

Cândido Rangel Dinamarco

***INSTITUIÇÕES DE  
DIREITO PROCESSUAL CIVIL***

VOLUME II

*7ª edição, revista e atualizada  
segundo o Código de Processo Civil/2015,  
de acordo com a Lei 13.256, de 4.2.2016 e  
Lei 13.363, de 25.11.2016*

 **MALHEIROS  
EDITORES**

**Instituições de Direito Processual Civil**

© CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO

1ª edição, 08.2001; 2ª edição, 03.2002; 3ª edição, 02.2003;  
4ª edição, 01.2004; 5ª edição, 03.2005; 6ª edição, 04.2009.

*Direitos reservados desta edição por*  
**MALHEIROS EDITORES LTDA.**  
Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171  
CEP 04531-940 – São Paulo – SP  
Tel.: (11) 3078-7205 – Fax: (11) 3168-5495  
URL: www.malheiroseditores.com.br  
e-mail: malheiroseditores@terra.com.br

Composição: PC Editorial Ltda.  
Capa  
Criação: Vânia Lúcia Amato  
Arte: PC Editorial Ltda.

Impresso no Brasil  
Printed in Brazil  
02.2017

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

D583i Dinamarco, Cândido R. (Cândido Rangel), 1937-  
Instituições de direito processual civil : volume II /  
Cândido Rangel Dinamarco. – 7. ed., rev. e atual. – São Paulo :  
Malheiros, 2017.

808 p. ; 21 cm. – (Instituições de direito processual civil ; )

ISBN 978-85-392-0353-6 (v.2) – ISBN 978-85-7420-938-8  
(coleção)

1. Processo civil - Brasil. I. Título. II. Série.

CDU 347.91/.95(81)

CDD 347.8105

**Índice para catálogo sistemático:**

1. Processo civil : Brasil 347.91/.95(81)

(Bibliotecária responsável: Sabrina Leal Araujo – CRB 10/1507)

**SUMÁRIO**

**LIVRO III – O MÉTODO DE EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO:  
PROCESSO**

**TÍTULO IX – processo civil: conceito e função**

**Capítulo XXXIII – o conceito de processo e seu regime jurídico**

- |  |    |
|--|----|
| 449. três acepções do vocábulo <i>processo</i> .....   | 23 |
| 450. o processo como categoria jurídica (segunda acepção): uma entidade complexa .....                 | 25 |
| 451. relação jurídica processual e contraditório .....   | 28 |
| 452. procedimento e devido processo legal .....  | 30 |
| 453. interação entre procedimento e relação jurídica processual .....                                  | 31 |
| 454. a legitimação pelo contraditório e pelo devido processo legal ( <i>supra</i> , nn. 120 ss.) ..... | 33 |
| 455. regime jurídico do processo (devido processo legal <i>processual</i> ) ..                         | 33 |

**Capítulo XXXIV – espécies de processos e seus resultados  
(o processo e a vida dos direitos)**

- |   |    |
|---|----|
| 456. os resultados institucionais do processo ..... | 35 |
| 457. os direitos, as pessoas e os bens .....        | 36 |
| 458. diferentes técnicas processuais .....          | 38 |
| 459. escolhas adequadas .....                       | 40 |

**TÍTULO X – formação do processo civil e litispendência**

**Capítulo XXXV – a formação do processo civil e a litispendência**

- |  |    |
|--|----|
| 460. formação, suspensão e extinção do processo civil – ideias gerais                    | 43 |
| 461. a formação do processo sincrético brasileiro e a passagem de uma fase a outra ..... | 44 |
| 462. a inércia do juiz, o princípio da demanda e a iniciativa de parte ...               | 46 |
| 463. iniciativa de parte .....   | 49 |

ao valor da causa ou à concessão de justiça gratuita, convenção de arbitragem *etc.* – art. 337, incs. II, III, X e XIII) – e até mesmo a *reconvenção*, que não é uma defesa mas um contra-ataque, deve estar contida na contestação (art. 343).

Mas não é absoluta a liberdade inerente à eventualidade da defesa, porque grandes incoerências entre fundamentos cumulados podem configurar distorções ou *mentiras* ao menos em um deles, e a mentira é um ato de *deslealdade processual* incluído entre as hipóteses punidas a título de litigância de má-fé (art. 80, inc. II – *supra*, n. 611). As sanções à litigância de má-fé constituem limites à eventualidade da defesa.

A rigor de lógica, pareceria incoerente o réu pedir a extinção do processo porque é parte ilegítima e depois passar a expor que a dívida jamais existiu porque não concorreram seus elementos constitutivos – com o conseqüente pedido de improcedência da demanda inicial. Também pareceria estranho alegar a prescrição e em seguida demonstrar que pagou. Mas o sistema permite esses comportamentos aparentemente conflitantes, porque do contrário a garantia de ampla defesa ficaria prejudicada. Obviamente, os exageros não são tolerados e podem, *no mínimo*, desmerecer a credibilidade da defesa. Se digo que não devo porque nunca negocieei com o autor e depois alego que paguei, provavelmente estarei mentindo ao menos em uma dessas alegações (litigância de má-fé).

## Capítulo XLVII – LITISCONSÓRCIO

651. conceito – fenômeno de pluralidade de partes. 652. justificação sistemática. 653. admissibilidade do litisconsórcio. 654. conexidade objetiva (art. 113, inc. II). 655. afinidade de questões (art. 113, inc. III). 656. comunhão em direitos ou obrigações (art. 113, inc. I). 657. admissibilidade do litisconsórcio e legitimidade *ad causam*. 658. litisconsórcio multitudinário. 659. litisconsórcio e tutela jurisdicional coletiva. 660. formação do litisconsórcio (modos e momentos). 661. litisconsórcio originário ou ulterior (inicial ou sucessivo). 662. extinção ou redução do litisconsórcio. 663. a relativa autonomia dos litisconsortes (art. 117). 664. regimes do litisconsórcio – litisconsórcio unitário ou comum. 665. litisconsórcio necessário ou facultativo. 666. litisconsórcio necessário unitário. 667. litisconsórcio necessário por força de lei (não invariavelmente unitário). 668. a implementação do litisconsórcio necessário e as conseqüências da não-implementação. 669. em caso de litisconsórcio necessário-unitário. 670. em caso de litisconsórcio necessário por força de lei. 671. litisconsórcio necessário ativo. 672. necessaryidade e unitariedade do litisconsórcio – conceitos independentes. 673. litisconsórcio unitário facultativo (não necessário). 674. litisconsórcio necessário não-unitário (comum). 675. litisconsórcio facultativo. 676. litisconsórcio alternativo ou eventual. 677. o processo litisconsorcial.

### 651. conceito – fenômeno de pluralidade de partes (*supra*, nn. 620-621)

*Litisconsórcio* é a presença de duas ou mais pessoas na posição de demandantes ou de demandados (Chiovenda); é um fenômeno de pluralidade de partes, em que o esquema da relação jurídica substancial vai além do mínimo indispensável para ter mais de uma pessoa no polo ativo, ou no passivo ou em ambos (litisconsórcio ativo, litisconsórcio passivo ou dois litisconsórcios<sup>1</sup> – *supra*, n. 581). Os sujeitos que se agrupam em um dos

1. O litisconsórcio bilateral é a soma de dois litisconsórcios – um ativo e um passivo. Não há um *litisconsórcio misto*, como é usual afirmar-se na doutrina.

polos da relação processual são, entre si, *litisconsortes*. Todos são partes principais, guardando sempre *certa posição relativamente ao objeto do processo* (*supra*, n. 603) – seja porque propuseram uma demanda, tomando com isso a iniciativa de instaurar um processo, seja porque em relação a eles uma demanda foi proposta e eles vieram a ser citados, ou porque o juiz mandou tomar providências para citar algum deles como parte indispensável (*litisconsortes necessários* – CPC, art. 115, par.), ou ainda porque o réu *chamou ao processo* algum deles (arts. 130-132) *etc.* Entre *litisconsortes* não há relação de principal a auxiliar. Havendo dois ou mais autores ou mais de um réu, cada um é, em relação aos outros, *litisconsorte*; é inadequado falar na *parte e seu litisconsorte*, porque todos os *litisconsortes* são partes, e sempre partes principais.<sup>2</sup>

Em mais de uma passagem a lei dá a falsa ideia de que um *assistente* seja *litisconsorte* da parte principal. Ela o faz ao cuidar da assistência qualificada, que também se denomina *litisconsorcial* (CPC, art. 124), mas esta não deixa de ser assistência nem passa a ser *litisconsórcio*. Mesmo quando adjetivado de *litisconsorcial*, o assistente não é autor de demanda alguma nem em face dele foi proposta qualquer demanda; a procedência da inicial não lhe trará bem algum, nem retirará coisa alguma de seu patrimônio. Ele é sempre um auxiliar da parte principal (*infra*, n. 693).

