Volume 349 ANO 96

• JANEIRO – FEVEREIRO – MARÇO DE 2000 •

ISSN 0102-8413

REVISTA FORENSE

FUNDADA EM 1904
PUBLICAÇÃO NACIONAL DE DOUTRINA, JURISPRUDÊNCIA E LEGISLAÇÃO

FUNDADORES
Mendes Pimentel
Estêvão Pinto

DIRETORES
Bilac Pinto †
José Francisco Rezek
Caio Mário da Silva Pereira
J. de Magalhães Pinto †
José Monteiro de Castro †
José de Almeida Paiva †

REDATOR-CHEFE
José Carlos Barbosa Moreira

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA BIBLIOTECA

Litisconsórcio facultativo ativo ulterior – Princípios do "juiz natural" e do "devido processo legal"

Fui consultado pelo banco (*omissis*)..., através de seus ilustres procuradores judiciais, a respeito da legalidade do ingresso de *litisconsorte facultativo ativo* nos autos de ação cautelar, *após ter sido concedida medida liminar e haverem sido citados dois dos co-requeridos.*

Coube-me, assim, examinar a espécie para, ao final, habilitar-me a responder aos quesitos formulados pelo Consulente.

I. SINOPSE DOS FATOS

1. Auto Viação Marechal Ltda. ajuizou, na comarca de Curitiba, *ação cautelar inominada*, requerendo a citação, como réus, *a*) do Banco ...*omissis*...; *b*) da URBS – Urbanização de Curitiba S/A; e *c*) do Município de Curitiba, este posteriormente excluído da causa.

Em síntese, na inicial narrou a autora que, na condição de *permissionária na exploração do serviço público de transporte coletivo municipal*, celebrara com o Banco ...*omissis*..., em 27.04.1994, um contrato pelo qual a referida instituição bancária lhe concedeu um empréstimo no valor de CR$ 5.277.235.000,00 (cinco bilhões, duzentos e setenta e sete milhões, duzentos e trinta e cinco mil reais). Neste instrumento de mútuo figuraram, na qualidade de anuentes, os litisconsortes Município de Curitiba e URBS S/A, esta como gerenciadora do sistema de transporte coletivo de Curitiba.

Sustentou a requerente que as cláusulas contratuais, além de "tipicamente potestativas", revelavam nítida "supremacia" dos interesses do Banco. Assim, requereu concessão de liminar, em caráter de urgência, para que lhe fosse assegurado o direito de proceder ao *depósito judicial* das prestações, em valores calculados consoante "os critérios legais de atualização monetária", *suspendendo-se*, outrossim, os descontos que a URBS efetivava, em favor do Banco requerido, sobre os créditos devidos à postulante.

2. O processo foi distribuído, aos 28.12.1995, à 2ª Vara da Fazenda Pública da aludida comarca, com imediata concessão da liminar postulada pela Auto Viação Marechal Ltda., em decisão do seguinte teor:

"Vistos.

Atendendo aos argumentos expendidos pela autora em sua petição vestibular e à documentação que a instrui, analisados sumariamente, dada a natureza cautelar e emergencial da medida, evidenciada a ocorrência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* que autorizam o acolhimento de plano do pedido, hei por conceder, liminarmente, a cautelar pleiteada, autorizando a requerente a *depositar, em Juízo, as prestações mensais vincendas*, referentes ao contrato de mútuo, bem como a *suspensão de descontos*, pagamentos ou apropriações pela URBS em favor do banco requerido, valores esses a serem depositados em conta de poupança, em nome das partes, à ordem e disposição deste Juízo, até decisão final a ser prolatada nos autos em ação ordinária, no Posto Montepar do Banco do Estado do Paraná S/A, na forma requerida.

Após, citem-se os requeridos, para contestarem, querendo. Ciência à Promotoria de Justiça" (grifamos).

No dia *8 de janeiro de 1996* foram efetivadas as citações dos co-requeridos, o Município de Curitiba e a URBS.

3. Em *12 de janeiro de 1996* a empresa Auto Viação Nossa Senhora do Carmo Ltda. requereu sua admissão no processo cautelar na qualidade de *litisconsorte ativa*, argüindo haver celebrado com o Banco *...omissis...* um contrato de mútuo análogo ao firmado pela demandante Auto Viação Marechal Ltda. e pedindo lhe fossem *estendidos os efeitos da liminar deferida.*

A MM.ª Juíza de Direito Substituta, em decisão concisa, admitiu o "aditamento" e mandou "incluir" a nova requerente na relação processual, como litisconsorte ativa, *a ela estendendo os efeitos da medida liminar concedida à autora original* (f. 117).

A magistrada, nessa decisão, determinou "nova carta e mandado de citação" dos réus para responderem a esse "aditamento" à petição inicial; em decorrência, desde então vem a Auto Viação Nossa Senhora do Carmo Ltda. usufruindo os efeitos da liminar que fora deferida em favor da Autora, Auto Viação Marechal Ltda..

