

DOCTRINA
Edição Comemorativa
30 ANOS DO STJ

Superior
Tribunal
de Justiça

Brasília
Maio
2019

Ligeiras Considerações sobre
Litisconsórcio no Direito Processual
Civil Brasileiro

Castro Filho
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

**LIGEIRAS CONSIDERAÇÕES SOBRE LITISCONSÓRCIO NO DIREITO
PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO**

Ministro Sebastião de Oliveira Castro Filho

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Noções sobre parte. 3. Conceito de litisconsórcio. 4. Casos de litisconsórcio. 5. Espécies de litisconsórcio. 5.1. Litisconsórcio necessário. 5.2. Litisconsórcio necessário no polo ativo. 6. Dos diversos posicionamentos doutrinários. 7. Nossa posição. 8. Outras modalidades de litisconsórcio. 8.1. Eventual. 8.2. Alternativo. 8.3. Sucessivo. 9. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Na história do Direito, não há uma indicação precisa sobre a época a partir da qual passou-se a admitir a pluralidade de partes num mesmo polo da relação jurídica processual. Chegou-se a supor tivesse ocorrido ainda no Direito Romano, em sua terceira fase, conhecida como fase pós-clássica, no período da chamada *cognitio extra ordinem*, situado entre os anos 200 e 565 da era cristã. Mas é de se ter presente que, ao longo de toda a existência do Processo Romano, não se admitia a cumulação de pessoas, logo não se permitia o litisconsórcio.

Só bem mais tarde, passados alguns séculos dos efeitos da Invasão Bárbara, que culminou com a queda do Império Romano, é que, por influência dos pós-glosadores, passou-se a admitir a pluralidade de partes

num dos lados da relação processual, o que acabou por chegar ao mundo civilizado. Esteve nas Ordenações do Reino e, através delas, veio para o Brasil. Figuro em alguns códigos de processo estaduais, como no da Bahia, e foi acolhida pelos Códigos de Processo Civil de 1939, passou pelo de 1973 (arts. 46 a 49) e se encontra presente em nosso novo diploma processual civil (arts. 113 a 118).

2. NOÇÕES SOBRE PARTE

Antes de entrar, propriamente na questão, quase sempre tormentosa, desse complexo fenômeno chamado *litisconsórcio*, é de conveniência dedicar algumas palavras ao que se deve entender, em matéria de processo, por *parte*.

Atento à distinção entre parte na demanda e parte no processo, e se louvando em *Liebman, Cândido Rangel Dinamarco*, pluralizando, diz que partes são os sujeitos do contraditório instituído perante o juiz, isto é, os sujeitos interessados da relação processual em cujas esferas jurídicas atuará o provimento a ser emitido pelo juiz.¹

A distinção entre partes na lide (sentido substancial) e partes no processo (sentido formal), vem de *Carnelutti*.² Com isso, porém, não concordam alguns autores brasileiros, segundo os quais não pode haver, por definição, uma lide diversa daquela descrita pela parte em sua petição inicial.

Com efeito, em sentido meramente formal, partes, na verdadeira acepção do vocábulo, devem ser considerados apenas o demandante – aquele que formula o pedido, o autor – e o demandado, o réu – aquele em relação ao qual se pede a tutela jurisdicional. Ou exequente e executado, embargante e embargado, requerente e requerido. Os demais que, eventualmente, integram o processo, são terceiros, ou seja, aqueles que nele ingressam sem, propriamente, integrar à lide. Mas não é desarrazoado chamá-los – como o diz *Dinamarco* – partes secundárias ou acessórias ou, ainda, partes em sentido formal.

¹ *Litisconsórcio*. São Paulo: Palheiros Editores, 2002, p. 20.

² *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Uteha Argentina, 1944, p. 58.