O fato de residirem assim no mesmo polo processual e inexistir relação de subordinação entre eles não significa que em todos os casos os *litisconsortes* sejam ligados por uma *comunhão de sortes*, como o nome poderia sugerir. *Con-sorte* aparenta indicar que os dois ou mais sujeitos reunidos teriam sempre a mesma sorte no processo, mas na maioria dos casos cada *litisconsorte* é considerado parte autônoma em relação aos demais e em certa medida as condutas e omissões de um não interferem na situação dos outros (CPC, art. 117 – *infra*, n. 663).

2. Se é *litisconsorte*, é parte – e parte principal, tanto quanto o outro. No processo do mandado de segurança é usual a referência ao beneficiário do ato impugnado como *litisconsorte* do impetrado; mas conceitualmente ambos são *litisconsortes* entre si.

Em um processo movido aos motoristas de dois veículos por acidente automobilístico é perfeitamente possível que só um seja condenado a pagar, e em relação ao outro a demanda seja julgada improcedente. E eles eram *litisconsortes* passivos. Em casos como esse na realidade prática vê-se às vezes maior litigiosidade entre os próprios *litisconsortes*, cada qual atribuindo a culpa ao outro, do que entre eles e o adversário comum. Eles são verdadeiros *litisconsortes adversários*.

O *litisconsórcio* não implica *pluralidade de processos*, qualquer que seja sua espécie (necessário, facultativo, unitário, comum) e qualquer o momento de sua formação (originário ou ulterior). O processo *litisconsorcial* é *uno*, com a peculiaridade de que um dos polos da relação jurídica processual ou ambos abrigam duas ou mais pessoas em vez de uma só em cada um deles. Quando isso ocorre, o esquema subjetivo dessa relação supera o mínimo indispensável, mas ela própria continua sendo uma só – uma relação processual mais complexa do que seria sem o *litisconsórcio*, mas sempre uma só.

### 652. justificação sistemática

A admissibilidade da conglomeração de dois ou mais sujeitos como demandantes ou como demandados tem *por fundamento* a existência de situações da vida envolvendo mais de duas pessoas, e não só duas (*supra*, nn. 620-621); e *por objetivo* favorecer a harmonia de julgados e a economia processual. É mais econômico realizar um processo só, ainda que possa ser mais complexo e durar mais, do que fazer dois processos, com duplicação dos atos e dos custos de cada um deles. Por outro lado, é de toda conveniência evitar conflitos entre julgados, que podem ser causa de injustiças e desmerecem a seriedade das instituições judiciárias: nos casos em que as situações jurídicas materiais de dois sujeitos são interligadas com as de outros<sup>3</sup> cumprem-se mais adequadamente os objetivos da jurisdição se as situações de todos vierem

3. Havendo entre essas situações alguma aproximação, ou ligação ou mesmo *rigorosa unidade* – um contrato só, com dois participantes do mesmo lado (venda de coisa comum).

a serem definidas em um só momento, por uma sentença só e sem discrepâncias ou incoerências comprometedoras. Em alguns casos, sendo mais intenso o vínculo entre dois ou mais sujeitos, ou entre os interesses que defendem, *prepondera o objetivo da harmonia de julgados* (litisconsórcio unitário, julgamento necessariamente uniforme para todos os litisconsórcios – *infra*, n. 664); onde é mais tênue a vinculação, com pretensões que se ligam por mera relação de *afinidade de questões*, o litisconsórcio é motivado preponderantemente pela economia de julgados (*supra*, n. 539 – *infra*, n. 655).

Haveria grotesco conflito de julgados se uma sentença anulasse o casamento em relação ao marido mas a mulher, não tendo sido parte no processo, permanecesse casada. Mas haverá também um conflito, embora em grau menos intenso, se uma das vítimas do mesmo acidente obtiver a condenação do motorista *culpado* e quanto à outra, em outro processo, a sentença julgar a demanda improcedente sob o fundamento de o motorista *não ter agido com culpa*; ou quando duas pessoas que contrataram com uma terceira movem demandas a esta em processos separados, obtendo uma delas a tutela jurisdicional para que o contrato se cumpra e quanto à outra seja este havido por nulo *etc.* Tais desconfortáveis desarmonias não acontecem quando se forma o litisconsórcio.

### 653. admissibilidade do litisconsórcio

Em sentido bem amplo, é a *conexidade* entre as pretensões o fator que conduz à admissibilidade do litisconsórcio – conceituada ela como a *relação de semelhança entre duas ou várias demandas que tenham um ou mais elementos constitutivos em comum, sem terem todos* (*supra*, n. 538). Essa relação entre demandas, que reflete a complexidade legitimadora do próprio instituto do litisconsórcio e constitui seu fundamento sistemático, é tomada pelo Código de Processo Civil, nos três incisos de seu art. 113, para a definição dos casos em que o litisconsórcio se admite. Esses dispositivos são bastante minuciosos ao distinguir entre *comunhão* em direitos e obrigações (inc. I), *conexidade* pelo objeto ou pela causa de pedir (inc. II) e *afinidade de questões* por um ponto comum de fato ou de direito (inc. III). Como facilmente

se percebe, a lei descreve nesses incisos uma escala decrescente de ligações entre as causas, caminhando da hipótese de maior intensidade (*comunhão*) à de ligação mais tênue (*mera afinidade*). A rigor, no entanto, todas elas revelam algum grau de conexidade entre as causas.

### 654. conexidade objetiva (art. 113, inc. II)

Reputam-se objetivamente conexas duas ou mais demandas que tiverem o mesmo pedido ou se apoiarem na mesma causa de pedir (art. 55).<sup>4</sup> O *pedido* é comum a duas demandas, autorizando o litisconsórcio com fundamento no inc. II do art. 113 do Código de Processo Civil, quando envolve o mesmo bem da vida; a *causa petendi* será comum quando constituída pelos mesmos fatos ou mesma relação jurídica, concretamente considerados (*supra*, nn. 514 ss.). Exige-se a coincidência de algum desses elementos *concretos*,<sup>5</sup> os quais concorrem para definir a identidade da demanda, diferenciá-la das demais e determinar sua possível relação com outra (*conexidade etc.* – *supra*, nn. 537 ss.): não há litisconsórcio por conexidade se nenhum dos elementos objetivos *concretos* for comum, sendo irrelevante a coincidência entre os fundamentos jurídico-materiais do pedido, a natureza jurídica do provimento ou a do bem pretendido.

Tais são os elementos *abstratos* da demanda, que em muito pouco concorrem para sua individualização e em nada para estabelecer relações entre demandas; conseqüentemente, nada haveria de *incoerente ou desarmonioso* em julgar de modos diferentes duas demandas diferentes só porque ambas sejam fundadas em direito

4. Descontados os casos de conexidade qualificada por alguma característica mais específica (*supra*, nn. 538 ss.).

5. Os elementos *objetivos* são a causa de pedir e o *petitum* (são elementos subjetivos as partes). Elementos objetivos concretos são a *narrativa de fatos* que o autor afirma haverem acontecido e o *específico bem da vida pretendido*. São elementos objetivos *abstratos* os fundamentos de direito (direito real, pessoal, responsabilidade civil) e a natureza do provimento pedido (sentença constitutiva, condenatória, meramente declaratória; satisfação do crédito mediante a execução). Também tem caráter abstrato a natureza do bem pretendido (móvel, imóvel – *supra*, n. 514).

real de propriedade, ou ambas contenham pedido de sentença condenatória, ou sejam imóveis os diferentes bens pedidos em cada uma delas *etc.*

Diante dessas premissas, não se admite litisconsórcio fundado na conexidade quando mediante ele se pretender (a) reunir duas ações de despejo por falta de pagamento promovidas pelo mesmo locador com relação a dois imóveis diferentes, em face de dois diferentes inquilinos (é insuficiente a circunstância de ambas terem bens imóveis por objeto, ambas trazerem o pedido de sentença determinando a retomada e ambas terem o fundamento na mora do locatário); b) reunir demandas de dois ou mais consumidores em face de dois ou mais fornecedores de bens ou serviços em virtude do defeito de bens de naturezas diferentes (coincidem em parte os fundamentos jurídicos mas cada um dos autores é titular de uma distinta relação de consumo, e assim também cada um desses fornecedores) *etc.* Mas são conexas as demandas de duas ou mais vítimas do mesmo acidente automobilístico, porque o fato relevante é único.

