

AINDA OS LITISCONSÓRCIOS NECESSÁRIO E UNITÁRIO

CARLOS EDUARDO ROSA DA FONSECA PASSOS

Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública – RJ

1. AS CRÍTICAS À REDAÇÃO DO ART. 47, *CAPUT*, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Doutrinadores abalizados já expressaram seu desapontamento com o disposto no *caput* do art. 47 do Código de Processo Civil: “Há litisconsórcio necessário, quando por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo”.

As objeções fundam-se em três argumentos.

Há os que não perdoam o fato de o legislador prestar-se a estabelecer conceitos, tarefa, de regra, de que se incumbem a doutrina.

Outros sustentam que o legislador, além de ousar alcançar definição, fê-lo mal, já que estabeleceu um aspecto temporal – *quando* -, o que, costumadamente, não atinge a essência do instituto, em seu aspecto ontológico.

Por fim, o comentário mais depreciativo: de o legislador ter conceituado, de forma equivocada, baralhando o litisconsórcio necessário com o unitário, sem que exista relação de gênero e espécie ou de identidade entre as duas figuras. De fato, o primeiro é aquele de formação obrigatória, ao passo que o outro contém decisão uniforme para todos os litisconsortes, no plano do mérito, havendo casos de litisconsórcio necessário não unitário e unitário não necessário.

2. O ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO

Este trabalho não tem pretensão de originalidade, nem objetiva o estudo das diferentes hipóteses de demanda conjunta; busca-se, apenas, trazer pequena contribuição ao estudo da matéria, mostrando que as fortes

críticas não procedem totalmente.

Frederico Marques assinala que “não se confunde o litisconsórcio necessário com o litisconsórcio unitário. Aquele promana da exigência de participação no processo de todas as partes, visto que a decisão da lide vincula todos os que estão integrados na relação jurídica a que se prende o conflito litigioso a ser composto. Já o litisconsórcio unitário - como bem ensina José Carlos Barbosa Moreira - diz respeito ao modo por que se regerão as relações dos litisconsortes entre si e com a parte contrária, nos casos em que seja necessário ou não o litisconsórcio - a situação jurídica litigiosa submetida à apreciação judicial tem de receber disciplina uniforme, não se concebendo que a decisão da lide seja uma para esta e outra para aquele co-litigante; tal é o problema do regime especial característico ao litisconsórcio unitário”.¹

Neste sentido, também Hélio Tornaghi, ao asseverar que “o problema da unidade (litisconsórcio unitário) ou pluralidade de relações processuais (litisconsórcio plural) não se confunde com a contingência ou necessidade do litisconsórcio. O Código comentado não logrou perceber a diferença”. E arremata que “o art. 47 estabelece lamentável confusão entre litisconsórcio necessário e litisconsórcio unitário. Como foi demonstrado nas considerações feitas a propósito da epígrafe desta secção, essas duas noções não coincidem, não se justapõem”.²

José Carlos Barbosa Moreira, que realizou o mais substancial estudo sobre o assunto, salienta que “para tornar coextensivos os conceitos de litisconsórcio unitário e de litisconsórcio necessário, seria preciso: a) que todo litisconsórcio unitário fosse necessário, isto é, que não houvesse litisconsórcio unitário facultativo; e vice-versa; que todo litisconsórcio necessário fosse unitário, quer dizer: que não existisse litisconsórcio necessário comum. Ainda: se verdadeira somente a proposição a), o litisconsórcio unitário constituiria espécie do gênero litisconsórcio necessário; reciprocamente, se verdadeira somente a proposição b), o litisconsórcio necessário constituiria espécie do litisconsórcio unitário”. Conclui o nosso maior processualista que “no direito brasileiro, inexistindo coextensividade entre os dois conceitos, ou relação de espécie a gênero, não há por que cogitar dos pressupostos da

¹ MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1975. v. I (Teoria Geral do Processo), p. 259 e 260.

² TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 1974. v. I, p. 209, 214 e 215.

necessariedade como pressuposto da unitariedade do litisconsórcio”.³

Em abono das proposições antes emitidas, seguindo o velho ritual da dialética, os processualistas indicam casos de *litisconsórcio necessário e unitário* (*verbi gratia*, na ação movida pelo Ministério Público pretendendo desconstituir o casamento, em que é obrigatória a citação de marido e mulher e uniforme a decisão), de *litisconsórcio unitário e não necessário* (na ação proposta por vários sócios em face da sociedade, objetivando a anulação de determinada assembléia, caso em que a decisão será obrigatoriamente uniforme para todos os litisconsortes - os sócios - e a formação do litisconsórcio não é imprescindível) e de *litisconsórcio necessário não unitário* (ação de usucapião em que o pedido pode ser procedente em relação a um dos réus e improcedente quanto a outro).