Assim, de outro lado, *terceiros* são aqueles que não são parte (em sentido substancial) no processo, é dizer, são todos aqueles que não figuram na condição de autores ou réus, embargantes ou embargados etc. Se esse “terceiro”, contudo, for titular da relação jurídica substancial submetida à apreciação do juiz, e ocorrer alguma das situações preconizadas pelo artigo 114 do novo Código de Processo Civil, deve ser chamado para integrar a lide. A falta de chamamento, tratando-se de litisconsórcio necessário, mesmo que no polo ativo, em determinadas situações, que são raras, impõe a extinção do processo, apesar de haver, neste ponto, ainda algumas controvérsias. Por último, é de se lembrar que, para ser parte, é imprescindível a *legimatio ad causam*, seja para figurar no polo ativo ou no polo passivo da relação processual. Logo, para ser litisconsorte, é necessário ter legitimação, sem a qual a participação do interessado não será permitida, pelo menos nessa condição. Como dizia *Pontes de Miranda*, quem não pode entrar num recinto, por falta de bilhete, logicamente, não pode entrar na condição de acompanhante.

3. CONCEITO DE LITISCONSÓRCIO

Para antigo professor de Portugal, de onde primeiro nos veio o instituto, *Adelmo Palma Carlos*, “Litisconsórcio, em sentido técnico, é pluralidade de partes principais, unidas no mesmo processo para discutirem uma relação jurídica material”.³

Dinamarco sintetiza o conceito ao dizer: “...é fácil entender o litisconsórcio como a situação caracterizada pela existência de duas ou mais pessoas do lado ativo ou lado passivo da relação processual, ou em ambas as posições”.⁴

A conclusão está na linha do entendimento de *Giuseppe Chiovenda* que, ainda no início do século passado, ensinava: “*dicesi litisconsorzio la presenza nello stesso procedimento di più persone nella posizione di attori*”

³ Ensaio sobre o litisconsórcio. Lisboa: Centro Tip. Colonial, 1956, p. 126.

⁴ Ob. cit, p. 39.

(litisconsorzio attivo) o di convenuti (iticonsozio passivo) o di attoti da un lato e de convenuti dall'altro (litisconsorzio misto)”.⁵

Retornando ao sistema lusitano, é de se lembrar que, na atualidade, no direito português contempla-se, ao lado do litisconsórcio, também uma figura conhecida por *coligação*. Embora sem relevância para o presente estudo, mas para ilustrar, salientamos que os autores daquele país traçam um paralelo entre **litisconsórcio, cumulação de pedidos e coligação**. Ao fazerem a distinção, dizem que, na mera cumulação de pedidos, há um só autor e um único réu, mas, vários pedidos; no litisconsórcio, o pedido é um só, porém formulado por vários autores ou em relação a diversos réus; já a coligação tem em comum com a cumulação de pedidos o fato de serem múltiplos os pedidos e, com o litisconsórcio, a circunstância de serem os autores ou os réus mais de um. Assim, chamam de **cumulação** quando há um só autor e um único réu, mas uma pluralidade de pedidos; **litisconsorte**, se há pluralidade de partes e apenas um pedido; **coligação** quando existem multiplicidade de pedidos e pluralidade de autores e de réus. A distinção, entre nós, como dito, não tem relevância, porque, em nossa sistemática inexistente empecilho à cumulação de pedidos também em casos de litisconsórcio, seja ativo, passivo ou misto. Possivelmente, os portugueses ainda não se utilizem de algumas modalidades mais recentes de litisconsórcio, as quais já vem sendo referidas por alguns doutrinadores e, ainda que parcimoniosamente, adotadas por alguns dos nossos tribunais. Sobre elas teceremos rápidas considerações nos itens finais do presente trabalho.

Aliás, por oportuno, é de se lembrar que *Pontes de Miranda*, já em seus Comentários ao Código de Processo Civil, edição de 1973, ao contrário do que entendia a maioria de nossos autores, alertava que as “quatro fontes mencionadas pelo artigo 46 (reproduzido hoje, quase que *ipsis litteris*, pelo artigo 113 do diploma atual) não exauriam as fontes do litisconsórcio”.

⁵ Principii di diritto processuale civile. Napoli: Jovene, 1928.

4. CASOS DE LITISCONSÓRCIO

O Código de 1939, nosso primeiro código nacional de Processo Civil dividia o litisconsórcio em necessário (comunhão de interesses), facultativo irrecusável (conexão de causas) e facultativo recusável (afinidade de questões por um ponto comum de fato e de direito).