4. Cabe, desde logo, destacar que os co-requeridos Município de Curitiba e URBS, já citados em *8 de janeiro de 1996*, receberam "nova citação" aos *15 de janeiro de 1996.*

Já com relação ao banco, as citações foram feitas *pelo correio*, através de cartas postadas em 16.01.96 e recebidas pelo Banco, na cidade de São Paulo, em 17.1.96 e 18.1.96, respectivamente. Posteriormente, os "Avisos de Recebimento" foram juntados aos autos da ação cautelar em 20 de janeiro e 1º de fevereiro de 1996.

5. Em junho de 1997, o Banco peticionou nos autos da ação cautelar (fs. 879-884), argüindo a *nulidade de decisão* que acolhera a Auto Viação Nossa Senhora do Carmo Ltda. na qualidade de litisconsorte facultativa ativa, por proferida em frontal desacordo com regras básicas do direito, a saber:

a) ocorreu contrariedade ao *artigo 264 do CPC*, ante "a impossibilidade de que sejam as partes alteradas ou substituídas após a realização da citação";

b) a decisão que admite o ingresso de litisconsorte ativo, após concedida medida liminar, fere "princípios constitucionalmente resguardados, como os do *juiz natural* e da *livre distribuição*";

c) a ofensa ao princípio do juiz natural induz à incompetência absoluta do magistrado processante para o julgamento das pretensões deduzidas pela litisconsorte;

d) cuidando-se de matéria relativa aos pressupostos para a constituição válida e o desenvolvimento regular do processo, a *preclusão não se opera* e pode tal questão ser conhecida de ofício pelo juiz, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, ainda que ausente impugnação das partes.

6. Em dezembro de 1998 o magistrado titular da Vara prolatou decisão no sentido de que "a postulada exclusão do litisconsorte ativo do processo já se encontra atingida pela preclusão", destarte *indeferindo* o pedido formulado pela instituição financeira (fs. 1.156-1.159).

O banco manifestou, então, agravo de instrumento, sublinhando inclusive que "o ingresso extemporâneo da Agravada Auto Viação Nossa Senhora do Carmo Ltda., nos autos da ação cautelar, após ter sido concedida a r. liminar pleiteada por Auto Viação Marechal, negou vigência ao art. 251 do Código de Processo Civil, além de aos princípios constitucionais da livre distribuição, do juiz natural, previstos no artigo 5º, inciso LIII e do *due process of law* (art. 5º, LIV)". Invocou, ainda, o desapreço ao art. 264 do CPC, citando doutrina e jurisprudência acerca da matéria, bem como afirmou a licitude de a incompetência absoluta ser suscitada a qualquer tempo.

Distribuído ao eminente Dr. Ivan Bortoleto, ilustre Juiz do egrégio Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, negou-lhe o relator o efeito suspensivo, por entender incabível conferir "efeito ativo" ao agravo.

São estes, em apertada síntese, os fatos relevantes da etapa inicial do processo.

II. DA ESTABILIZAÇÃO DA DEMANDA

CPC – " *Art. 264.* Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido, ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei.

Parágrafo único. A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo."

7. O art. 264 do Código de Processo Civil consagra, em nosso direito positivo, o princípio da *estabilidade da demanda* quer sob o aspecto *objetivo* pela proibição de alteração do pedido ou da causa de pedir, como pelo aspecto *subjetivo*, pela vedação de que se alterem as partes, ressalvadas as substituições que a lei expressamente admita.

Esta proibição passa a incidir após "feita a citação do réu", ou de um dos réus em se cuidando de litisconsórcio passivo, e é *relativa* na etapa entre a citação e o provimento judicial que declara saneado o processo, porquanto a *alteração subjetiva* nessa fase ainda é permitida com consentimento expresso e inequívoco do réu (ou dos réus); torna-se *absoluta* após o saneamento processual na audiência preliminar (art. 331).

Já a alteração subjetiva da demanda é absolutamente defesa após a citação.

8. No caso ora em exame ocorreram modificações processuais tanto sob o aspecto *subjetivo*, como pelo ângulo *objetivo*. Com efeito, após realizadas as citações de dois dos réus – o Município de Curitiba e a URBS –, ingressou no processo, a título de litisconsorte facultativa e com invocação ao art. 46, II, III e IV do CPC, a empresa Auto Viação Nossa Senhora do Carmo Ltda.. Fê-lo sem o consentimento dos réus já citados e, por óbvio, do réu ainda não citado, o Banco *...omissis...* .

Note-se que a modificação não se limitou ao surgimento de uma *pluralidade de partes* no pólo ativo da relação processual. A "nova" requerente da cautelar formulou um *novo pedido*, a seu benefício, de concessão de cautela com extensão da medida liminarmente concedida à requerente original, e isso com base em uma *nova causa petendi*, o contrato de mútuo firmado entre a postulante Auto Viação Nossa Senhora do Carmo e o Banco já mencionado.