Não se pode imputar ao legislador um equívoco sem limites, ou como pretende Hélio Tornaghi, não ter a lei enxergado a distinção entre as duas figuras de causa conjunta, como será demonstrado.

O que é quase indiscutível, sob o ponto de vista doutrinário, é que, no regime especial do litisconsórcio unitário, a extensão da coisa julgada se projeta em relação a terceiros: a indiscutibilidade e a imutabilidade, atributos da *res iudicata*, se aplicam àqueles que poderiam ser litisconsortes e não foram.

Tal hipótese, que só acontece no litisconsórcio unitário ativo, foi objeto de considerações doutrinárias, concluindo alguns que, em face da obrigatória igualdade da decisão de mérito, no regime especial de litisconsórcio, a autoridade da coisa julgada impõe-se àquele, que não foi parte e poderia ser.

Chiovenda sustenta que “no domínio dos direitos potestativos, verificamos a eventualidade de casos em que o direito de impugnação de um ato correspondente a diversas pessoas sujeitas ao mesmo ato, e nos quais o ato pode existir ou não existir senão com relação a todos os sujeitos, a coisa julgada, formada sobre a impugnação proposta por um, exclui as impugnações dos outros; e isto, não porque os outros fossem representados no primeiro processo, e sim porque ao juiz não seria possível operar a anulação do ato em relação a um, quando já fora levado a negá-la em relação a outros”.⁴

³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Litisconsórcio Unitário*, Rio de Janeiro: Forense, [19]. p. 132 e 133, 137 e 138.

⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 1, p. 419.

Enrico Tullio Liebman, diversamente, ensina que “a comunhão dos fins dos vários sujeitos, a natureza do ato uno e indivisível, que não pode subsistir, ou decair, na sua totalidade, em relação a todos, não excluem a personalidade, a individualidade da legitimação de cada um propor a impugnação. A idêntica qualidade (do sócio, do interessado na anulação do ato etc.) não é senão o pressuposto comum da legitimação autônoma e pessoal reconhecida a todos os que se encontram naquela determinada situação”. Faz, ainda, a seguinte asserção: “A conseqüência natural e normal é que cada ação pode ser proposta independentemente e que a procedência de uma delas extingue todas as outras, ao passo que a sua rejeição não as prejudica”.⁵

Atenuando a afirmação categórica de exceção ao princípio da relatividade da coisa julgada (art. 472 do Cód. de Proc. Civil), de que a sentença não prejudica nem beneficia terceiros, justifica-se a não-observância da regra geral de que *res inter alios*, segundo a lição chiovendiana, pelo fato de a lide ser a mesma e, portanto, não ser possível, em processo posterior, decidir o Juiz de forma diferente para aquela parte que poderia e não participou da relação processual anterior (art. 471, *caput*, do mesmo estatuto), estendendo-se a ela o que foi decidido.

3. A SOLUÇÃO BRASILEIRA DO JULGAMENTO *SECUNDUM EVENTUS LITIS*

A doutrina brasileira encontrou como solução, para evitar a fraude e a injustiça, a aplicação do disposto no art. 18 da Lei nº 4.717/65⁶ com os seguintes parâmetros: se procedente o pedido ou considerado válido o ato pelo juiz na sentença, a autoridade da coisa julgada atinge aqueles que não foram partes no processo e poderiam fazê-lo na qualidade de litisconsortes ativos; tal não ocorreria se improcedente o pedido por falta de provas, incidindo por analogia a disposição antes referida.

Essa é a lição de José Carlos Barbosa Moreira, que sustenta o seguinte: “A inteligente solução da Lei nº 4.717 merece ampliação expressa, *de lege ferenda*, às outras espécies do mesmo gênero. Contudo, ainda de *iure conditio*, nada impede que se lhes aplique por analogia, ante a inexistência

⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, [19—]. p. 231 e 232.

⁶ Norma inspirada em proposta de Machado Guimarães, como afirmou Seabra Fagundes, certa vez, em conferência pronunciada na Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro.

de regras específicas que, fora do âmbito da ação popular, disciplinem a matéria”.⁷

A exortação feita pelo processualista surtiu resultado, já que foi atendida pelo legislador. Com efeito, disposições idênticas encontram-se no art.16 da Lei nº 7.347, de 24/7/85, a qual rege a ação civil pública, e no art. 103 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11/9/90).