#### 655. afinidade de questões (art. 113, inc. III)

A afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito é arrolada pelo Código de Processo Civil ao indicar as relações entre duas ou várias causas aptas a permitir a formação do litisconsórcio (art. 113, inc. III – *supra*, n. 539). Afinidade é uma conexidade degradada, ou seja, reduzida a um patamar inferior de intensidade. Nessa locução o vocábulo *questões* é empregado no correto sentido de *ponto controvertido de fato ou de direito* (Carnelutti). Existe uma semelhança entre as demandas, suficiente para produzir a admissibilidade do litisconsórcio, (a) ainda quando coincida apenas um *elemento abstrato* das causas de pedir, que é o fundamento jurídico-substancial de ambas as demandas, sendo o réu um só (dois ou mais contribuintes litigando contra o Estado por determinada vantagem tributária, todos trazendo por fundamento o mesmo dispositivo da lei material ou da Constituição) ou (b) quando somente um *fato-base* é alegado por duas ou mais pessoas, diferindo no mais o contexto dos fatos narrados por uma ou por outra (consumidores que se dizem lesados pelo mesmo produto alegadamente defeituoso, mas cada um

deles tendo uma história própria que envolve a natureza do dano sofrido, sua intensidade *etc.*). Às vezes é muito sutil a distinção entre a mera afinidade de questões e a conexidade – a diferença é exclusivamente de grau –, mas o critério da *convicção única* é apto, na prática, a contribuir para a distinção entre as duas figuras (*supra*, n. 538).

No exemplo do proprietário de dois imóveis alugados a dois inquilinos diferentes não há sequer afinidade entre as ações de despejo por falta de pagamento que pretenda propor a eles: os bens da vida são distintos, as concretas relações jurídicas de locação também, a história de cada caso difere da história do outro. Mas as consumidoras do anticoncepcional inócua têm em comum, em suas respectivas histórias, o consumo do mesmo medicamento e o caráter lesivo deste: ao formar convicção sobre esse *ponto comum de fato*, que é a lesividade, o juiz estará preparado para julgar as demandas propostas por duas ou várias dessas pessoas. Do mesmo modo, ao formar convicção sobre a inconstitucionalidade de um tributo o juiz terá resolvido a principal *questão de direito* das demandas de diversos contribuintes.

#### 656. comunhão em direitos ou obrigações (art. 113, inc. I)

Em posição oposta à da mera afinidade está a *comunhão em direitos ou em obrigações*, que é uma espécie potenciada e particularmente intensa de conexidade entre demandas (*supra*, n. 540). Comunhão, nesse emprego, é *cotitularidade*. Ocorre quando duas ou mais pessoas se apresentam como titulares de um só direito ou quando elas sejam apontadas como obrigadas por um vínculo só. Exemplos eloquentes são a solidariedade ativa e a passiva, fenômenos pelos quais todos os credores ou devedores participam de uma só e única relação, *in solidum* (CC, art. 264) – cada um deles é legitimado a propor a demanda isoladamente ou a figurar como réu único (arts. 267 e 275), mas a lei processual admite que se litisconsorciem, segundo a vontade de quem propõe a demanda inicial (litisconsórcio ativo ou passivo, conforme o caso – CPC, 103, inc. I). Situação assimilada a essa é a dos *colegitimados* a postular a mesma medida de interesse geral – dois ou mais cida-

dãos na ação popular, o Ministério Público e uma associação nas ações civis públicas etc.<sup>6</sup>

Ao incluir a comunhão em direitos e obrigações entre as hipóteses de admissibilidade litisconsorcial a lei fala em *comunhão relativamente à lide*. Tomado o vocábulo *lide* no significado de *mérito* ou *objeto do processo* (*supra*, n. 558), dessa locução se infere que o inc. I do art. 113 só se aplica quando estiver posta em juízo *a própria relação jurídico-material* onde dois ou vários sujeitos figuram como credores ou como devedores. Não dá azo a esse litisconsórcio a junção de duas pretensões *autônomas*, ainda quando apoiadas na mesma relação jurídica fundamental. É indispensável que os próprios *direitos ou obrigações* com mais de um titular estejam postos na demanda para serem objeto de cognição *principaliter, não incidenter tantum*.

Se determinado contrato é colocado ao centro do objeto do processo, com o pedido de sua anulação ou de mera declaração de nulidade ou validade, haverá aí uma *comunhão relativamente à lide* entre todos os contratantes. Mas na hipótese de um dos contratantes pretender de dois outros o cumprimento da obrigação contratual de cada um, sendo elas independentes entre si e inexistindo solidariedade, a existência e a validade do contato em que todos estão envolvidos não passam de mero fundamento dessas demandas conexas; inexistirá portanto a *comunhão* descrita no inc. I do art. 113 do Código de Processo Civil.<sup>7</sup>

Esse emprego do vocábulo *lide* contrasta com a linguagem do próprio Código, que em outros dispositivos preferiu falar em *mérito* (como está, p.ex., na rubrica de seu art. 355 e em seu art. 356). Muito provavelmente essa má escolha vocabular não terá passado de mera desatenção do legislador, que simplesmente transcreveu o texto do inc. I do art. 46 do Código revogado. Neste, sim, o emprego do vocábulo *lide* foi consciente, porque, por expressa declaração feita em sua Exposição de Motivos, o objeto do processo não seria constituído pela pretensão trazida ao juiz em busca de aco-

6. Cotitularidade no direito de ação.

7. Mas essa rígida exigência acaba ficando sem relevância prática porque duas ou mais demandas fundadas no mesmo contrato (embora portadoras de exigências distintas) serão provavelmente *conexas* e por esse caminho também chegarão à possibilidade de propositura conjunta.

lhimento ou satisfação, mas *a lide*. A lide era o polo metodológico central daquele Código mas do vigente, não. Seria preferível que o legislador de 2015 falasse em comunhão em direitos ou obrigações relativamente ao objeto do processo (*supra*, n. 558).

A comunhão é sempre uma forma de conexidade – potenciada, mais intensa, mas sempre *conexidade*. No passado justificava-se o manejo desse conceito porque nele residia o critério para determinar a necessariedade do litisconsórcio (CPC-39, art. 88, inc. I). Hoje, que outros são os critérios legais e sistemáticos da necessariedade, a inclusão dessa hipótese é fruto de mera inércia legislativa, porque o conceito de conexidade abrange os casos de comunhão no direito ou na obrigação (art. 114 – *infra*, nn. 664-666). Se eliminado, o inc. I do art. 113 não faria falta alguma.

#### 657. *admissibilidade do litisconsórcio e legitimidade ad causam*

A admissibilidade do litisconsórcio, por qualquer das hipóteses consideradas no art. 113 do Código de Processo Civil, tem por premissa indispensável a *legitimatío ad causam* de cada um dos pretendidos litisconsortes. É indispensável que se trate de sujeitos especificamente *legitimados*, porque, se por falta dessa condição uma demanda não poderia ser julgada isoladamente, muito menos poderia sê-lo em processo no qual haja duas ou várias pessoas lado a lado como autores ou como réus. *Quem não pode entrar na porta, por lhe faltar ingresso, não pode entrar indo com outrem* (Pontes de Miranda).

Por isso, antes de saber se dois sujeitos poderão estar juntos no mesmo lado da relação processual é preciso saber se cada um deles poderia de algum modo estar em juízo naquela posição. Essa regra aplica-se a qualquer espécie de litisconsórcio, seja ele facultativo ou necessário, unitário ou comum, ativo ou passivo, inicial ou ulterior.