Para dispor sobre a matéria, no Código de 1973, inspirou-se o legislador brasileiro na ZPO alemã, não se podendo perder de vista, todavia, a importante alteração ao seu artigo 46 pela Lei 8.952/94, que lhe acrescentou um parágrafo, autorizando o juiz, nos casos de pluralidade multitudinária de partes, a limitar o número dos litigantes do litisconsórcio, desde que facultativo. Com isso, alguns processualistas brasileiros, liderados por *Pontes de Miranda* e *Celso Agrícola Barbi*, entre eles Humberto Theodoro Júnior, passaram a defender, no ponto, a classificação do Código de 1939, no que diz respeito à limitação de partes no litisconsórcio passivo. É dizer, passaram a entender que se devolvera a essa espécie de pluralidade de partes a característica de poder ser recusável ou irrecusável.

A utilização do verbo *poder* no *caput* do artigo 46 (duas ou mais pessoas podem litigar) levou alguns a pensar que esse artigo cuidasse, tão somente, do litisconsórcio facultativo, mas, em verdade, abrangia ele todas as modalidades litisconsorciais. Na sequência, o que fazia o artigo 47 era apenas dispor sobre as situações em que ele era indispensável.

Destarte, para usar a própria linguagem do legislador de então, seria necessário o litisconsórcio quando:

- a – assim o dispusesse a lei ou
- b – pela natureza da relação jurídica, tivesse o juiz que decidir a lide de igual modo para todas as partes.

Pode-se concluir disso, que o litisconsórcio facultativo já era, como continua sendo, encontrável por exclusão, agora, como antes, se não incidir, no caso concreto, nenhuma das situações acima mencionadas, e havendo pluralidade de partes, num ou em ambos os polos da relação processual, o caso será de litisconsórcio facultativo.

5. ESPÉCIES DE LITISCONSÓRCIO

O vocábulo *litisconsórcio*, embora de fácil compreensão, esconde uma complexidade pouco imaginada. Para se ter uma ideia, consultem-

se os doutos. Veja-se, por exemplo, a excelente obra de *Cândido Rangel Dinamarco*, aqui já mencionada, intitulada *Litisconsórcio*, editada em São Paulo pela Malheiros Editores. Não obstante seja das mais abrangentes, certo não esgota ela todas as situações reveladoras de problemas sérios, que surgem no dia a dia da prática forense.

Litisconsórcio é o gênero; *necessário* e *facultativo* são as espécies, que podem ser ainda compreendidas como *simples* (ou comum) e *unitária* (ou qualificada). Podem haver, também, como *modalidades mais novas*, litisconsórcio ***sucessivo, alternativo e eventual***. Estas são “modernidades” ainda pouco conhecidas no Brasil, sobre as quais teceremos algumas considerações nos itens 8.1, 8.2 e 8.3.

5.1. Litisconsórcio necessário

O litisconsórcio necessário, na dicção do artigo 114 do Código atual, dá-se ***por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes***. Pouco esclarecedora (para não dizer *confusa* ou, como diz *Didier*, *tautológica*) a redação deste artigo, em seu final. Daí a dificuldade, de certo modo ainda reinante, sobre a indispensabilidade de chamamento ao processo nos casos de pluralidade de interessados no polo ativo da relação jurídica processual, se não estiverem presentes todos já na propositura da demanda.

Na vigência do diploma de 1973, o artigo 47, em seu *caput*, fundia o litisconsórcio necessário com o unitário como se fossem ambos a mesma coisa; definia o litisconsórcio necessário em conformidade, apenas, com as características do litisconsórcio *unitário*. Porém, como alerta a doutrina, o litisconsórcio unitário nem sempre é necessário. São exemplos, muito lembrados pelos autores, a hipótese de condôminos que reivindicam a coisa comum e de credores solidários nos casos de cobrança da dívida única. Ajam em conjunto ou separadamente, o resultado será uniforme para todos os interessados, não obstante não se trate de litisconsórcio obrigatório.