Não obstante a ampliação do âmbito de incidência legal, pela regra prevista na lei da ação popular, permanece válido o asserto de que ela comporta aplicação analógica, pois mesmo estabelecendo novas hipóteses, estas não se aplicam a todos os casos.

4. O LITISCONSÓRCIO UNITÁRIO

Insista-se: a hipótese é um problema que somente ocorre no litisconsórcio unitário ativo.

Considere-se, de princípio, afastada a possibilidade de litisconsórcio unitário, de difícil configuração, quiçá impossível, nas ações condenatórias.

Assim, o problema do litisconsórcio unitário reside nas ações constitutivas e nas declaratórias.

Certa doutrina, com razão, tem sustentado o descabimento do litisconsórcio necessário ativo. E isso, por ser a ação um poder, tem caráter dispositivo, que repugna a sensibilidade jurídica encontrar na litigância um traço de dever,⁸ daí por que negam alguns a existência de litisconsórcio necessário ativo⁹; os exemplos de litisconsórcio necessário ativo, comumente apontados pela doutrina,¹⁰ encerram, *data venia*, equívoco justificado por interpretação precipitada de tais normas.

Com efeito, aí, as demandas não são obrigatoriamente conjuntas.

Consoante sustenta Wilson Marques, no primeiro caso, o que se exige é o consentimento do cônjuge, para que o outro possa litigar. Da mesma maneira, quando o inventariante é dativo, a parte é uma só: o espólio. Os herdeiros são co-representantes do espólio, havendo imperfeição de redação. Outrossim, no art. 952, o litisconsórcio necessário é só o passivo, até porque,

⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Direito Processual Civil, Ensaios e Pareceres**. São Paulo: Borsoi, p. 292.

⁸ Código de Processo Civil, art. 2º.

⁹ Neste sentido o ilustre processualista e Desembargador Wilson Marques, em numerosas conferências pronunciadas neste Estado.

¹⁰ Arts. 10, *caput*, 12, § 1º, e 952, todos do Código de Processo Civil.

consoante dispõe a lei, “qualquer condômino é parte legítima para promover a demarcação”, aliás, em consonância com o art. 623, II, do Código Civil, que permite a qualquer condômino, independente dos demais, reivindicar a coisa de terceiro.

O que se escreve acerca da inexistência do litisconsórcio necessário ativo objetiva justificar para o leitor porque é possível, não obstante haver projeção da coisa julgada a terceiros, ser o litisconsórcio unitário facultativo, já que não se pode obrigar ninguém a litigar; daí a não-coincidência entre o litisconsórcio necessário e o unitário e não ser este espécie do primeiro.

Entretanto, quando o litisconsórcio unitário é passivo, a situação muda por completo. Se, por um lado, aquele sócio Y, que não pretendeu acionar a Sociedade X e não fez parte da relação processual firmada por outro sócio Z como autor e a Sociedade X como ré, objetivando desconstituir a deliberação da Assembléia, pode, com as ressalvas antes estabelecidas, sofrer a autoridade da coisa julgada, embora não sendo parte, de outro, se o litisconsórcio é unitário passivo, exatamente por força da extensão da coisa julgada, a formação do litisconsórcio é obrigatória.

O Professor Liebman ensina que “... *audiatur et altera pars*. É com a citação que se instaura o processo. Sem esse ato essencial não há verdadeiramente processo, nem pode valer a sentença que vai ser proferida. Um cidadão não pode ser posto em face de uma sentença que o condena, quando não teve a oportunidade de se defender. Sempre foi assim e façamos votos para que sempre assim seja”.¹¹

Da mesma forma que se repele a obrigatoriedade de demanda conjunta no pólo ativo, repugna a extensão da coisa julgada a terceiros, que não figuraram como réus na relação processual e não tiveram oportunidade de defesa. O terceiro não está obrigado a litigar, mas deve obrigatoriamente ser citado se vier a sofrer a autoridade da coisa julgada, em face do princípio do contraditório, ou seja, se é parte, se se lhe atribui o dever jurídico correspondente.

Entendimento diverso importaria em admitir a fraude, sem que restasse outra alternativa para o terceiro, que desconhecesse a demanda, que não poderia utilizar-se da ferramenta prevista no art. 18 da Lei da Ação Popular, que só se permite para o autor.

¹¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Editor José Bushatsky, 1976. p. 179.