Em suma, diante do litisconsórcio *facultativo* ativo, passamos a ter, *in simultaneus processus, duas* relações processuais, *dois* pedidos, *duas causae petendi*.

9. Sustentam as agravadas, no entanto, que a estabilização do processo apenas ocorreria "com a citação válida e regular de todos os litisconsortes, pouco importando se o litisconsórcio em questão é unitário, facultativo ou necessário".

Laboram em equívoco as agravadas.

Com efeito, qual foi o pedido formulado na inicial da demanda cautelar?

Sustentando, de mérito, a ilegitimidade da aplicação da taxa ANDIB ao contrato de mútuo, a Auto Viação Marechal Ltda. postulou a concessão de cautela no sentido de autorizá-la a realizar o depósito judicial das prestações mensais vincendas, e pediu outrossim fosse determinada "a suspensão de quaisquer descontos, pagamentos ou apropriações *...(omissis)...* realizadas pela URBS em favor do Banco requerido, retirados dos créditos a que faz jus a Autora pela prestação dos serviços de transporte municipal, garantindo-se a esta (autora) o recebimento integral dos valores mensais devidos junto à URBS" *(da inicial, f. 13)*.

10. Em suma, a Auto Viação Marechal requereu (e obteve liminarmente) a *alteração da cláusula contratual* pela qual autorizara a URBS – Urbanização de Curitiba S/A, a proceder ao desconto, dos pagamentos a que tinha direito ela mutuária pelo desempenho dos serviços coletivos de transporte, das importâncias bastantes ao pagamento das prestações devidas ao mutuante Banco.

Com efeito, pela decisão judicial concessiva da liminar: *a)* a requerente foi autorizada a depositar *diretamente* as prestações em favor do Banco Mutuante "na forma requerida"; e *b)* foi determinada a "suspensão dos descontos, pagamentos ou apropriações pela URBS em favor do banco requerido".

Note-se a *vinculação essencial* entre as duas pretensões deferidas liminarmente: *a do depósito direto* pela mutuária, das prestações devidas ao Banco BMC S.A. (em montante arbitrado unilateralmente pela devedora!), dependeria da *sustação dos descontos* efetuados pela URBS em favor do Banco; de outra parte, não é de convir que não seria autorizada tal sustação dos descontos se a mutuária não devesse adimplir, diretamente, as prestações devidas ao mutuante. Não seria possível, portanto, ao juiz *deferir o depósito direto sem ordenar a suspensão dos descontos*, nem ordenar tal suspensão independentemente da obrigação da mutuária em pagar diretamente ao credor (embora em montante a seu nuto!).

11. *A natureza dos pedidos*, o formulado contra o Banco e o formulado perante a URBS, conduziram destarte ao *litisconsórcio passivo necessário e unitário*, porquanto a lide cautelar havia de ser decidida de *modo uniforme* perante todos os demandados.

"A relação jurídica litigiosa é a *res in iudicium deducta*, e o pronunciamento que sobre ela emita o juiz formará o conteúdo da decisão de mérito. É possível, então, definir litisconsórcio unitário como aquele que se constitui, do lado ativo ou passivo, entre pessoas para as quais há de ser obrigatoriamente uniforme, em seu conteúdo, a decisão de mérito" (J.C. Barbosa Moreira, *Litisconsórcio Unitário*, Forense, 1972, n.º 73).

"Se as diversas posições individuais dos co-litigantes se inserem homogeneamente – ao menos sob certos aspectos – na situação global, e se o efeito visado se destina a operar sobre algum ponto em que a inserção é homogênea, a decisão de mérito só pode ter o mesmo teor para todos eles, e unitário é o litisconsórcio" ... "O eixo de referência é sempre o resultado prático a que tende o processo, à vista do pedido e da *causa petendi*" (*id., ibidem*, n.º 85).

"No litisconsórcio unitário existe, por definição, a imprescindibilidade de decisão uniforme, no plano do Direito Material, para todos os que no pólo do processo figurem como litisconsortes, no sentido de a ação ter de ser julgada procedente para todos, ou, então e sempre, haver de ser julgada improcedente para todos os litisconsortes" (Arruda Alvim, *Manual de Direito Processual Civil*, 6ª ed., Ed. RT, vol. II, 1997, n.º 41).

12. Portanto, no presente processo não estamos frente a um *litisconsórcio passivo facultativo*, com possibilidade de decisões diversas para os litisconsortes, unidos apenas por liames de conexão ou de afinidade de questões, e portanto com *pluralidade de relações jurídicas processuais in simultaneus processus*. Aqui, *a relação processual é uma só*, estando no pólo passivo, em litisconsórcio *necessário e unitário*, o Banco *...omissis...* e a URBS.

Assim delineada a situação processual, vê-se com evidência plena que a *estabilização da demanda* ocorreu no momento em que foi citado *um dos litisconsortes unitários*, surgindo então a relação processual a ser integrada pelos demais litisconsortes, sob pena de ineficácia da futura sentença.