Em contrapartida, como lembra *Humberto Theodoro Jr.*, é de se ter presente que não são poucas as situações em que o litisconsórcio é necessário, mas o resultado não será, forçosamente, o mesmo para todos os

participantes do processo. É o caso, *verbi gratia*, do concurso de credores do devedor insolvente, assim como a participação dos confrontantes nas ações divisórias e demarcatórias. Embora sejam todos, à luz da lei, partes obrigatórias, a decisão da pretensão de uns e outros pode ser diferente.⁶

Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini lembram, também, um caso por demais esclarecedor: o da ação de usucapião. Ali, por força de lei, há um litisconsórcio necessário, pois se determina a citação, entre outros, daquele em cujo nome estiver transcrito o imóvel e dos confinantes. Entretanto, a toda evidência, o resultado para o primeiro não será o mesmo para os segundos.⁷

Por tudo isso, esaldado com tantas imperfeições do Código de 1973, esperava-se que o novo diploma processual brasileiro viesse bem melhor que o anterior, já que oriundo do trabalho de uma comissão de alto nível. Nesta matéria, embora se pudesse aguardar evolução maior, embora tenha saído melhor que o anterior, como visto e como ainda se verá, deixa ainda um pouco a desejar, em vários pontos.

5.2. Litisconsórcio necessário no polo ativo

A questão mais tormentosa, contudo, no que diz respeito ao litisconsórcio, é aquela concernente à sua **formação no polo ativo, quando necessário**. Como acabamos de verificar, para que a sentença produza os efeitos jurídicos pretendidos, faz-se imprescindível que todos os interessados estejam presentes. Nesse caso, diferentemente do que ocorre no litisconsórcio facultativo, como se trata de uma imposição da lei, a norma é cogente, **mas somente para os casos de litisconsorte passivo**. Não autoriza que o juiz, como o fazia o Código anterior, determine ao proponente da ação que requeira a citação de outros interessados a virem integrar o polo ativo da relação processual.

E se algum deles se recusar a comparecer, isto é, se negar a participar da propositura da demanda? Como proceder? Reinava, não só na doutrina

⁶ Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2010, vol. I, p. 119.

⁷ Curso avançado de Processo Civil. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 249.

como na jurisprudência, séria divergência, com vários posicionamentos, alguns radicais, outros mais ponderados.

6. DOS DIVERSOS POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS

Cândido Rangel Dinamarco era enfático: “Como ninguém pode ser obrigado a demandar contra sua própria vontade (*nemo ad agendum cogi potest*, princípio constitucional da liberdade), em casos assim (de recusa de participação de algum dos interessados), o autor ficará num impasse sem solução e não poderá obter a tutela jurisdicional pretendida”.⁸

Humberto Theodoro Júnior raciocinava como Dinamarco. Mas, na trilha de Celso Barbi, não admitia, na vigência do Código anterior, citação de litisconsortes para o polo ativo. À luz da lei então vigente, criticavam aqueles renomados processualistas mineiros, dizendo: “...tecnicamente, citação é chamamento que se faz ao réu para defender-se em juízo (art. 213) e não de alguém para vir agir como autor.

Diríamos que não só a redação anterior – art. 213 – era imperfeita; também a atual - art. 238, embora melhor – deixa a desejar. É que o legislador brasileiro tinha e continua cultivando o antigo hábito de conceituar, de dar definições, o que não é apropriado. A lei deve ser clara, mas definir, conceituar é tarefa da doutrina, da *jurisciência*.

Deveras, não era nada feliz o Código anterior, ao conceituar citação. Mas, *data venia*, não se limitava, apenas ao chamamento do réu para se defender. Rememore-se a redação do artigo 213: “Citação é o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender”. Ainda que não se tratasse de um primor de conceito, era da lei que não só o réu, mas outro **interessado** podia ser citado. Ora, em regra, ninguém mais que um litisconsorte pode ser interessado no resultado de uma demanda.

Mas, como sempre cauteloso, ponderava Humberto: “Embora não se possa ordenar a citação de litisconsorte ativo, o juiz, reconhecendo

⁸ Instituições de Direito Processual Civil. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 354.

que o autor não teria legitimidade para intentar a ação sozinho, pode-lhe assinar prazo para obter a adesão do co-interessado necessário. Não vindo o consorte para o feito, o processo será extinto, sem apreciação do mérito”.⁹

Agora, à luz do novo Código de Processo Civil, mais que nunca, convencido do acerto de sua compreensão desde o século passado, esse ilustre professor posiciona-se da seguinte forma, dizendo: “Segundo antigo entendimento doutrinário, a que o NCPC se manteve fiel, o litisconsórcio necessário ocorre apenas no polo passivo do processo (art. 115, parágrafo único). Não há, pois, litisconsórcio necessário ativo, em regra”.¹⁰

Solução menos radical era sugerida por *Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Nery*: “Quando, pelo direito material, a obrigatoriedade de 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)”. Acrescentavam que “o autor deve movê-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”. Indicavam, como comungantes desse entendimento, *Lambauer e Homero Freire*, mas outros existiam, como *José Miguel Garcia Medina e Teresa Alvim Wambier*.