Uma pessoa jurídica qualquer, ou mesmo um partido político, não é parte legítima para figurar como litisconsorte do cidadão autor na *ação popular* nem para litigar isoladamente. Na *ação de*

*usucapião* são partes legítimas necessárias para figurar como litisconsortes passivos todos os confinantes (CPC, art. 246, § 3º) mas não o é o ex-confinante, ou seja, aquele que já vendeu sua propriedade. Numa *ação de anulação de casamento* movida pelo Ministério Público são necessários como réus os dois cônjuges, mas se por engano for trazido alguém que não seja o cônjuge ele será parte ilegítima *etc.*

### 658. *litisconsórcio multitudinário*

A admissibilidade do litisconsórcio facultativo sofre uma restrição, imposta de modo explícito pela lei, em relação ao *número de pessoas* que se reúnem para propor demanda conjunta como autores ou que estejam reunidas na condição de réus em um processo único (litisconsórcio ativo ou passivo). Os *litisconsórcios multitudinários*, compostos de um número insuportavelmente grande de colitigantes, constituem fator de *tumulto processual* e por isso prejudicam a qualidade do serviço jurisdicional, sua celeridade e a defesa do adversário – e é por isso que o Código de Processo Civil contém um dispositivo estabelecendo que “o juiz poderá *limitar* o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes na fase de conhecimento, na liquidação de sentença ou na execução, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa ou o cumprimento da sentença” (art. 113, § 1º).

Inexiste um limite quantitativo fixo. Caberá ao juiz levar em conta, no exame de cada caso, as dificuldades decorrentes do litisconsórcio numeroso e a razoável possibilidade de desenvolver de modo adequado a função jurisdicional, sem prejuízos à defesa mas também sem limitar demasiadamente a liberdade litisconsorcial (garantia constitucional da liberdade – *supra*, n. 125). Tal disposição não se aplica ao litisconsórcio *necessário*, porque ao cindí-lo estaria o juiz infringindo as disposições legais que, em certos casos, exigem a reunião de autores ou de réus (*ação popular, ação de usucapião etc.* – *infra*, nn. 665 e 668).

Os anais paulistas anteriores às *Reformas do Código de Processo Civil de 1973* registram casos de centenas de funcionários pú-

blicos litigando com o Estado em litisconsórcios verdadeiramente *multitudinários* – em um desses processos chegou-se ao absurdo de mil e quinhentos autores. Era humanamente impossível ao adversário e ao juiz examinar a situação de cada um, a satisfação dos requisitos para aplicação das normas constitucionais invocadas por todos *etc.*

O modo de *limitar* o litisconsórcio consiste em *desmembrar* o grupo inicialmente formado, para que se formem grupos menores, cada um destes prosseguindo em um processo. Constituiria denegação de justiça a exclusão pura e simples dos litisconsortes excedentes, para que só alguns permanecessem em juízo. Com o desmembramento passam a existir dois ou mais processos, mas os efeitos substanciais e processuais da propositura da demanda reputam-se produzidos desde quando ela foi proposta ou desde a citação, conforme o caso, sem que o retardamento prejudique o demandante (*supra*, n. 470).

Ao dispor que “o requerimento de limitação interrompe o prazo para manifestação ou resposta, que recomeçará da intimação da decisão que o solucionar”, o art. 113, § 2º, do Código de Processo Civil está a cuidar somente das limitações decorrentes de requerimento do réu, mas também *ex officio* elas podem e devem ser determinadas pelo juiz, quando for o caso.

### 659. *litisconsórcio e tutela jurisdicional coletiva*

Os benefícios do aproveitamento de um só processo para a tutela de uma quantidade grande de pessoas são obtidos de maneira muito mais abrangente que mediante o litisconsórcio nos processos voltados à tutela jurisdicional coletiva. Quando se tratar de processo coletivo relacionado com direitos individuais homogêneos a sentença que julgar procedente a demanda terá eficácia subjetiva extremamente ampla, capaz de beneficiar todos os possíveis lesados e permitir que cada um deles promova a liquidação do valor do prejuízo sofrido, bem como a execução para efetiva satisfação de seu direito individual (CDC, arts. 95, 97, 98 e 103 – *supra*, n. 70).

### 660. formação do litisconsórcio (modos e momentos)

O modo natural de formar o litisconsórcio consiste na propositura da demanda já por todos os colegitimados ou em face de uma pluralidade de pessoas (litisconsórcio *originário* ou inicial – *infra*, n. 661). Mas a qualidade de parte não se adquire exclusivamente pela propositura da demanda e pela citação do demandado, senão também mediante a intervenção voluntária de terceiro ou pela sucessão do autor pelos herdeiros ou espólio (*supra*, n. 622). Essas possibilidades projetam-se sobre o litisconsórcio, abrindo um leque de hipóteses relativas aos modos e momentos em que a lei admite sua formação. No processo civil brasileiro o litisconsórcio forma-se, conforme o caso, por iniciativa do autor, do réu, do juiz ou de terceiro que intervenha voluntariamente, nos casos autorizados por lei.

O autor institui o litisconsórcio quando propõe a demanda inicial, já consignando várias pessoas como autores ou como réus. Aqueles estão no processo, na condição de litisconsortes ativos, desde o momento em que apresentada em juízo a petição inicial; estes, desde quando citados. Além disso, com as limitações inerentes à estabilização da demanda (CPC, art. 329 – *supra*, n. 481), em algumas situações é lícito ao autor *aditar à petição inicial* para incluir outros réus. Isso é sempre admissível antes da citação do demandado, mas depois depende da concordância deste; após o saneamento do processo a lei rejeita qualquer aditamento (art. 329, incs. I-II). O autor provoca também o litisconsórcio quando, havendo falecido o réu, ele diligencia a citação dos herdeiros: forma-se, mediante essa *sucessão*, um litisconsórcio passivo ulterior (art. 110, c/c arts. 313, § 2º, inc. I, e 687).<sup>8</sup>

O réu tem a faculdade de instituir o litisconsórcio ulterior,<sup>9</sup> em primeiro lugar, nos casos de chamamento ao processo (arts. 130-132). Ao chamar o terceiro ele cria um litisconsórcio entre si próprio e o *chamado*, de modo que, em caso de procedência da

8. A sucessão do autor morto dá-se por iniciativa dos herdeiros e não do réu.

9. Litisconsórcio ulterior: formado depois de constituída a relação processual (*infra*, n. 661).

demanda do autor, ambos serão condenados em favor do autor. O instituto do chamamento ao processo é exclusivo do processo de conhecimento e descabe na execução, na qual não há sentença de mérito a proferir (*infra*, nn. 712 ss.). Mas por iniciativa do réu pode também formar-se um litisconsórcio passivo quando este, alegando sua própria ilegitimidade *ad causam*, indicar o terceiro legitimado (ou o verdadeiro obrigado) e o autor optar pelo prosseguimento do processo com os dois no polo passivo (art. 339, § 2º).

Admite-se ainda a formação de litisconsórcio ativo ou passivo por iniciativa do réu ao *reconvir*. Esse litisconsórcio dirá respeito exclusivamente à reconvenção e não à demanda inicial do autor e incluirá algum sujeito que ainda não figure como parte no processo (reconvenção subjetivamente ampliativa – CPC, art. 343, §§ 3º e 4º).

O juiz, que está condicionado pelo princípio da inércia e não tem o poder de ir além dos limites da demanda proposta (art. 141), em duas exclusivas hipóteses pode acrescentar litisconsortes ao processo pendente. A primeira e mais conhecida delas é a do *litisconsórcio necessário passivo*. Pelo disposto no art. 115, par., do Código de Processo Civil, ele tem mesmo o *dever* de provocar a inclusão dos réus sem os quais certas causas não podem prosseguir (*infra*, n. 668). Fora disso é absolutamente vedada a formação do litisconsórcio por iniciativa judicial no processo ou fase de conhecimento.

É estranha a redação do art. 115, par., do Código de Processo Civil, segundo o qual, “nos casos de litisconsórcio passivo necessário, o juiz determinará ao autor *que requeira* a citação de todos que devam ser litisconsortes” – ou seja, o juiz provoca um pedido a ser dirigido a ele próprio, para depois ser por ele deferido. Era melhor o art. 47, par., do Código anterior, segundo o qual o juiz determinaria que o autor *promovesse* a citação do litisconsorte necessário. Mas, como está redigido, esse dispositivo de agora apresenta um relevante aspecto positivo, que é a liberdade de escolha que o juiz deve dar ao autor – para que possa este requerer e obter a vinda do terceiro ao processo, como litisconsorte necessário, ou nada requerer, se preferir não litigar contra esse terceiro, aceitando por isso que o processo se extinga.