No litisconsórcio necessário e unitário (e também no litisconsórcio necessário não unitário), basta a ausência de consentimento de *um* dos litisconsortes para que fique vedada, desde sua citação, qualquer alteração objetiva ou subjetiva no processo, salvante aquelas substituições (arts. 41 a 43 do CPC) expressamente previstas em lei.

Estabilizada a demanda quando da citação da litisconsorte unitária URBS – Urbanização de Curitiba S.A., tornou-se defeso a qualquer outra empresa pretender ingressar no processo, em litisconsórcio *ulterior*, sem o expresso consentimento dos litisconsortes já citados, *e este expresso consentimento não ocorreu.*

13. Não será impertinente argumentar, ainda, que *a rigor* o art. 264 do CPC somente exige o consentimento do réu com vistas à alteração *objetiva* da demanda no interregno entre sua citação e a decisão que declara saneado o processo. Aliás, é expresso o parágrafo único do mesmo artigo em que "a alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo".

Portanto, a alteração admissível entre a citação e o saneamento, sob a anuência do demandado, é a modificação da demanda no plano *objetivo, não a modificação subjetiva*. Quanto às partes, pelo teor do *caput* do aludido artigo, sequer com a anuência do demandado poderá formar-se litisconsórcio facultativo *ulterior*.

A regra da inalterabilidade das partes afirma-se como absoluta, sendo lícitas apenas as substituições (*rectius*, as sucessões) expressamente permitidas na lei (caso, *v.g.*, do litigante que falece e será substituído por seus herdeiros, ou da empresa comercial que venha a ser incorporada por outra). Cumpre ainda referir que diverso seria o caso do ingresso de "assistente" litisconsorcial ou adesivo, já que o assistente, por definição, não formula pedido em seu favor (*vide* nosso *Intervenção de Terceiros*, 10ª ed., Saraiva, n.º 69, p. 128).

III. DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO JUIZ NATURAL E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

"Constituição Federal de 1988

Art. 5º . . . . . .

XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção;

. . . . . .

LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LIV – ninguém, será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

. . . . . ."

"A *distribuição* se destina a fixar a competência do juízo, *assunto inteiramente subtraído ao poder dispositivo das partes*. Mesmo quando a lei lhes concede o direito à eleição de um foro contratual (art. 11), trata-se de indicar a comarca, nunca o juízo, se mais de um houver com a mesma competência" (Moniz de Aragão, *Comentários ao CPC*, 9ª ed., Forense, 1998, n.º 405).

14. No caso ora em apreciação, vê-se, sem a necessidade de qualquer perquirição, que a sedizente "litisconsorte ativa" simplesmente "escolheu", a seu nuto, como juízo onde apresentar sua demanda, o da 2ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de Curitiba, onde corria o feito "conexo", destarte eximindo-se de concorrer à distribuição; assim procedeu, o que também as circunstâncias fazem evidente, com o malicioso propósito de "aproveitar" a liminar já concedida, naquele mesmo juízo e processo, em favor da autora originária, ou seja, da empresa Auto Viação Marechal Ltda.

Com esta conduta processual, todavia, ofendeu o princípio constitucional do "juiz natural".

15. O princípio do *juiz natural,* prestigiado por tradição muitas vezes centenária, remonta à Carta Magna de 1215, quando os barões ingleses rebelados impuseram a João, dito Sem Terra, em reforço ao pacto feudal, o julgamento dos nobres apenas pelos seus pares, e dos "homens livres" pelo julgamento de seus pares e pela "lei da terra"; mais tarde, a "*Petition of Rights*" de 1628 e o "*Bill of Rights*" de 1688 atribuíram ao princípio do juiz natural maiores dimensões, de proibição de juízes constituídos *ex post facto*, de vedação da instituição de juízes extraordinários e de juízos de exceção.

Como ensina Ada Pellegrini Grinover, entre nós e na atualidade a garantia do juiz natural desdobra-se em três conceitos: "só são órgãos jurisdicionais os instituídos pela Constituição; ninguém pode ser julgado por órgãos instituídos após a ocorrência do fato; entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências, *que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja*" ("O Princípio do Juiz Natural e sua Dupla Garantia", art. dout., *in Revista de Processo – RePro*, Ed. RT, vol. 29, pp. 11-33) (grifamos).

Já a Constituição do Império do Brasil, de 1824, dispunha no art. 179, XI, que: "Ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, por virtude de lei anterior, e na forma por ela prescrita". A respeito o magistério do clássico Barbalho, de que esta proibição tinha duplo sentido: de uma parte, protegia a pessoa contra julgamentos por tribunais não previstos na Constituição e nas leis com ela conforme; de outra, proibia as decisões dos juízos e tribunais "excessivas do círculo de jurisdição que a cada um deles é atribuído, ou porque o caso não se compreenda nos de que consta seu poder de julgar, ou porque envolva indivíduo alheio à sua circunscrição judiciária" (*Comentários*, 1924, p. 434).