Com efeito, *Mathias Lambauer*, em obra editada desde a penúltima década do século passado, vinha ensinando como o faz hoje Nery e Nery. Afirmava ele que “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, discordarem da ação proposta, nada impede integrarem a demanda em

⁹ Obra e local citados.

¹⁰ Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. I, p. 355.

polo processual oposto e deduzirem os seus interesses contrários à ação ajuizada, formando litisconsórcio ao lado do réu”.¹¹

Bem antes disso, porém, ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1939, *Homero Freire* já ponderava sobre a conveniência de se repensar o conceito de litisconsórcio necessário. Defendia que, não obstante a exigência da presença no processo de todos os sujeitos da relação jurídica, nada impedia a propositura da demanda por um só dos interessados. A seu sentir, bastaria a cientificação dos demais para, com isso, se transformar em litisconsortes todos os sujeitos da relação jurídica.¹²

Nelson e Rosa Nery, mesmo com a redação trazida pelo novo Código, continuam se mantendo na mesma linha anterior.¹³

Alexandre Freitas Câmara postava-se entre aqueles que rejeitavam o litisconsórcio necessário ativo. Mas, na linha também de Nelson Nery e Rosa Nery, dizia que, nos casos em que a natureza da relação jurídica impunha a presença de todos os seus sujeitos no processo, esta presença podia dar-se em qualquer dos lados da relação processual; de tal forma, aqueles que não quisessem propor a ação deveriam ser incluídos no polo passivo da demanda. E exemplificava: numa locação em que houvesse dois locadores, e pretendendo um deles propor ação revisional de aluguel, com o fim de obter um aumento do preço da locação, com o que não concordasse o seu co-locador, deveria aquele propor a ação em face do locatário e do co-locador que não pretendia ajuizar a demanda. Este co-locador, demandado, poderia assumir uma de diversas condutas possíveis: contestar o pedido do autor, afirmando que o aluguel então devido era adequado aos padrões do mercado; reconhecer a procedência do pedido ou permanecer revel. De qualquer modo, sua presença no processo tornaria possível a apreciação do mérito, por estarem presentes na relação processual todos os sujeitos da *res in iudicium deducta*.¹⁴

¹¹ Do litisconsórcio necessário ativo. São Paulo: Saraiva, 1982, ps. 121/122.

¹² Litisconsórcio necessário ativo. Recife: Livraria Jurídica Internacional, 1954, ps. 80/81.

¹³ Veja-se Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Thompson Reuters REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2016, ps. 566/568, itens 5 a 8.

¹⁴ Lições de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007, p. 177.

Diferente não era a compreensão de *José Roberto dos Santos Bedaque*. Para o conceituado professor paulista, a alternativa de incluir o co-litigado ativo no polo passivo do processo seria factível: “...bastando que o autor, ao descrever a causa de pedir, impute a ele comportamento contrário à realização espontânea do direito”.¹⁵

Fredie Didier Júnior posicionava-se, e ainda se posiciona, na outra extremidade, começando por negar a existência de litisconsórcio necessário ativo. “O fundamento dessa conclusão – diz ele – é apenas o direito fundamental de acesso à justiça (inciso XXXV do art. 5º da CF/88)”. Para esse conceituado processualista baiano, a discussão sobre a obrigatoriedade do litisconsórcio ativo restringe-se aos casos de litisconsórcio unitário (e, como tal, deve ser necessário), tendo em vista que, sendo indivisível a relação jurídica discutida em juízo, a solução que se lhe der deve ser a mesma para todos os litisconsortes. No entanto – justifica – como o litisconsórcio unitário relaciona-se aos casos de co-legitimação, o Direito autoriza, em algumas situações, que um sujeito discuta em juízo, em nome próprio, situação jurídica que, ou não lhe diz respeito, ou não interessa somente a ele, e que, por isso mesmo, poderia estar sendo discutida por um outro sujeito (co-legitimado). Assim, “Se a co-legitimação é ativa, e há unitariedade, qualquer dos co-legitimados, isoladamente, pode propor a demanda, mesmo contra a vontade de um possível litisconsorte unitário, que ficará submetido à coisa julgada, como é a regra em casos de legitimação extraordinária, aceita por praticamente a totalidade da doutrina”.¹⁶