Outro aspecto positivo tem essa nova disposição legal, consistente em confinar explicitamente iniciativas como essa aos casos de litisconsórcio necessário *passivo* – porque em caso de litisconsórcio *ativo* não se admite uma imposição feita pelo juiz ou por quem quer que seja (*infra*, n. 671).

A segunda hipótese de formação do litisconsórcio por iniciativa do juiz é aquela estabelecida no art. 382, § 1º, do Código de Processo Civil, segundo o qual tem ele o poder de espontaneamente, e portanto sem requerimento de qualquer das partes, determinar a inclusão de possíveis interessados no processo de *produção antecipada de provas* ou de arrolamento de bens aos quais possam ter interesse. Tal é uma intervenção *jussu judicis*, que antes inexistia no processo civil brasileiro e agora existe, mas limitadamente a essa hipótese aqui considerada (*infra*, n. 719).

Um modo *indireto* pelo qual os juízes também dão origem ao fenômeno litisconsorcial é a *reunião de duas ou mais causas* em razão da conexidade ou continência (CPC, arts. 57-58). Se os processos assim reunidos não tiverem rigorosamente o mesmo autor e o mesmo réu formar-se-á um litisconsórcio em decorrência de sua fusão em um só.

Terceiros podem tomar a iniciativa de instituir o litisconsórcio em um processo pendente, mediante os diversos modos de *intervenção voluntária*, (a) seja inserindo-se como autores, ao lado do autor inicial e em face do mesmo réu, mediante a *intervenção litisconsorcial voluntária* (*infra*, nn. 690-691), (b) seja comparecendo na qualidade de colegitimados, também acostando-se ao autor inicial no polo ativo da relação processual, (c) seja ao se habilitarem no processo como *sucessores* do autor falecido (art. 110, c/c arts. 313, § 1º, e 687-688 – *supra*, n. 619).<sup>10</sup> Nessas hipóteses a iniciativa do terceiro institui no processo um litisconsórcio *ulterior* (ativo ou passivo, conforme o caso).

10. Os sucessores do réu falecido sucedem a este no processo por iniciativa do autor e não deles próprios (art. 688): querendo ou não querendo, eles serão partes a partir da citação e, se não comparecerem, reputar-se-ão revéis.

É também admissível que, havendo a parte alienado o bem litigioso a duas ou mais pessoas, venham estas a sucedê-la na relação processual, ocupando a posição antes ocupada por ela (litisconsórcio *ulterior* ativo ou passivo, conforme o caso). Nesse caso a formação do litisconsórcio depende do concurso da vontade dos adquirentes e do adversário do alienante (art. 109, § 2º – *supra*, nn. 619, 622 e 637).

#### 661. *litisconsórcio originário ou ulterior* (*inicial ou sucessivo*)

Diz-se *originário*, ou inicial, o litisconsórcio formado logo no primeiro momento possível, sendo desde então autores em litisconsórcio os que como tais figuram na demanda e sendo litisconsortes passivos, a partir de quando citados, os sujeitos também ali indicados nessa qualidade. É *ulterior* quando formado depois, por iniciativa do autor mesmo, do réu, do juiz ou de terceiro, conforme o caso (*supra*, n. 660).

#### 662. *extinção ou redução do litisconsórcio*

Há hipóteses em que, *sem extinguir-se o processo*, algum litisconsorte vem a ser excluído, restando somente os demais ou apenas um deles. No primeiro caso há *redução* e no segundo *extinção* do litisconsórcio. Em nenhuma dessas hipóteses é correto falar em *extinção do processo*, ainda que *parcial* – porque o processo litisconsorcial é uno e não existem tantos processos quantos forem os litisconsortes (*supra*, nn. 557 e 651). A relação processual, que antes tinha mais sujeitos em um de seus polos, agora passa simplesmente a ter menos – sendo decisão *interlocutória e não sentença* a decisão que exclui um ou alguns litisconsortes.

Consequência prática, antes de integral aceitação pelos tribunais e agora imposta de modo explícito pelo próprio Código de Processo Civil (art. 1.015, inc. VII): o recurso cabível contra o ato judicial que exclui um litisconsorte, mantendo os demais na relação processual, é o *agravo de instrumento*.

O litisconsórcio reduz-se ou extingue-se por determinação do juiz ou por ato de alguma das partes.

O juiz determina a exclusão do litisconsorte (a) quando, por não ocorrer qualquer das situações descritas no art. 113 do Código de Processo Civil, o litisconsórcio for inadmissível, ou (b) quando um deles não for sequer legitimado para a causa (a legitimidade é pressuposto do litisconsórcio – *supra*, n. 657). Se ainda restarem no processo dois ou mais autores, ou dois ou mais réus, o litisconsórcio fica somente reduzido. Se restar um só o litisconsórcio estará extinto; e extingue-se *o processo* se forem dados como partes ilegítimas todos os autores ou todos os réus.

O autor ou os autores podem dar causa à redução ou extinção do litisconsórcio *facultativo* mediante a *parcial desistência da ação*, e atendidos os requisitos desta. Se um dos litisconsortes ativos desiste o processo irá adiante sem ele, ou seja: prosseguirá em litisconsórcio se ainda restarem dois ou mais autores, ou prosseguirá sem litisconsórcio ativo no caso de restar só um. Se o autor desiste em relação a um dos litisconsortes passivos, sem fazê-lo quanto aos demais, ocorrem hipóteses análogas: prosseguimento com ou sem litisconsórcio passivo, conforme o caso.<sup>11</sup> Obviamente, não é admissível a desistência quanto a um dos réus em caso de litisconsórcio passivo necessário.

O réu tem a faculdade de reduzir ou extinguir o litisconsórcio que ele próprio haja instituído – o que ele fará ao desistir do chamamento de terceiro ao processo, ou de algum dos reconvidos, ou de todos.

Como sucede em todos os casos de desistência de ação, também a desistência subjetivamente parcial depende do binômio *anuência-homologação* e não terá eficácia alguma se a primeira for negada (art. 200, par. – *supra*, n. 535). No processo litisconsorcial a regra é a necessidade do consenso da parte, ou partes, *que a desistência vise a excluir*.

São aplicações dessa regra: a) quando o litisconsórcio for apenas ativo a desistência de um dos autores poderá ser homologada

11. É claro que se desistirem todos os autores, ou se o autor desistir em relação a todos os réus, extingue-se *o processo* e não apenas o litisconsórcio.

se o réu (único) vier a concordar, não tendo voz os demais autores; b) havendo só um autor e vários réus (litisconsórcio passivo), a desistência quanto a um destes independe do consenso dos demais; c) se bilateral o litisconsórcio (ativo e passivo) e apenas um dos autores desistir, fazendo-o quanto a um só réu, será necessário somente que este concorde, nada importando a atitude dos demais réus e muito menos a dos litisconsortes ativos; d) ainda no caso de litisconsórcio bilateral, a desistência de um dos litisconsortes ativos quanto a todos os passivos dependerá do consenso de todos eles, mas dos demais autores não; e) sempre na hipótese de litisconsórcio ativo e passivo no mesmo processo, a desistência de todos os autores quanto a um dos réus dependerá deste apenas, e não da totalidade dos litisconsortes passivos; f) obviamente, se todos os autores desistirem em relação a todos os réus, tendo-se então uma desistência integral e não parcial, será necessário que todos os réus concorram; g) se houver desistência quanto a um, dois, vários ou todos os réus e nem todos os destinatários da desistência anuírem, o processo continuará com os dissidentes, excluídos os que houverem assentido sem qualquer ressalva. Mas os tribunais demonstram alguma tendência a exigir a anuência além desses limites racionais, impondo o prosseguimento do litisconsórcio quando a desistência for parcial e somente algum dos litisconsortes não anuir.

A desistência subjetivamente parcial e seus problemas são pertinentes ao *litisconsórcio facultativo*, sendo em princípio vetada a desistência quando ele for necessário (*infra*, n. 665). No *processo ou fase executiva*, em que a própria desistência integral independe de anuência, *a fortiori* também não dependem dela as parciais (*supra*, n. 535).

Também dá motivo à extinção do litisconsórcio a *sucessão dos litisconsortes por uma pessoa só*, como no caso (a) da morte do marido e da mulher, sendo sucedidos pelo herdeiro único (CPC, art. 110), ou (b) do adquirente único do bem litigioso, ingressando no processo em sucessão aos dois ou vários alienantes (art. 42, § 1º – *supra*, nn. 619, 622, 637 e 660).