16. A vigente Constituição brasileira garante o juiz natural em dois preceitos fundamentais: *não haverá juízo ou tribunal de exceção* – art. 5º, XXXVII; *ninguém será processado ou sentenciado senão pela autoridade competente* – art. 5º, LIII.

Pela autoridade competente: portanto, não pela autoridade judiciária que entenda se alargar sua esfera de competência; não a critério da parte, que resolva "escolher" determinado juízo, por ser de sua conveniência que a esse juízo, ou juiz, venha a tocar sua demanda.

O prof. Karl Schwab, em estudo publicado na *RePro* 48/124 e segs., alude ao *princípio da abstração*, pelo qual a divisão de competência deve ser feita consoante "aspectos abstratos, gerais e objetivos, a

fim de evitar-se uma designação *ad hoc*", o que no Brasil se opera, em havendo vários juízos com igual competência, mediante a técnica processual da *distribuição igualitária* – CPC, arts. 251 a 257.

A respeito, observou Frederico Marques que "a competência de juízo não pode ser substituída por convenção das partes: não há eleição de juízo (só existe eleição de foro), pelo que *não será permitida a escolha de vara ou juízo do foro competente* (inclusive no foro de eleição), para ali ser ajuizada a ação e correr o processo" (*Manual de Direito Processual Civil*, Saraiva, vol. I, 1974, n.º 200) (grifamos).

Igualmente no magistério de Botelho de Mesquita: "Caráter comum às normas que regem a competência funcional e a competência interna, que se explica pelo manifesto interesse público que as determina, é a sua inderrogabilidade por vontade das partes. *À parte jamais é dado escolher o juiz*, nem ao juiz é dado escolher a causa ou as partes que queira julgar ...(*omissis*)... A competência que resulta da distribuição não pode ser modificada pela vontade das partes, nem do juiz. Neste sentido, como já salientara Carnelutti em relação à distribuição das causas entre seções igualmente competentes do mesmo tribunal, *essa competência é absoluta*; "tipicamente absoluta", enfatiza o mestre (*Sistema*, vol. II, UTHEA, Buenos Aires, 1944, p. 342)" (estudo publicado *in RePro*, vol. 19, pp. 216-217) (grifamos).

Realmente, pudesse a parte autora escolher o juiz de sua predileção, dispensando a distribuição dos feitos nos casos de vários juízos igualmente competentes, então estaríamos "transformando a justiça pública em negócio particular, num trágico retrocesso de vinte séculos na história do processo" (Botelho de Mesquita, ib., p. 218).

17. O notável constitucionalista José Joaquim Gomes Canotilho analisou o princípio do juiz natural, que denomina "juiz legal", atribuindo-lhe os seguintes pressupostos:

a) a existência de prévia individualização através de leis gerais;

b) a neutralidade e independência;

c) a conformidade com o *princípio de fixação da competência*, isto é, de aplicação das regras decisivas para a determinação do juiz da causa;

d) a observação das determinações de procedimento referentes à *divisão funcional interna* (distribuição de processos) (*apud* Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, *Comentários à Constituição do Brasil de 1988*, Saraiva, vol. 2, 1989, p. 205).

A fundamental necessidade da *prévia distribuição* nos termos do CPC e das leis de organização judiciária, a fim de assegurar a prevalência do princípio do juiz natural, foi ressaltada por mestre Moniz de Aragão, *verbis*:

"Logo, não faz sentido, em face dos modernos postulados do Direito Processual Civil, considerar irrelevante a *ausência de distribuição*. A adoção de tal tese – facultando-se ao autor, em conseqüência, a possibilidade de se dirigir diretamente ao juízo de sua preferência – importa em subornar ao poder dispositivo da parte *matéria que é de ordem pública* e paira acima da própria intervenção dos juízes, que não a podem modificar para atender quaisquer interesses. Juiz que concorda em despachar assunto que não lhe foi previamente distribuído estará sempre sujeito a parecer suspeito de parcialidade aos olhos da parte contrária e do público" (*Comentários ao CPC*, 9ª ed., Forense, vol. II, n.º 405) (grifamos).

Vale lembrar, no azo, a advertência de Carnelutti, de que realmente cuida-se de *competência absoluta*, "*por la propria naturaleza de la competencia interna, que recuerda la competencia por razón de la función, tipicamente absoluta*" (*Sistema de Derecho Procesal Civil*, trad. esp. Uthea, 1994, vol. II, p. 342).