Mas, mesmo com ressalvas quanto à aceitação de litisconsórcio necessário ativo, *Didier* concluía seu pensamento também de forma quase coincidente com a de Nelson Nery Jr. e Rosa Nery, ao dizer: “O demandante pode solicitar a intimação do possível litisconsórcio unitário, para que tenha ciência do processo e tome a postura que lhe for conveniente: a) ou assuma a posição de litisconsorte ativo ulterior unitário; b) ou se cale, prosseguindo a condução do processo pelo demandante originário,

¹⁵ Código de Processo Civil interpretado. São Paulo: Atlas, 2004, p. 155.

¹⁶ Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Jus Podivm, 2008, vol. I, ps. 309/310.

que é seu substituto processual (legitimado extraordinário); c) ou adira à contestação do réu, resistindo a pretensão do demandante originário, assumindo posição semelhante à de um assistente litisconsorcial passivo e, portanto, litisconsorte unitário ulterior passivo. Nesse último caso, atuaria em nome do próprio, defendendo a situação jurídica afirmada pelo réu – caso, pois, de legitimação extraordinária”.¹⁷

Todavia, vigente agora o novo Código de Processo Civil, sentindo-se, por certo, fortalecido por sua redação no que concerne ao tema, Didier mantém-se na mesa diretriz anterior. Não nega a existência de litisconsórcio necessário no polo ativo, mas enfatiza que **apenas, por exceção**.¹⁸

Em nosso particular ponto de vista, a **negativa de existência de litisconsórcio necessário no polo ativo** - ainda afirmada por alguns respeitáveis mestres - **não é desarrazoada**. Por quê? Porque, em tese, aquele que, chamado ou não a integrar a lide como um dos proponentes da demanda, nada terá a perder, seja qual for o resultado. Se procedente o pedido, poderá, em algumas situações, até ser beneficiado; se, por outra banda, for o pedido julgado improcedente, o resultado, igualmente, não lhe afetará. Em resumo: em situações tais, quem ficar de fora, poderá nada ganhar, porém nada terá a perder.

Em pronunciamentos anteriores, principalmente em sala de aula e em palestras, confessamo-nos simpático, com algumas reservas e ajustes, ao entendimento daqueles que admitem a convolação do litisconsorte necessário ativo renitente à condição de réu.¹⁹ Dizíamos, na vigência do Código anterior, entender que, havendo pluralidade de interessados no polo ativo, nos casos de litisconsórcio necessário, para que o processo fosse válido e tivesse eficácia a sentença, ser imprescindível que se possibilitasse a todos sua participação. Assim, se a petição inicial não estivesse firmada

¹⁷ Ob. cit., ps. 310/311.

¹⁸ Código de Processo civil. Salvador: Jus Podivm, 2018, ps. 533 e ss.

¹⁹ Assim o afirmamos na palestra que proferimos no simpósio em homenagem ao ilustre Professor *Cândido Rangel Dinamarco*, promovido em São Paulo, em 2011, pelo *Instituto Brasileiro de Direito Processual*, quando presidente a querida Professora *Teresa Arruda Alvim*.

por todos, os ausentes deveriam ser cientificados para integrar à lide, com a advertência de que, se não o fizessem, seriam tacitamente representados pelo proponente da demanda, assumindo os ausentes as consequências do resultado. Nesses casos, a cientificação do interessado faltante deveria anteceder à do réu, para possibilitar àquele, inclusive, se o desejasse, aditar a petição inicial.

Mesmo à luz do novo Código de Processo Civil, nossa posição continua a mesma. Se, por um lado, ninguém é obrigado a demandar, por outro, não se pode ignorar o direito constitucionalmente garantido a qualquer pessoa de propor demandas.