### 663. a relativa autonomia dos litisconsortes (art. 117)

O art. 117 do Código de Processo Civil enuncia que “os litisconsortes serão considerados, em suas relações com a parte ad-

versa, como litigantes distintos, exceto no litisconsórcio unitário, caso em que os atos e as omissões de um não prejudicarão os outros mas os poderão beneficiar”.<sup>12</sup> Em outras disposições, especialmente referentes à prova, o Código deixa clara a intenção de reafirmar essa proposição ao dizer que “a confissão judicial faz prova contra o confitente, não prejudicando, todavia, os litisconsortes” (art. 391).

Esse dispositivo tem a finalidade de excluir parcialmente a autonomia dos litisconsortes em caso de *litisconsórcio unitário*, o que o Código anterior não fazia de modo expresso (CPC-73, art. 48). Já àquele tempo, porém, a doutrina e a jurisprudência eram pacíficas na interpretação do dispositivo segundo o qual “o recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita, salvo se distintos ou opostos os seus interesses” (CPC-73, art. 509) – todos reconhecendo que a unitariedade litisconsorcial era o critério da lei para distinguir entre recursos que a todos beneficiam e recursos eficazes somente em relação ao recorrente. Prevaleceria a autonomia na segunda dessas hipóteses (*interesses distintos ou opostos*), mas na primeira não. Tal dispositivo foi literalmente reproduzido no art. 1.005 do Código vigente, o qual está em plena consonância com o que estabelece o art. 117.

É rigorosamente correta a ressalva feita por esse dispositivo, porque o litisconsórcio unitário se caracteriza justamente pela homogeneidade dos tratamentos a serem dados aos litisconsortes para que o julgamento final seja homogêneo para todos. Os atos de um, quando *favoráveis à defesa de seus interesses*, são eficazes em relação a todos (p.ex., um requerimento de prova), mas quando *prejudiciais* não o são sequer em relação à parte que os praticou (p.ex., um reconhecimento do pedido – *infra*, n. 664).

Outra hipótese de exclusão da autonomia dos litisconsortes, especificamente tratada na lei, é a do art. 345, inc. I, do Código de Processo Civil, segundo o qual ao litisconsorte não se imporá o *efeito da revelia* quando outro réu houver apresentado contestação. Essa regra aplica-se a todos os casos de litisconsórcio uni-

12. Quais seriam as relações de uma parte *com a parte adversa*? Cada uma delas está em relação *com o juiz*, a quem compete julgar.

tário e também ao comum sempre que a defesa apresentada em contestação seja útil a todos.<sup>13</sup>

Pelo que dispõe o art. 344 do Código de Processo Civil, o autor fica dispensado de provar os fatos que alegou quando o réu, por não ter oferecido contestação, houver ficado revel. É esse o *efeito da revelia*, que fica excluído, em benefício do réu revel, pela contestação de seu litisconsorte (v. também art. 341).

No tocante à *confissão*, é falsa a aparente restrição de sua eficácia pretendida pelo art. 391 do Código de Processo Civil ao dizer que ela “faz prova contra o confitente, não prejudicando, todavia, os litisconsortes”. Lido no contexto do sistema do Código, esse dispositivo mostra-se inócuo, porque sempre ao juiz é dado o poder de formar livremente seu convencimento para decidir sobre fatos (art. 371) e não tem importância alguma a origem dos elementos de convicção em que se fundamenta; é indiferente que a prova haja sido feita por uma das partes, por outra, ou que tenha vindo ao processo de qualquer outro modo (princípio da aquisição da prova). Por isso, as conclusões a que chegar serão eficazes perante todos, sem importar se houve confissão de um, de outro ou de nenhum, até porque seria um absurdo mandar que o juiz cindisse seu julgamento em dois, reconhecendo a ocorrência de dado fato em relação a um dos litisconsortes (o confitente) e negando-a quanto aos demais. A *confissão*, que não passa de uma declaração de conhecimento de fatos adversos feita por uma das partes, será apreciada pelo juiz, com eficácia para o julgamento da causa como um todo, a partir do seu poder de livre convencimento.

A confissão não é um negócio jurídico.<sup>14</sup> Insere-se no conjunto probatório e não vincula o juiz, ao qual cumpre sempre apreciá-la

13. Defesa útil: a que traz fundamentos pertinentes à situação de quem contesta e também de seu litisconsorte. Exemplo: se em um processo com pedido de indenização nego a culpa de meu motorista, o que a esse respeito o juiz decidir valerá para ambos os réus – ou seja, para mim e também para meu litisconsorte passivo, o motorista, ainda que este não haja contestado.

14. Não confundir com o *reconhecimento do pedido* (art. 487, inc. III, letra a), que os antigos chamavam e os antiquados insistem em chamar de *confissão da ação*.

quanto à capacidade que ela tenha ou deixe de ter, em cada caso, de formar seu convencimento sobre os fatos confessados. Essa regra tanto vale em relação ao litisconsorte do confitente como ao confitente mesmo: é ao menos exagerado dizer que a confissão é a *rainha das provas*.

Assim desbastada por tantas ressalvas e exceções, a autonomia dos litisconsortes é relativa e bastante reduzida. Dos atos favoráveis aos interesses da parte, o único de maior importância, que não estende efeitos aos litisconsortes, é o *recurso* interposto por um deles fora dos casos de litisconsórcio unitário (art. 1.005). Os atos que *prejudicam* a parte, ou seja, os que enfraquecem sua posição no processo, são mais suscetíveis à regra da autonomia (p.ex., desistência da ação).<sup>15</sup>

#### 664. regimes do litisconsórcio – litisconsórcio unitário ou comum

São de diversas naturezas e graus os modos como as situações jurídicas de uma pluralidade de sujeitos se entrelaçam, dando azo à admissibilidade do litisconsórcio. Esses variáveis graus de intensidade manifestam-se na diferença de tratamentos (*regimes*) que a lei endereça ao litisconsórcio, conforme o caso.

Quando as relações jurídicas dos litisconsortes com o adversário forem autônomas entre si, sendo *na prática exequíveis* eventuais julgamentos contraditórios, é natural que os litisconsortes recebam tratamentos relativamente autônomos também (CPC, art. 117). Se um dos autores prova ter sofrido danos e o outro não, o reconhecimento da culpa do réu conduzirá à procedência da demanda em relação ao que houver provado os danos sofridos e improcedência em relação ao que não os houver provado; se a demanda for julgada improcedente em relação a todos os autores em um caso como esse, o recurso interposto por um deles só ao recorrente beneficiará, e o outro amargará em definitivo a sentença desfavorável (coisa julgada) etc. O *eixo de referência* é sempre

15. Atos desfavoráveis, ou *causativos*, e atos favoráveis, ou *meramente indutivos*: *infra*, n. 759.

representado pela viabilidade *prática* da efetivação das decisões divergentes (Barbosa Moreira), e nesses casos o litisconsórcio é *comum* e não-unitário. As soluções dadas com referência a cada um dos litisconsortes podem até conflitar *logicamente* com a que se refere ao outro (o que acontecerá se só um recorrer e seu recurso vier a ser provido), mas não há dificuldade *prática* para que ambas se imponham.

Se dois ou vários consumidores compraram do mesmo fornecedor um produto defeituoso, perante cada um deles, isoladamente, terá este a obrigação de indenizar. São duas ou várias relações jurídicas diferentes, embora fundadas no mesmo fato-base (o defeito do produto); o julgamento de cada uma delas pode ser feito em separado das demais, embora seja conveniente julgá-las em conjunto, por economia e para evitar desarmonias teóricas entre os julgados. Se forem julgadas separadamente, na prática poderá suceder que um dos juízes afirme e o outro negue a lesividade do produto – sendo então julgada procedente a demanda individual de um dos consumidores e improcedente a outra. Essa discrepância é desairosa ao Poder Judiciário e provavelmente estará sendo feita injustiça ao menos a uma pessoa: ao consumidor que não receber indenização alguma pelos danos efetivamente sofridos ou ao fornecedor, que pagará ao outro consumidor apesar de o produto não ser defeituoso. Mas da autonomia dessas relações jurídicas decorre não só a possibilidade de as demandas dos diversos consumidores serem propostas e julgadas separadamente como também, quando propostas em conjunto, a possibilidade de julgamentos diferentes (dependendo da situação de cada um).