18. No caso que nos foi exposto, em vias de julgamento pela eg. Câmara do Tribunal de Justiça do Paraná, além da ofensa ao princípio da "estabilização da demanda" e da contrariedade à regra pela qual a nova demanda deveria ser objeto de *distribuição* para fixação do juízo competente, *outro motivo grave conspira para que se decrete a nulidade da decisão agravada.*

Diante de caso similar, em que um litigante buscou "aproveitar" uma liminar já concedida e "escolher" juízo que de antemão já sabia favorável à sua tese, o ilustre

prof. Sérgio Porto (da PUC/RS e Procurador de Justiça no RS) escreveu o seguinte:

"E é exatamente na igualdade jurisdicional que encontramos a mais pura essência do juízo natural, ou seja, se é certo que ninguém pode ser subtraído de seu juiz constitucional, também é certo que ninguém poderá obter qualquer privilégio ou escolher o juízo que lhe aprouver, sob pena de tal atitude padecer de vício de inconstitucionalidade por violação exatamente do princípio do juízo natural.

Posto isto e tendo a exata compreensão daquilo que representa o litisconsórcio facultativo – ulterior (seja necessário ou não), *uma vez concedida liminar em determinado feito, a partir deste momento* – embora não fosse originalmente, em face do sistema adotado – obrigatória torna-se a recusa na formalização de qualquer litisconsórcio, pena de *violação do juízo natural*, muito embora presentes qualquer das hipóteses do art. 46 do CPC. Com efeito, *após concedida liminar*, a se permitir futura litisconsorciação facultativa, estar-se-á permitindo que uma determinada parte "escolha" o juízo de sua causa que, em razão da concessão da liminar, já externou convencimento em torno da matéria.

Esta ocorrência, induvidosamente, viola o princípio da igualdade jurisdicional e, por decorrência, o do juízo natural consagrado na Carta Magna" (*Rev. Ajuris*, vol. 60, p. 41) (grifamos).

IV. DA NÃO OCORRÊNCIA DE PRECLUSÃO

19. No concernente à *preclusão*, a que aludiu o MM. juiz prolator da decisão agravada, impende ressaltar que *as questões relacionadas à nulidade absoluta podem ser invocadas em qualquer tempo.*

A respeito o magistério de Cândido Dinamarco:

"Tratando-se de litisconsórcio instaurado em contrariedade a alguma norma cogente sobre a competência (incompetência absoluta), pode e deve o juiz, de ofício, repelir o litisconsórcio, na mesma medida que pode e deve, de ofício, dar-se por incompetente com referência a toda e qualquer demanda para a qual lhe faleça a competência absoluta (art. 113).

Mesmo ante o silêncio ou até a concordância de todos, o juiz pronunciará essa incompetência a qualquer momento (art. 113, § 1º: sanção pelo retardamento da alegação).

. . . . . .

Se o litisconsórcio perdurar durante o processo, inclusive sobrevivendo ao saneamento deste (mesmo que não haja manifestação expressa do juiz, mantendo-o), nem por isso haverá *preclusão* a respeito, uma vez que as normas sobre competência absoluta se situam no campo da ordem pública: se o mérito vier a ser julgado para os litisconsortes, apesar da incompetência absoluta que impedia a reunião de todos no mesmo processo, esse vício converter-se-á em motivo para *apelação* e poderá mais tarde, eventualmente, até servir de fundamento válido para o recurso especial (Const., art. 105, inc. III, *a*; v. Súmulas n.ºs 282 e 356) ou para a ação rescisória (CPC, art. 485, inc. V)" (*in Litisconsórcio*, 5ª ed., Ed. Malheiros, 1997, n.º 79, pp. 375-376).

20. A violação ao princípio do juiz natural, pela conduta ofensiva a normas sobre *competência absoluta* (tal como a "escolha" do juízo pelo pretendente a tornar-se "litisconsorte facultativo ativo ulterior"), importou ruptura *de normas imperativas*, que o são na tutela do *interesse público.*

Ora, segundo Galeno Lacerda, "a violação de normas imperativas, ao contrário do que ocorre com a anulabilidade, deve ser declarada de ofício pelo magistrado". O ilustre processualista, em sua clássica obra *Despacho Saneador*, afirmou outrossim que a *nulidade dessa ordem não preclui.*

"Verificado o erro, a qualquer tempo deverá o juiz retratar-se, a fim de cumprir a norma imperativa ditada pelo interesse público. Assim, embora haja pronúncia judicial no sentido da validade do ato, *poderão ser sempre reexaminadas questões relativas à incompetência absoluta*, à suspeição, à litispendência ...(*omissis*)... Tais vícios tornam absolutamente nulo o ato processual e a decisão interlocutória que erroneamente o considerasse válido nenhuma eficácia teria. Em outras palavras, o despacho saneador não terá efeito preclusivo

sempre que der pela legitimidade de ato absolutamente nulo" (ed. de 1953, pp. 161-162) (grifamos).

21. A chamada preclusão *pro iudicato*, impeditiva de o juiz reapreciar a questão já decidida no processo, opera tão-somente em se tratando de questão dependente de iniciativa da parte, de matéria disponível. *Mas não em se cuidando de matéria de ordem pública.*

Assim tem sido dito pelo Superior Tribunal de Justiça:

"O instituto da preclusão, em princípio, dirige-se às partes, como expressa o art. 473 do CPC, podendo o juiz de superior instância reexaminar decisões interlocutórias, máxime se pertinentes à prova" (4ª Turma, *Resp. n.º 2.340,* EDecl., Rel. Min. Athos Gusmão Carneiro, j. 23.10.90, *DJU* 12.11.90, p. 12.872).