7. NOSSA POSIÇÃO

Relembrado nosso posicionamento de outrora, retornemos à época atual. Pensamos que, não obstante a lei não o determine para os casos de litisconsórcio necessário no polo ativo, fazendo-o explicitamente só quando se tratar de litisconsórcio necessário no polo passivo (parágrafo único do art. 115), entendemos que nada há que impeça ao juiz, provocado pelo interessado, deferir o chamamento, numa espécie assemelhada ao *iussu iudicis*. E, como se trata de chamamento anômalo, pois que *é para demandar*, o mandado (que será de mera **cientificação**, para, **se quiser**, habilitar-se nos autos), deverá conter a advertência de que, caso não compareça, será substituído pelo outro ou outros demandantes, ressaltando que sua omissão importará na aceitação dos resultados finais, sejam quais forem eles.

Embora não obrigatório o chamamento, é de conveniência a cientificação. Há hipóteses em que nem todos, apesar de interessados, tomam ciência da intenção de alguém de propor uma demanda. Pode ser que, aquele ou aqueles que desconheçam esse propósito, tivessem a mesma intenção, só não o fazendo antes por alguma razão, inclusive, não raro, por falta de recursos financeiros para sustentar as despesas que, em geral não são pequenas, de uma causa na justiça.

Feita a cientificação, o que venha a alegar (ou não alegar) o cientificado pouco importa. Poderá agir dando as razões de sua recusa, as causas de seu desinteresse (quem sabe até por questões financeiras) ou

até mesmo em defesa do réu, por entender não ser justa a pretensão do ou dos proponentes da demanda. Os fundamentos de fato e de direito serão avaliados pelo juiz. Se se colocar contra o processo ou mesmo contra o pedido, posicionando-se ao lado do demandado, e vindo o autor (ou autores) a ter êxito ao final, embora não venha a sofrer prejuízo quanto ao objeto da lide, como participou do processo, poderá ser condenado, juntamente com os demais sucumbentes, pelas despesas de natureza processual, assim como por honorários de advogado. Se, ao contrário, for o pedido julgado improcedente, não se lhe poderá negar os mesmos direitos de ressarcimento quanto às despesas do processo.

8. OUTRAS MODALIDADES DE LITISCONSÓRCIO

Há poucas décadas, surgiram em alguns países da Europa – principalmente Itália e Alemanha – certas indagações sobre a possibilidade de se admitir três modalidades de litisconsórcio, que vem sendo chamadas pela doutrina mais moderna de litisconsórcio *eventual*, *alternativo* e *sucessivo*. Embora pouco conhecidos, já temos alguns autores que deles cuidam. Na expressão de *Dinamarca*, trata-se de “questão elegantíssima (...) sobre a qual mesmo na Itália – conta ele – pouco se escreveu a respeito, existindo algumas manifestações no direito alemão.”²⁰

Na sequência, com o fito de esclarecer e se posicionar, faz o ilustre professor da USP as seguintes perguntas: “Será lícito colocar em juízo, cumulativamente, duas demandas dirigidas a pessoas diferentes, invocando o artigo 289 do Código/73, (*cúmulo eventual*), para que uma delas só seja apreciada no caso de rejeitada a primeira? Será lícito comparecerem dois autores, na dúvida sobre qual deles seja o verdadeiro credor, pedindo que o juiz emita um provimento contra o adversário comum, em benefício de um dos dois (*cúmulo alternativo*)?”

“A resposta é positiva”, responde *Fredie Didier Jr.*, fazendo coro a *Dinamarca*. Na primeira hipótese, com base no supramencionado dispositivo do então vigente Código de Processo Civil brasileiro, que contemplava a

²⁰ Na atualidade, já temos no Brasil alguns autores que cuidam dessas modalidades.

denominada *cumulação eventual* ou *subsidiária*; na segunda, ter-se-ia por fundamento o artigo 895 do diploma processual antigo (agora, 547).

As três modalidades de que ora tratamos não se confundem, mas há uma grande similitude entre o litisconsórcio *eventual* e o *alternativo*. O que os distingue, em verdade, é a ordem de preferência em relação aos demandados. Será *eventual*, se o autor não externar dúvida em relação ao polo passivo e manifestar sua preferência por um dos demandados; não existindo essa ordem de preferência, por falta de certeza sobre quem poderá ser demandado, será o litisconsórcio considerado *alternativo*. Em rápidas palavras, analisaremos cada uma dessas novas modalidades.