Suponha-se determinado caso de litisconsórcio unitário passivo, em que somente os litisconsortes **A** e **B** foram citados, sem que tenha ocorrido a integração de **C** no processo. Imagine-se que **A** e **B** reconheçam a procedência do pedido ou deixem de contestá-lo. Admitindo-se ser possível litisconsórcio passivo unitário facultativo, chegar-se-ia à absurda conclusão de que a decisão produziu coisa julgada em relação a **C**, sem que este pudesse defender-se, afrontando o contraditório e o princípio do devido processo legal e, ainda, permitindo a eventual ocorrência de fraude do autor, de **A** e de **B** contra **C**.

Quer isto dizer que, a despeito de não ser o litisconsórcio necessário passivo sempre unitário, a recíproca não é verdadeira: o litisconsórcio unitário passivo é inevitavelmente e sempre necessário. Em outros termos, não existe litisconsórcio unitário passivo facultativo. E só não é necessário no pólo ativo por ser a ação um direito e proscria a possibilidade de impelir alguém a litigar, o que afasta a relação de gênero e espécie entre as duas figuras de demanda conjunta. Assim, *é a uniformidade da decisão de mérito, que vai tornar necessário o litisconsórcio unitário **passivo***, em razão da natureza da relação jurídica, como dispõe o art. 47.

Identifica-se o litisconsórcio necessário, segundo a melhor doutrina, por imposição legal e quando se pretenda declarar a ineficácia de ato jurídico ou desconstituí-lo, havendo dele participado mais de uma pessoa. Eis aí, nesta hipótese, a modalidade de litisconsórcio necessário e unitário, a que, certamente, o legislador aludiu no art. 47 do Código de Processo Civil, quando menciona como critério norteador de caracterização do litisconsórcio necessário a unitariedade da decisão no plano do mérito.

Isso significa dizer que, no pólo passivo da relação processual, o litisconsórcio necessário abrange o unitário.

Em outras palavras, nem todo litisconsórcio necessário passivo é unitário mas todo litisconsórcio unitário passivo é necessário.

5. IMPUGNAÇÃO DO ATO PELO MANDADO DE SEGURANÇA

Não se confunda a hipótese antes formulada com aquela em que o ato é praticado por uma pessoa e afeta terceiros, prejudicando-os ou os beneficiando. Exemplo típico é o ato administrativo que, não raramente, afeta a relação jurídica de terceiros. Os prejudicados, obviamente, têm legitimação para desconstituí-los. Os beneficiados, no entanto, só têm interesse jurídico na sua manutenção.

A hipótese suscitada ocorre com maior freqüência no mandado de segurança.

Segundo entendimento amplamente majoritário da doutrina, todos aqueles que obtêm vantagem com a decisão administrativa, objeto daquela ação de impugnação autônoma, devem ser citados como litisconsortes necessários.

Celso Barbi, *v.g.*, leciona que “a doutrina predominante considera existir litisconsórcio necessário quando a relação jurídica substancial é uma em referência a várias pessoas, de forma que sua modificação, para ser eficaz, se deve operar em face de todas; o que implica a participação necessária de todos os interessados, como autores ou réus na demanda”¹². Não se cogita de contrato administrativo, pois nesta hipótese o ato foi praticado por mais de uma pessoa e, para desconstituí-lo, é necessária a citação de ambos os contratantes, o particular e a Administração, recaindo a hipótese nas regras gerais de identificação do litisconsórcio indispensável.

Por tal razão, o direito pretoriano, amplamente majoritário, *d. v.*, em meu entendimento, equivoca-se, quando exige a citação de todos os beneficiários do ato administrativo realizado *apenas* pela administração como litisconsortes necessários, em demanda que versa sobre a anulação deste ato. E a justificativa é óbvia: se o ato só foi praticado por aquela, apenas ela deve ser citada na ação desconstitutiva.

Tornar alguém réu em uma demanda, sujeitando-o à coisa julgada, por ser mero beneficiário de certo ato jurídico, do qual não foi partícipe e que se objetiva anular, é, no mínimo, afrontar o bom senso. Mais sensato e jurídico é fazer integrar a relação processual, apenas, quem praticou o ato, proporcionando ao terceiro a liberdade de, se quiser, intervir como assistente.

Ninguém supõe haver litisconsórcio passivo necessário, em ação de anulação de deliberação de assembléia, dos sócios por ela beneficiados.

