A hipótese de composses é de litisconsórcio ativo necessário, e não de oposição. Se o juízo erroneamente remeteu os oponentes à via processual adequada para discutir a existência da composses, aos oponentes caberia a via recursal para corrigir o erro, pois a permanência deste não firma o direito processual de ação que ajuizaram.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CÍVEL N. 17.759.4/7, da Comarca de FRANCO DA ROCHA, em que são apelantes ORLANDO CELLEGUIM e sua MULHER, sendo apelados JOSÉ SELLEGUIM e sua MULHER:

ACORDAM, em Nona Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Trata-se de oposição ajuizada com a finalidade de ver reconhecido judicialmente o direito dos oponentes à composses dos lotes de terreno 12 e 13 da quadra 5 e lotes 4 e 5 da quadra 6 do loteamento extinto, por carência da ação, na forma do art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

Apelo dos vencidos pugnando pela reforma do julgado a fim de que o processo tenha prosseguimento, aduzindo que a decisão proferida os afastam inelutavelmente da relação jurídica processual concernente ao processo de usucapião, pois neste processo a intervenção que fizeram no sentido de defenderem a qualidade de co-possuidores não foi admitida, tendo o juízo os remetidos às outras vias processuais, pois a discussão não podia ser feita nesse sede; e que, por causa dessa decisão proferida no processo de usucapião, ingressou com esta ação a fim de o direito de composses que têm sobre o imóvel lhes seja reconhecido (fls. 113/117).

Recurso regularmente processado, sem preparo, com resposta da parte contrária (fls. 119/124). Os pareceres dos eminentes representantes do Ministério Público são pelo desprovimento do apelo (fls. 126/128 e 136/137).

É o relatório.

Quem pretender, no todo ou em parte, a coisa ou o direito sobre que controvertem autor e réu, poderá, até ser proferida a sentença, oferecer oposição contra ambos (art. 56, do Código de Processo Civil). A oposição é ação do terceiro que intervém no processo para excluir o autor e o réu. Ensina Pontes de Miranda que *“a figura é de pessoa que não pode ser litisconsorciada com qualquer das outras, nem ajudar a qualquer delas, nem ser chamada ou nomeada por uma delas ou todas. Exercita ação sua, com pretensão toda sua, e pede o que está em contradição com o que o autor da ação ajuizada pede e o réu, nela, contesta, e com o que o réu, por sua vez, afirma, defendendo-se”*. Continua explicando que *“a angularidade das situações – autor-Estado, Estado-réu e interventor opoente-Estado, Estado-autor e réu – pré-exclui desde logo o considerar-se comum o interesse do pedido ou o da contestação do processo primitivo com o do opoente, partes, coerência de interesses haveria, e tratar-se-ia de litisconsórcio necessário, ou voluntário, ou de intervenção adesiva, ou de assistência, ou de chamamento ou de nomeação de autoria (COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – edição Forense – 1974 — Tomo II/89 e 91).*

No caso, a ação é de usucapião, onde figuram como réus “todos os que tenham algum interesse jurídico sobre o imóvel”. Os opoentes declaram que são, juntamente com os autores da ação de usucapião, possuidores dos lotes. Afirmam, portanto, a existência de comosse. Há, na hipótese, coerência de interesses entre os opoentes e os autores da ação, em face dos réus (todos aqueles que têm algum interesse jurídico sobre o imóvel). Naturalmente que os opoentes não poderiam, com a oposição, obter o domínio do imóvel, pois a tanto não se presta o referido remédio jurídico processual. Se é assim, é caso de litisconsórcio ativo necessário, e não de oposição. Aliás, os próprios opoentes trouxeram para os autos lição da jurisprudência diametralmente oposta ao uso da oposição para o caso. Confira-se: *“supondo-se que o opoente tenha somente a posse, não pode pretender somente para si a coisa, pois haveria comosse com o autor do usucapião. Seria neste caso, então, o opoente carecedor do direito de oposição em relação ao autor do usucapião, falecendo-lhe o direito à ação, porquanto se o usucapiente também tem posse, não pode ser excluído da relação processual. A ele o instituto da oposição não se aplicaria E como a oposição deve ser dirigida contra o autor e réu, vê-se de*

plano a impossibilidade de se prosperar a intervenção do terceiro no usucapião” (fls. 82).