8.1. Litisconsórcio eventual

Como anota *Araken de Assis*, quando ocorre o fenômeno, na modalidade eventual, isso se verifica, geralmente, no polo passivo da demanda, ao contrário do litisconsórcio alternativo que, quase sempre, ocorre no polo ativo da relação processual. Sua admissibilidade, consoante observa *Ronie Preuss Duarte*, é de grande importância em alguns casos, como no de desconsideração da personalidade jurídica. Em tais situações, ressalta ele, “...o afastamento de possibilidade do litisconsórcio subsidiário implica a necessidade do prévio exaurimento da instância contra o devedor principal para que, só então, admita-se o direcionamento da demanda contra o subsidiariamente obrigado.”²¹

A toda evidência, nessa modalidade de litisconsórcio (eventual), admitido como procedente um pedido, o outro ficará prejudicado, nada impedindo, todavia, que ambos sejam julgados improcedentes.

8.2. Litisconsórcio alternativo

Embora ainda novidade em nosso País, essa modalidade já vem sendo acolhida por alguns tribunais, há alguns anos. *Rodrigo Mazei*, por exemplo, rememora decisão proferida no ano 1984 pelo 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo nessa linha de entendimento: “Em ação movida

²¹ Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 147, ps. 39/40.

contra seguradora e contra banco intermediário de seguro, admite-se o litisconsórcio passivo alternativo, pois não sabe o autor a quem será imputada a responsabilidade e, sendo um exonerado da obrigação de reparar, pode ser condenado o outro”.²²

8.3. Litisconsórcio sucessivo

Esta modalidade, como o próprio nome o sugere, ocorre quando há uma cumulação sucessiva de pedidos, mas, com uma particularidade: o segundo somente poderá ser acolhido se também o primeiro o for. Trata-se da chamada cumulação própria de pedidos. Em virtude de sua capacidade de bem esclarecer, é muito comum citar-se como exemplo, a seguinte hipótese aventada por *Araken de Assis*: mãe e filho, em conjunto, ajuízam ações de alimentos e de ressarcimento de despesas de parto. O juízo de procedência da ação de alimentos pressupõe a obrigação do pai quanto às despesas com o nascimento, desde que não se tenha posto em dúvida a paternidade.

No caso, embora pleitos diferentes, são dois os pedidos formulados, em litisconsórcio, por demandantes diversos, endereçados à mesma pessoa, em ação única. “Mas observe-se no exemplo – anota *Rodrigo Mazei* no estudo já citado – que o pedido da litisconsorte sucessiva (mãe) fica subordinado ao acolhimento de um capítulo ligado ao litisconsorte principal (suposto filho), qual seja: o reconhecimento da paternidade do réu (suposto pai). Sem a procedência desse capítulo prévio, nada poderá ser deferido à litisconsorte sucessiva”.

9. CONCLUSÃO

Em resumo, como se pode verificar por essas rápidas considerações, o fenômeno processual do litisconsórcio é de grande importância à prática do direito. Figura, em certos pontos complexa, está ainda a merecer estudos mais aprofundados, quiçá sob o enfoque de outro fenômeno de igual

²² Revista Brasileira de Direito Processual, n. 61. Belo Horizonte: Enfoque processual do art. 928 do Código Civil (Responsabilidade civil do incapaz).

modo pouco esclarecido, o da legitimação extraordinária (substituição processual).

Como é possível perceber, no que concerne ao litisconsórcio necessário, pode ele ser *simples* (ou comum) e *unitário* (ou qualificado). Em se tratando de litisconsórcio simples, mesmo sendo obrigatório (casos geralmente explicitados e impostos por lei), a sentença de mérito pode não ser igual para todos. São várias as situações que refletem essas hipóteses. Naquele, qualificado pela natureza da relação jurídica que envolve os interessados, se o juiz tiver que decidir a questão, quanto ao mérito, da mesma forma para todos, é o unitário.

Em arremate, como afirmado antes, o Código de 2015 progrediu, nesta matéria, em relação aos anteriores. Claro, poderia ter sido melhor, mas... Bem, códigos sempre são reformáveis; nada impede com base no que exurgir da prática forense, venha o legislador a alterá-lo em alguns pontos, no futuro.