Calamandrei ministra lição pertinente para a hipótese: o interesse do beneficiado pelo ato administrativo “é um interesse egoísta, que tem sua base na própria vantagem que o interveniente espera da parte ajudada, ou na desvantagem que teme de sua derrota: vantagem e desvantagem que não devem ser puramente morais ou sentimentais (*omissis*); senão que devem ter um substrato jurídico, no sentido de que as conseqüências vantajosas ou

¹² BARBI, Celso Agrícola. **Mandado de Segurança**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 183.

desvantajosas que o interveniente espera ou teme para si devem ser tais que repercutam, em sentido favorável ou desfavorável para ele, em uma relação jurídica da qual seja ele objeto”.¹³

A jurisprudência, infelizmente, não se apercebeu de algo simples, mas significativo: o beneficiado, embora obtenha a vantagem, não participou da realização do ato administrativo impugnado, não se atribui àquele o dever potestativo correspondente e, portanto, não é legitimado passivo.

Carnelutti, com a proficiência e a precisão de sempre, analisa a questão em seus devidos termos: “Quem se colocar neste ponto de vista compreende em seguida porque a falta de participação de um terceiro pode constituir um perigo de injustiça da sentença e inclusive uma anomalia do processo. Na realidade, o perigo de injustiça pode se dar também por uma falta de intervenção adesiva, posto que não é possível excluir que também neste caso o interventor contribua com elementos decisivos para a justa composição do litígio; mas como o interventor adesivo é uma parte acessória, não seria possível pensar, então, um defeito do processo. Muito mais grave é a falta do interventor principal, posto que ao ser nesse caso a questão comum também ao seu litígio, falta na realidade do processo um dos litigantes”.¹⁴

Desfeita a locação, resolve-se a sublocação, diz a lei.

Por tal razão, é relevante a presença do sublocatário na ação de despejo movida pelo locador em face do locatário, pois se o pedido for procedente, o subinquilino deverá desocupar o imóvel. Tal como o beneficiado pelo ato administrativo, o sublocatário sofrerá efeito direto e imediato da sentença, na relação jurídica que mantém com o sublocador. E, no entanto, ninguém se aventurou a sustentar o litisconsórcio necessário na hipótese, mas, somente, a assistência.

Embora não se refira, expressamente, à hipótese discutida, a antevisão do pensamento genial de Carnelutti, sempre à frente de seu tempo, explica, em termos de princípio, o que deve ser estabelecido para a matéria.

6. O CONFLITO ENTRE OS VALORES JUSTIÇA E SEGURANÇA

Segundo um supremo ideal de *justiça*, todos os terceiros atingidos pela sentença, quer direta, quer indiretamente, a rigor, deveriam, de alguma

¹³ CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil**. São Paulo: Bookseller, [19—]. v. 2, p. 249/250.

¹⁴ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. v. III (Classic Book), p. 836.

forma, tomar conhecimento da demanda, que lhes trouxesse vantagem ou desvantagem, a fim de poderem intervir, de forma adequada, no processo, concorrendo para uma solução mais justa.

Para tanto, todavia, o legislador teria de sacrificar outro ideal do Direito, a *segurança*, permitindo que o conflito permanecesse sem solução por mais tempo, alargando-se o procedimento e aumentando, desnecessariamente, o tempo que leva para o restabelecimento da paz social com a composição do litígio.

O procedimento exigiria dilação incompatível com o interesse tutelado, especialmente tratando-se de mandado de segurança, em que o procedimento é, obrigatoriamente, conciso.

Constitui tema cediço a antítese entre **Justiça** e **Segurança**.

Um desses postulados, *sempre*, cederá em prol do outro. E a despeito da oposição de idéias, elas são compatibilizadas, segundo o interesse a prevalecer.

Na hipótese, a rapidez no restabelecimento da paz social e a abreviação do procedimento são mais relevantes, por uma razão muito singela: o terceiro, no caso, não fica submetido à autoridade da coisa julgada.

São situações inteiramente diversas, impedir alguém de sujeitar-se à coisa julgada sem a oportunidade de defesa (litisconsórcio passivo unitário e facultativo) e pretender que terceiros sejam obrigatoriamente citados por terem mero interesse jurídico.

Não podem confundir-se hipóteses diferentes: um ato realizado isoladamente pode lesar direitos subjetivos e beneficiar terceiros. Os lesados têm legitimação para impugnar o ato. Os beneficiários dele têm mero interesse jurídico, a justificar, apenas, a assistência, modalidade espontânea de intervenção de terceiros.