Quando todos os litisconsortes estão em defesa de uma só relação jurídica *incindível* não é possível endereçar a cada um deles um julgamento de mérito diferente dos demais. É inteiramente inadmissível, do modo mais absoluto, julgar procedente a demanda em relação a um desses litisconsortes e improcedente quanto aos demais. Precisamente porque a relação controvertida é única e incindível<sup>16</sup> seria inviável dar efetividade a dois preceitos assim contraditórios. Consequentemente, não podendo caminhar por caminhos opostos aqueles que devem necessariamente chegar a

16. *Objeto do processo* também único e incindível: *supra*, n. 564.

um destino comum, durante o processo esses litisconsortes são tratados de modo *homogêneo*. A homogeneidade no tratamento de todos é a essência do regime do *litisconsórcio unitário*. Por isso, a contestação de um dos litisconsortes aproveita a todos os demais, ainda que revéis (art. 345, inc. I); cada um participa da produção das provas que o outro requereu (indicando assistente técnico, redigindo quesitos, formulando perguntas às testemunhas); se for proferida sentença ou decisão interlocutória desfavorável, o recurso interposto por um deles aproveita a todos os demais (art. 1.005). Por outro lado, os atos realizados por um dos litisconsortes serão *ineficazes em relação a todos* quando destinados a restringir poderes ou faculdades ou de algum outro modo puderem enfraquecer a posição processual do conjunto de litisconsortes (reconhecimento do pedido, renúncia ao recurso *etc.*). É esse o significado do art. 117 do Código de Processo Civil ao estabelecer, com total explicitude, que em caso de litisconsórcio unitário “os atos e as omissões de um não prejudicarão os outros, mas os poderão beneficiar”.

A *ação anulatória de casamento* promovida pelo Ministério Público é o exemplo clássico e mais expressivo dessa situação (CC, art. 1.549). Não há como julgá-la procedente em relação a um dos cônjuges-réus e improcedente quanto ao outro. Ou o vínculo matrimonial se desfaz ou permanece em toda sua plenitude, sendo inconcebível que um deles retorne ao estado de solteiro e o outro permaneça casado.<sup>17</sup> Outros exemplos: a) a *ação de investigação de paternidade* proposta em face dos herdeiros do alegado pai, já falecido, (b) a *ação reivindicatória*, quando o imóvel reivindicado estiver registrado em nome de mais de uma pessoa (copropriedade) ou sob a posse de duas ou mais (composse), (c) em geral, as demandas visando à desconstituição de negócios jurídicos quando houver pluralidade de autores ou de réus. Em todos esses casos, como a relação jurídica a ser objeto do pronunciamento judicial é *incindível* e portanto não comporta julgamentos discrepantes, os litisconsortes são tratados de modo homogêneo durante todo o processo (CPC, art. 117).

17. Com quem?

Também ocorre a unidade do objeto do processo e consequente *incindibilidade* quando se trata de demanda promovida por *colegitimados extraordinários*, como sucede quando o Ministério Público e também uma associação se apresentam na qualidade de autores de uma só e mesma *ação civil pública* ou quando duas ou mais associações se litisconsorciam como autoras (LACP, art. 5º – CDC, art. 82, par., incs. I e IV) ou ainda quando dois ou mais acionistas promovem a demanda de responsabilidade civil de um diretor de uma companhia (LSA, art. 159, §§ 3º-4º) *etc.* Todos os *substitutos processuais* atuam no interesse de um único *substituído* (a comunidade, a companhia *etc.*) e portanto o objeto do processo é constituído exclusivamente pela pretensão a efetivar o interesse desse único sujeito (*supra*, n. 637). Consequentemente, a sentença de mérito há de ser homogênea em relação a todos esses litisconsortes ativos – e igualmente homogêneo o regime a que tal litisconsórcio se sujeita.

Apesar da imensa importância da unitariedade litisconsorcial, a ela o Código de Processo Civil de 1973 fazia uma única alusão, *en passant*, com essas palavras: “(...) quando, pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes”.<sup>18</sup> Esse mal redigido dispositivo dava a impressão, absolutamente falsa, de que o litisconsórcio unitário seria modalidade do necessário. Os dois conceitos não se confundem nem se colocam em relação de gênero a espécie. A unitariedade não é espécie da necessidade. Diz respeito ao *regime de tratamento* dos litisconsortes, enquanto esta é a exigência de *formação* do litisconsórcio. Há litisconsórcio unitário que não é necessário e vice-versa, necessário que não é unitário (*infra*, nn. 673-674).

O Código de 2015 aplicou-se mais e de modo correto ao litisconsórcio unitário, especialmente ao proclamar que “o litisconsórcio será unitário quando, pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir o mérito de modo uniforme para todos os litisconsortes” (art. 116) e ao impor ressalva à autonomia entre os litisconsortes quando o litisconsórcio for unitário (art. 117). Ao

18. As palavras transcritas estão em meio a uma frase mais longa e complexa, mas as omitidas não interferem no conceito de unitariedade do litisconsórcio.

falar na *natureza da relação jurídica* está claramente o estatuto vigente aludindo às relações jurídico-materiais *incindíveis* de que há bom tempo vinha falando a doutrina, sabendo-se que a incindibilidade é o relevantíssimo fator determinante da unitariedade litisconsorcial.

Também no art. 333, responsável pela *conversão da ação individual em coletiva* (artigo vetado pela Presidência da República), o projeto aprovado nas Casas do Congresso estabelecia uma situação de unitariedade litisconsorcial ao dispor que nesses casos “o autor originário da ação individual atuará na condição de litisconsorte unitário do legitimado para condução do processo coletivo” (art. 333, § 6º). Esse dispositivo foi vetado pela Presidência da República, vindo esse veto a ser mantido no Congresso Nacional.

Não é configurável a unitariedade do litisconsórcio no *processo ou fase de execução* por dinheiro. Ali é sempre possível chegar ao sacrifício do patrimônio de um dos demandados sem chegar ao do outro – e, não havendo qualquer impasse *prático*, dois ou mais devedores poderão ser tratados de modos diferentes, em regime de litisconsórcio comum e não unitário.

### 665. litisconsórcio necessário ou facultativo

Os três incisos do art. 113 do Código de Processo Civil que descrevem os casos de admissibilidade do litisconsórcio não esclarecem quando ele será *necessário* e quando simplesmente *facultativo*.<sup>19</sup> A necessidade do litisconsórcio é regida pelo art. 114, que, sempre acatando os clamores da doutrina, define as duas hipóteses em que ela ocorre, a saber: a) a hipótese das relações jurídico-materiais *incindíveis*, que também determinam a unitariedade litisconsorcial (*supra*, n. 664), e (b) a hipótese de haver alguma específica disposição de lei impondo a necessária formação do litisconsórcio. Em outras palavras, o litisconsórcio será necessário quando unitário ou quando assim a lei exigir. E também há casos em que, além de o objeto do processo ser insuscetível de ci-

19. Como fazia o Código de 1939, para o qual seria necessário o litisconsórcio sempre que fundado na comunhão de interesses (art. 88, inc. I).

são, a lei explicita a necessidade do litisconsórcio. Quando não ocorre nenhuma dessas situações o litisconsórcio é facultativo.

Eis o que dispõe o art. 114: “o litisconsórcio será necessário 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”.

A facultatividade do litisconsórcio constitui regra geral, porque corresponde ao princípio da *liberdade das partes*, não sendo lícito impor sua implantação quando a lei não a exigir e também não houver razão sistemática para isso (Const., art. 5º, inc. II – *supra*, n. 125) – inclusive porque a necessidade importa restrição ao *direito de ação*, de igual modo constitucionalmente assegurado. Nos casos de litisconsórcio necessário o sujeito só poderá agir em associação com outro<sup>20</sup> ou em face de dois ou vários, também em conjunto. Por isso é que se diz que a necessidade se resolve em uma *legitimidade necessariamente conjunta* (Liebman); e o *caráter excepcional* do litisconsórcio necessário deve conduzir a evitar interpretações que atribuam arbitrariamente a necessidade a casos não estritamente cobertos pelas duas hipóteses do art. 114 do Código de Processo Civil.