"Nas instâncias ordinárias, não há preclusão para o órgão julgador enquanto não acabar o seu ofício jurisdicional na causa pela prolação da sentença definitiva" (4ª Turma, *Resp. n.º 24.258,* Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 3.5.94, *RSTJ* 64/156).

"A decisão que provê sobre o andamento do processo não faz preclusos os fundamentos para isso deduzidos, não ficando por ela predeterminado o conteúdo da sentença" (3ª Turma, *Resp. n.º 19.015,* Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 9.2.93, *DJU* 15.3.93, p. 3.816).

Conforme observou Nelson Nery Júnior, "se a decisão recorrível tiver por objeto matéria de ordem pública ou de direito indisponível e dela não se interpuser agravo, não haverá incidência da preclusão, segundo o CPC, arts. 267, § 3º e 471, II. O limite final para a apreciação das questões de ordem pública e de direitos indisponíveis é a preclusão máxima, denominada impropriamente de "coisa julgada formal" (nas instâncias ordinárias) ou, em se tratando de juiz de primeiro grau, a prolação da sentença de mérito, quando cumpre e acaba seu ofício jurisdicional" (glosa n.º 3 ao art. 471, *in CPC Comentado,* 2ª ed., Ed. RT, p. 848).

22. Já Buzaid havia declarado que "acerca dos pressupostos processuais e das condições da ação, pode haver preclusão para a parte, não, porém, para o juiz, a quem é lícito, em qualquer tempo e grau de jurisdição, reexaminá-los, não estando exaurido o seu ofício na causa.

Para o juiz só opera a preclusão maior, ou seja, a coisa julgada relativa ao julgamento da lide, que o direito brasileiro erigiu à eminência de garantia constitucional" (STF, Tribunal Pleno, ACO n.º 268, j. 28.4.82, Rel. Min. Alfredo Buzaid, *RTJ,* 101/901).

A toda evidência, no caso ora em exame não se operou a preclusão *pro iudicato*, eis que a matéria concernente ao "juiz natural" e à "competência absoluta" do juízo é inquivocamente de ordem pública, fora da disponibilidade das partes.

V. DOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS

23. Muitos são os precedentes jurisprudenciais no sentido de que não pode o titular de uma pretensão ingressar em juízo "aderindo", em atípico litisconsórcio *ulterior*, a outro processo, *máxime se neste já houver sido concedida liminar*, pois, como inclusive disse Othon Sidou (referindo-se ao mandado de segurança, mas em lição aplicável a qualquer demanda), não há de ser admitido o litisconsórcio ativo depois de expedida a ordem liminar, já que tal prática "afronta a moral jurídica, que seria decerto alguém postular em juízo *com uma decisão antecipada a seu favor*" (*Do Mandado de Segurança*, 3ª ed., Ed. RT, 1969, p. 514) (grifamos).

Cônsono decidiu o eg. Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 3ª Turma, no Ag. de Inst. nº 5.496, "...deve ser indeferido o pleito de ingresso de terceiro, como litisconsorte ativo facultativo, formulado em ação cautelar inominada *após deferimento da liminar.* A uma, porque *quebra o princípio do juiz natural*, que determina a livre distribuição dos processos, coibindo a parte de escolher o juiz para a sua causa, máxime *com liminar já deferida.* A duas, porque, independentemente da vontade dos requerentes originários, atrasa o rito célere da cautelar" (grifamos).

24. Na decisão proferida no *Resp. n.º 87.641*, de que foi Relator o eminente Ministro Ari Pargendler (STJ, 2ª Turma, v.u., j.

17.3.98, *DJU* 6.4.98), está na respectiva *ementa*:

"A admissão de litisconsorte ativo após o deferimento da medida liminar contraria *o princípio do juiz natural*, convertido em norma legal pelo art. 251 do Código de Processo Civil; a regra evita que a *parte escolha o juiz da causa*, bem assim os inconvenientes daí decorrentes, até de ordem moral. Recurso especial conhecido e provido".

No corpo do aresto é transcrito trecho de obra doutrinária do eminente Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, *verbis*:

"Nos termos do art. 19 da Lei n.º 1.533/51, o litisconsórcio é admitido no mandado de segurança. A intervenção do litisconsorte ativo não deve ser autorizada após a prestação das informações pela autoridade coatora. A sua admissão só cabe, portanto, antes de estabelecida a relação processual.

Todavia, *concedida a medida liminar o litisconsórcio deve ser repelido*, isto porque a sua admissão ofenderia o princípio da livre distribuição, além de abrir as portas para o tumulto processual, com a extensão do benefício, em alguns casos, para centenas de interessados. A Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, com o voto do Relator Ministro Milton Pereira, decidiu que, distribuído o *mandamus*, decidido liminarmente e, mais do que isso, renunciado pela parte impetrante o direito à ação, inadmissível o pretendido ingresso do litisconsorte.