Não podem os oponentes querer firmar um direito processual de ação em erro de interpretação do juízo, que remeteu à outra via processual a discussão aventada na intervenção feita a respeito da existência de composesse. Em relação a essa decisão dispunham os oponentes da via recursal.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SILVA RICO e THYRSO SILVA.

São Paulo, 31 de março de 1998.

RUITER OLIVA

Presidente Relator”

Jurisprudência n.º 7

Processo: 076528800

Origem: RIO BRANCO DO SUL – VARA ÚNICA

Número do Acórdão: 16628

Órgão Julgador: 3a. CAMARA CIVEL

Relator: ROSENE ARÃO DE CRISTO PEREIRA

Data de Julgamento: 21/12/1999

DECISÃO: ACORDAM OS DESEMBARGADORES E O JUIZ DE ALÇADA CONVOCADO DA TERCEIRA CAMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTICA DO ESTADO DO PARANA, POR UNANIMIDADE DE VOTOS, EM ANULAR O PROCESSO “AB INITIO”.

EMENTA: USUCAPIÃO. POSSE DERIVADA DE HERANCA. SENTENÇA INEFICAZ. OBRIGATORIEDADE DA FORMAÇÃO DO LITISCONSÓRCIO ATIVO NECESSÁRIO. ANULACAO DOS ATOS PROCESSUAIS “AB INITIO”.

INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 47 DO CPC. 1. OCORRENDO A SUCESSIO POSSESSIONIS, OU SEJA, A TRANSMISSÃO DA POSSE POR HERANÇA, DESCABE A UM DOS HERDEIROS, COM EXCLUSIVIDADE, DEMANDAR EM USUCAPIÃO, TENDO EM VISTA QUE É TITULAR DE PARTE INDIVISA DA HERANÇA, COMO SUCESSOR UNIVERSAL QUE É. 2. VERIFICANDO-SE A POSSIBILIDADE DO RESULTADO DA AÇÃO VIR A ATINGIR DIREITOS DE OUTREM PELA NATUREZA DA RELAÇÃO JURÍDICA, OBRIGATÓRIA É A FORMAÇÃO DO LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. 3. ASSIM, A SENTENÇA PROFERIDA SEM A OBSERVÂNCIA DO ARTIGO 47 E PARÁGRAFO ÚNICO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, É INEFICAZ TAMBÉM EM RELAÇÃO AO LITISCONSORTE QUE EFETIVAMENTE INTEGROU A LIDE COMO PARTE. PROCESSO ANULADO “AB INITIO”.

USUCAPIÃO. POSSE DERIVADA DE HERANÇA. SENTENÇA INEFICAZ. OBRIGATORIEDADE DA FORMAÇÃO DO LITISCONSÓRCIO ATIVO NECESSÁRIO. ANULAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS AB INITIO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 47 DO CPC.

1. Ocorrendo a successio possessionis, ou seja, a transmissão da posse por herança, descabe a um dos herdeiros, com exclusividade, demandar em usucapião, tendo em vista que é titular de parte indivisa da herança, como sucessor universal que é.

2. Verificando-se a possibilidade do resultado da ação vir a atingir direitos de outrem pela natureza da relação jurídica, obrigatória é a formação do litisconsórcio necessário.

3. Assim, a sentença proferida sem a observância do artigo 47 e parágrafo único do Código de Processo Civil, é ineficaz também em relação ao litisconsorte que efetivamente integrou a lide como parte.