O entendimento, por outro lado, enseja sérias dificuldades de ordem prática e distorções. Admita-se determinada ação, proposta por um candidato em concurso público, que objetive anular sua reprovação. A decisão judicial, evidentemente, poderá afetar a relação jurídica dos outros candidatos com a Administração. E adotada a tese do litisconsórcio necessário, todos terão de ser obrigatoriamente citados, atrasando a prestação jurisdicional, especialmente, quando se trata de milhares de candidatos aprovados.

Para resolver esse problema, que, ressalte-se, não existe, e o que é pior, lança-se mão de uma solução ilegal: a citação dos candidatos por edital, para

abreviar o procedimento, o que importa na nulidade daquele ato processual.

Ademais, a prevalecer o ponto de vista de que há litisconsórcio passivo, na ação de anulação de deliberação de assembléia, todos os sócios por ela beneficiados teriam de ser citados como litisconsortes passivos.

Retomando o tema principal, poder-se-á admitir que o legislador tenha sido objeto do velho adágio popular: atirou no que viu e acertou no que não viu. Tal conclusão contraria o recomendado pela hermenêutica. O exegeta deve sempre procurar alcançar a finalidade útil na lei, vedada a conclusão que conduza ao absurdo.

Assim, certamente tendo em vista esse aspecto é que foi editado o texto do art. 47 do Cód. de Proc. Civil.

Há aqueles que, no afã de afastar relação de gênero e espécie entre as duas figuras, apontam caso de litisconsórcio unitário passivo facultativo, *exempli gratia*, a solidariedade passiva. Muito embora haja dupla conexão, aquela não encerra decisão obrigatoriamente uniforme, tendo em vista que, em tese, pode um dos devedores solidários alegar e ser acolhida exceção pessoal (art. 911 do Cód. Civil), o que não importaria, necessariamente, a mesma decisão para todos os réus (cf. José Carlos Barbosa Moreira, ob. citada, p. 125, e Pontes de Miranda, “*Comentários...*”, v. II, p. 103), embora, normalmente, ela seja igual para os devedores solidários.

Outras hipóteses passíveis de dúvida seriam a legitimação passiva extraordinária exclusiva e a sucessão processual, já que a autoridade da coisa julgada também se projeta para o substituído e o sucessor. Mas aí não há litisconsórcio, visto como eles não são réus. São casos de assistência qualificada previstos nos arts. 42 e 54 do Cód. de Proc. Civil, e aquela não se confunde com a intervenção litisconsorcial voluntária, que só se dá no pólo ativo da relação processual, de vez que quem escolhe o réu é o autor, já o dizia Chiovenda.

Uma outra conjectura poderia ser feita: a ação pauliana não exige a citação de todos os que praticaram os atos fraudulentos, *ex vi* do art. 109 do C. Civil.

Ora, o vocábulo “poderá” deve ser entendido como deverá. Neste sentido, Silvio Rodrigues, ao realçar que “a leitura do artigo talvez sugira que a demanda possa ser proposta, indiferentemente, contra uma, ou contra mais de uma dessas pessoas. Se a ação se destina a anular um ato entre duas pessoas, seria insólito propô-la contra só uma delas, excluindo a outra, ou seja, justamente aquela que tem a propriedade e a posse da coisa que se

pretende reaver”.¹⁵ Comungando do entendimento, também, a jurisprudência (cf. *RT* 106/552). Apesar de não ser da preocupação do ilustre professor paulista a questão da extensão da coisa julgada a terceiros, que não fizeram parte do processo, na verdade, esta é a verdadeira razão da imposição da demanda conjunta.

Cumpre salientar que o equívoco não foi desfeito no Código Civil de 2002, a entrar em vigor, como se verifica de seu art. 161.

7. CONCLUSÃO

Ao cabo dessa breve exposição, pode concluir-se que:

a) o litisconsórcio unitário ativo é sempre facultativo, por ser o direito de agir não obrigatório;

b) o litisconsórcio unitário passivo é sempre necessário, inexistindo litisconsórcio unitário passivo facultativo, impondo-se a citação de todos os litisconsortes, em face da necessidade de uniformidade de decisão no plano do mérito e de respeito ao princípio do contraditório;

c) o litisconsórcio necessário é sempre passivo, podendo ou não ser unitário; e

d) não há litisconsórcio necessário da Administração com o beneficiário do ato administrativo, em ações mandamentais ou não e que versem sobre a anulação destes atos, desde que praticados apenas por aquela. ◆

¹⁵ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1 (Parte Geral), p. 252 e 253.