O litisconsorte ativo só é admissível na instauração da lide ou, dependendo do caso concreto, no decêndio das informações, evitando ofensa ao princípio da livre distribuição e como óbice à parte de escolher juiz certo para processar e julgar a ação" (*Manual do Mandado de Segurança*, 2ª ed., Ed. Renovar, 1994, p. 96).

A eg, Turma do STJ proferiu aresto no *Resp. n.º 24.743*, Relator o eminente Ministro Edson Vidigal, j. 20.8.98, v.u., *DJU* de 14.9.98, em cuja ementa lê-se:

"Não é admissível a formação de litisconsórcio ativo facultativo *após o ajuizamento da ação*, sob pena de violação do princípio do *juiz natural*, em face de propiciar ao jurisdicionado a escolha do juiz".

Do voto do Relator consta o seguinte excerto:

"Cumpre ressaltar, ainda, que o litisconsórcio ativo facultativo, de forma geral, deve ser inicial, ou seja, formado desde a distribuição da ação, em homenagem ao princípio do *juiz natural*, senão estar-se-ia admitindo que o jurisdicionado pudesse escolher o juiz para o processamento e julgamento da causa, o que seria abominável.

Sobre o tema, consigne-se o posicionamento de Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery acerca do art. 146 do Diploma Processual Civil em vigor, *in Código de Processo Civil Comentado*, 2ª ed., RT, p. 412:

"4. Formação do litisconsórcio ativo facultativo. Deve ocorrer no momento do ajuizamento da ação. Proposta a ação, não é mais possível a formação do litisconsórcio ativo facultativo. Não se admite o litisconsórcio facultativo ulterior, que ofenderia o *princípio do juiz natural*. (...)"

Ademais, cite-se o Resp. n.º 33.171-RJ, Rel. Min. Milton Luiz Pereira e Resp. n.º 32.181-PA, Rel. Min. José Dantas.

Assim, dou provimento ao recurso, para *excluir da lide os litisconsortes ulteriores*".

25. Constata-se, pois, que a orientação do Superior Tribunal de Justiça, colegiado instituído pela Lei Maior de 1988 para o controle último de legalidade em nível infraconstitucional, inclina-se no sentido de que:

a) a admissão de litisconsórcio facultativo *ulterior*, após feita a citação do réu, conspira contra os princípios do juiz natural, da livre distribuição e da estabilidade da demanda; e

b) já deferida medida liminar em favor do autor da demanda em curso, a extensão dessa liminar a um "litisconsorte" facultativo ulterior virá ofender, ainda com mais gravidade e ostensividade, ao princípio do *juiz natural*, pois permite ao tal "litisconsorte" *escolher o juízo onde já encontrará decisão favorável à sua pretensão*, com prejuízo igualmente às regras da bilateralidade e da boa-fé, que devem presidir o relacionamento em juízo.

Passo, já agora, a responder aos quesitos que nos foram formulados pelo agravante Banco ...*omissis*... :

1º Quesito: O ingresso de Auto Viação Nossa Senhora do Carmo Ltda. nos autos da ação cautelar de n.º 1.168/95, ora em curso perante a 2ª vara da Fazenda Pública de Curitiba, ocorreu conforme os princípios constitucionais e os princípios e normas processuais aplicáveis?

RESPOSTA: *NÃO.* O ingresso da aludida empresa na ação cautelar já em curso contrariou os princípios constitucionais do *juiz natural* e do *devido processo legal*, bem como as regras infraconstitucionais alusivas à *estabilidade da demanda* e à *necessidade de distribuição.*

2º Quesito: Em caso de resposta negativa ao quesito acima, indaga o consulente acerca da natureza do vício que macula o ingresso de Auto Viação Nossa Senhora do Carmo Ltda. nos autos da ação cautelar referida.

RESPOSTA: Cuida-se de ofensa a *normas de ordem pública*, pois regram interesses indisponíveis, motivando a *nulidade absoluta* da decisão judicial agravada.

3º Quesito: Por fim, indaga, ainda, o Consulente se esse vício se coonestaria pelo instituto da preclusão, caso contra ele não se tenha insurgido algum dos co-requeridos por agravo de instrumento ou por ocasião da contestação.

RESPOSTA: *NÃO.* Cuidando-se de ofensa grave a princípios de ordem pública, tais como os princípios constitucionais fundamentais do *juiz natural* e do *due process of law*, assim como os princípios infraconstitucionais da *estabilidade da demanda* e *da livre distribuição*, que com aqueles se imbricam, o juiz poderá e deverá agir *de ofício*, a fim de restabelecer o império da norma constitucional e da lei, a primazia da *competência absoluta*, independentemente da conduta das partes no curso do processo.

Porto Alegre, junho de 1999 – *Athos Gusmão Carneiro*, Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça. Advogado em Porto Alegre e Brasília.