Processo Anulado ab initio.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n.º 76528-8, de Rio Branco do Sul Vara Cível em que figuram como Apelantes Amadeu Pereira de Lara

e outra e Apelados Ariete Jussara Dresch Rigodanzo e outros.

1. Amadeu Pereira de Lara e Tereza Costa de Lara ingressaram com ação de usucapião em face de Ariete Jussara Dresch Rigodanzo, Mauro Mocha, Anete Mariza Dresch Rigodanzo, Sidney Roberto Marins, Almeri Juvita Rigodanzo Fey, Harald Fey Júnior, Companhia de Cimento Portland Rio Branco, Idálio dos Santos Vaz, Angelin Sabadin de Lara e Vitória Furman, objetivando a concessão do domínio mediante o reconhecimento da prescrição aquisitiva.

Informaram que o imóvel descrito é por eles possuído há mais de 25 anos, e por seus ancestrais desde tempos imemoriais.

Na audiência de justificação da posse (f. 57)., antes do pronunciamento judicial pela concessão da liminar aos autores, o representante do Ministério Público pugnou pela citação dos irmãos do autor ou declarações desses irmão de que não teriam interesse na causa.

Citados, os réus ofertaram contestação (f. 58)., alegando, em sede de preliminar, carência da ação por ilegitimidade ad causam, pois que a posse resultou de herança e como tal todos os herdeiros seriam litisconsortes ativos necessários.

No mérito, aduziram que a mãe do autor, Anália Pereira de Lara, foi autorizada pelos réus a ocupar uma pequena extensão de terras (dois alqueires), sendo tal ocupação constantemente vistoriada pelos réus. E com a sua morte, os réus passaram a praticar atos esbulhativos, deslocando cercas e marcos divisórios até alcançar 20 alqueires.

Após regular instrução, o Ministério Público (f. 191), opinou pela improcedência da ação de usucapião e procedência da reivindicatória.

Sobreveio sentença (f. 224), que julgou improcedente a pretensão. Irresignados, os autores interpuseram recurso de apelação (f. 226)., pugnando pela reforma da decisão.

A Procuradoria Geral de Justiça (f. 269), opinou pelo desprovimento do recurso. Preparo e resposta (f. 249), regulares.

2. Anteriormente a uma possível análise do mérito, mister algumas considerações sobre a titularidade ativa da ação.

O escoliasta NELSON NERY JÚNIOR ensina que parte, em sentido processual, é aquela que pede (parte ativa) e aquela em face de quem se pede (parte passiva) a tutela jurisdicional (CPC Comentado, pág. 729, nota 11, Ed. RT, 4ª edição, 1999).

E continua o insigne mestre:

Toda vez que se vislumbre a possibilidade de a sentença atingir, diretamente, a esfera jurídica de outrem, a menos que a lei estabeleça a facultatividade litisconsorcial (v.g., CC 623, II) deve ser citado como litisconsorte necessário, a fim de que possa se defender em juízo (obra citada, pág. 472, nota 9).

Vale dizer: é obrigatória a formação do litisconsórcio necessário quando a lei ou a natureza da relação jurídica discutida em juízo determinar a sua formação. Como bem provado nos autos, quer pelos documentos quer pelos depoimentos testemunhais obtidos nesta ação de usucapião (conexa à reivindicatória), a posse de Anália Pereira de Lara (genitora do réu) já era derivada de herança. Assim, quando de seu falecimento, instantaneamente aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança foram transmitidos, desde logo, aos herdeiros legítimos. É o que se extrai do artigo 1.572 do Código Civil.

Houve, então, a *sucessio possessionis*, assim denominada pela doutrina a posse transmitida ao sucessor universal. E sucessor universal é o que substitui o titular do direito na totalidade de seus bens ou em uma quota parte dos mesmos. Sucessor universal é o herdeiro (JOSÉ CARLOS DE MORAES SALLES, *Usucapião de Bens Móveis e Imóveis*, Ed. RT, 3ª ed., pág. 60, 1995).

E um dos herdeiros da herança, com exclusividade e sem representação dos demais, a teor dos princípios que regem o direito das sucessões, não pode demandar em nome dos outros herdeiros, pois que não cabe excluir o direito dos demais que estão em pé de igualdade.

A conclusão é só uma: não poderia o doutor Juiz singular sentenciar sem antes verificar a regularidade da legitimação ativa da ação.

Por certo, então, que os autores ao ingressarem com esta ação requerendo o domínio da coisa deveriam fazê-lo conjuntamente com todos os herdeiros (litisconsórcio ativo necessário) e não somente por quem efetivamente detinha a posse, pois que, repita-se, não são os autores titulares exclusivos da posse, posto ser derivada de herança.

E nem se diga que os apelados não sabiam de tal fato, pois que alegaram como preliminar (f. 33 dos autos no 76.527-1), proposta anteriormente à ação reivindicatória exatamente o que aqui se expõe, ou seja, a ausência de formação do litisconsórcio ativo (nesta ação e passivo naquela) como condição da ação. Sobre a eficácia da sentença confeccionada na ausência da citação do litisconsorte necessário, a lição do renomado autor acima citado é esclarecedora:

Caso se trate de litisconsórcio necessário, todos os litisconsortes devem ser citados para a ação, sob pena de a sentença ser dada inutilmente (inutiliter data), isto é, não produzir nenhum efeito, nem para o litisconsorte que efetivamente integrou a relação processual como parte. A sentença dada sem que tenha sido integrado o litisconsórcio necessário, não precisa ser rescindida por ação rescisória, porque é absolutamente ineficaz, sendo desnecessária sua retirada do mundo jurídico (obra citada, pág. 472, nota 7).

A jurisprudência soa no mesmo diapasão:

Ainda que se trate de posse vintenária, sendo ela derivada de sucessão universal, há que se citar os demais herdeiros, para se comprovar a exclusividade da mesma (Ac. n.º 6296, 1ª CC, TJPR, rel. Des. ZEFERINO KRUKOSKI, j. em 30.05.89).

Aberta a sucessão, passam os herdeiros a possuir, em condomínio, a herança. Se esta constituir-se de bem imóvel, falece a cada herdeiro posse exclusiva de determinada parcela do mesmo, mormente para pleitear a declaração do domínio, invocando prescrição aquisitiva (Ac. n.º 4769, 4ª CC, TJPR, rel. Des. WILSON REBACK, j. em 21.04.88).

Na sucessão hereditária, a posse se transmite a todos os herdeiros e à meeira, não podendo um deles pleitear do domínio exclusivamente para si, em ação de usucapião. Em tal caso, deve o interessado comprovar que adquiriu a posse por cessão de direitos ou renúncia dos demais herdeiros (Ac. n.º 5006, 2ª CC, TJPR, rel. Des. OSSIAN FRANÇA, j. em 24.06.87).

Assim, de ofício, anula-se o processo ab initio, para o fim de determinar o cumprimento da norma inserida no parágrafo único do artigo 47 do Código de Processo Civil.

Em face do exposto, ACORDAM os Desembargadores e o Juiz de Alçada Convocado da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná,

por unanimidade de votos, em anular o processo ab initio.

O julgamento foi presidido pelo Senhor Desembargador Jesus Sarrão, com voto, e dele participou o Senhor Desembargador Nério Spessato Ferreira.

Curitiba, 21 de dezembro de 1999.

Cristo Pereira, Juiz de Alçada, Relator.”.

Da análise dos casos apresentados, verifica-se uma tendência dos Tribunais pátrios em declarar a existência do litisconsórcio ativo necessário em razão da natureza da relação jurídica levada à juízo, no intuito de se preservar o interesse dos litisconsortes, bem como para evitar que sejam propostas novas demandas, com decisões que venham a ser conflitantes.