### 666. litisconsórcio necessário-unitário

A *incindibilidade do objeto do processo*<sup>21</sup> não só impede que se profiram decisões conflitantes em relação aos litisconsortes (unitariedade) como também exige que todos eles estejam no processo (necessidade). Essa é uma imposição de pura lógica, porque o absurdo seria o mesmo (a) na sentença que pretendesse *cindir o incindível* mediante duas decisões conflitantes e (b) naquela que ditasse uma solução para um dos sujeitos sem ditá-la em relação aos outros porque não foram partes. No caso da demanda de nulidade do casamento promovida pelo Ministério Público um dos cônjuges permaneceria casado, voltando o outro ao estado de

20. Mas são superlativamente raros os casos de litisconsórcio necessário *ativo*.

21. Ou da relação jurídica controvertida, como mais comumente se diz.

solteiro, fosse quando recebessem julgamentos diferentes, fosse quando só um deles figurasse como parte no processo, sendo o casamento “anulado” em relação a ele, e quanto ao outro não.

Doutrina muito antiga confinava a necessidade do litisconsórcio, em razão da incindibilidade (litisconsórcio necessário-unitário), ao campo das *ações constitutivas* – de modo que fora destas não ocorreria tal fenômeno. Hoje sabe-se que esse confinamento é incorreto e também em outras ações cognitivas ele ocorre. É o caso da ação declaratória da inexistência ou validade de contrato, a ser promovida por vários ou em face de vários e sem a possibilidade de gerar uma declaração negativa e outra positiva.

#### 667. *litisconsórcio necessário por força de lei* (*não invariavelmente unitário*)

De disposições específicas da lei vem a necessidade do litisconsórcio (a) na *ação de usucapião*, que deve ter no polo passivo não só o titular do registro do bem mas também todos os confinantes e eventuais possuidores (CPC, art. 246, § 3º – Súmula n. 263/STF); b) na *ação popular*, em que são réus necessários a entidade que o autor-cidadão afirma ter sido lesada mais todos os diretores que hajam participado do ato e os beneficiários deste (lei n. 4.717, de 29.6.65, art. 6º); c) nas ações resultantes “de fatos que digam respeito a ambos os cônjuges ou atos praticados por eles”, em que marido e mulher são litisconsortes passivos necessários (CPC, art. 73, § 1º, inc. II), etc.

No tocante à ação de usucapião de unidade em edifício em condomínio a lei dispensa expressamente a inclusão dos condôminos no polo passivo da relação processual (art. 246, § 3º).

Entre os casos em que a lei externa de modo específico a exigência do litisconsórcio alguns referem-se a causas nas quais este já seria necessário por força da incindibilidade do objeto. Em hipóteses assim é indispensável a formação do litisconsórcio, porque *necessário*; e ele importará tratamento homogêneo aos litisconsortes, porque *unitário*.

#### 668. *a implementação do litisconsórcio necessário* *e as consequências da não-implementação*

Cumpra ao autor, em primeiro lugar, incluir na demanda inicial todos os litisconsortes necessários, com o quê evitará a nulidade ou ineficácia da decisão de mérito<sup>22</sup> que eventualmente viesse a ser proferida sem a presença deles e evitará também as demoras processuais causadas pelo incidente destinado à implementação do litisconsórcio (CPC, art. 115, par.) Não o fazendo, é dever do juiz exigir a observância da necessidade – mas a petição inicial não será desde logo indeferida, nem o processo extinto mais tarde, sem antes ter o autor a oportunidade de suprir a omissão. Entre as *providências preliminares* com que o juiz dispõe medidas para a regularização do processo (arts. 347 ss.) será determinado que o autor *requeira a citação de todos os litisconsortes necessários*, agora sob pena de extinção processual (ainda o art. 115, par.).

Em seus dois incisos o art. 115 do Código de Processo Civil define as consequências da não-implementação do litisconsórcio necessário, dizendo que, nesse caso, a decisão de mérito (a) será “*nula*, se a decisão deveria ser uniforme em relação a todos que deveriam ter integrado o processo” (inc. I), e (b) que ela será “*ineficaz*, nos outros casos, apenas para os que não foram citados” (inc. II). Ou, em outras palavras, segundo o Código a decisão de mérito proferida sem a inclusão de um litisconsorte necessário na relação processual será *nula* em caso de litisconsórcio *necessário-unitário*; e em caso de litisconsórcio necessário *por força de lei* ela será parcialmente *ineficaz* (ineficaz somente em relação aos sujeitos que não foram integrados no processo). Com isso, o Código afastou-se em alguma medida do que vinha sendo dito pela doutrina anterior, incorrendo ele próprio em algumas impropriedades e com isso criando alguma dificuldade interpretativa para os operadores do direito.

22. O art. 115 do Código de Processo Civil fala em *sentença* de mérito, mas na coerência de sua linguagem, presente em tantos outros dispositivos, deveria falar em *decisão* de mérito (arts. 960, 966, *caput* e § 3º, etc.).

*Nulidade*, em direito, é a incapacidade de produzir efeitos, imposta pela lei ou pelo sistema quando o ato é *em si mesmo* portador de certas irregularidades ou invalidades, ou também quando ele, embora regular em si mesmo, for dependente de algum ato anterior irregular (fala-se, diante disso, de nulidade *inerente* ao próprio ato e nulidade *decorrente* da nulidade de outro ato – CPC, art. 281 – *infra*, nn. 837 e 844).

*Ineficácia* é a incapacidade de produzir os efeitos programados, imposta para resguardo da esfera de direitos de terceiros que não hajam participado do ato ainda quando este seja rigorosamente regular em si mesmo, ou *válido*. Ela não é consequência de algum impedimento de caráter *intrínseco*, como a nulidade, mas de caráter *extrínseco*. É um escudo protetivo desses terceiros contra os efeitos de atos alheios (Emilio Betti).

#### 669. em caso de litisconsórcio necessário-unitário

Recolhidos esses conceitos, compreende-se que, na hipótese de ausência da implementação de um litisconsórcio necessário por incidibilidade da relação jurídica controvertida (litisconsórcio necessário-unitário), a decisão de mérito proferida sem uma das partes indispensáveis seja *nula* (art. 115, inc. I). Ainda quando formalmente perfeita e estruturada de modo adequado (art. 489), ela é inválida *por contaminação*, porque a omissão do juiz terá sido causa de nulidade de todo o processo. Ele terá descumprido o que preceitua o parágrafo do art. 115 do Código de Processo Civil, e, a partir dessa omissão, estará comprometido tudo que houver sido feito no processo (CPC, art. 281 – *infra*, n. 844). Essa é uma *nulidade absoluta*, porque não diz respeito exclusivamente ao interesse das partes do processo mas da própria Justiça e dos terceiros omitidos (*infra*, n. 841); por ser absoluta, ela será conhecida pelo tribunal ao qual a causa venha a ser endereçada em eventual apelação ou agravo de instrumento, ainda quando nenhuma das partes a invoque ou peça a anulação da decisão de mérito (CPC, arts. 278, par., e 485, § 3º).<sup>23</sup> Se ocorrer o trânsito

23. A regra do conhecimento de ofício não se aplica ao recurso especial, no qual é sempre exigido não só o prequestionamento da lei federal como ainda a indicação da concreta violação a esta, nas razões recursais (art. 1.029, inc. II).

em julgado será admissível a *ação rescisória* (art. 966, inc. V) com fundamento na manifesta violação à norma jurídica do art. 114 do Código de Processo Civil, que institui a necessidade do litisconsórcio, e à do parágrafo do art. 115, que manda o juiz determinar sua implementação.

Ao próprio juízo que proferiu a sentença assim nula é vedado fazer a correção, dada a regra do exaurimento da competência (art. 494).

Mas aqui começam as dificuldades interpretativas decorrentes do modo como foi redigido o inc. I do art. 115 do Código de Processo Civil. Em caso de litisconsórcio necessário por unitariedade, se a decisão de mérito proferida sem a presença de uma parte indispensável fosse somente *nula*, poderia chegar um momento em que ela estaria a salvo de qualquer impugnação possível – o que aconteceria se viesse a passar em julgado e depois não viesse a ser submetida ao crivo de uma ação rescisória, escoando-se *in albis* o prazo para a propositura desta (art. 975). Ocorrendo isso, todos os efeitos dessa sentença estariam definitivamente liberados, o que seria um grande *absurdo*, porque isso constituiria uma tentativa de *cisão do incidível*. É preciso, pois, buscar uma interpretação sistemática capaz de superar essa incômoda *antinomia da lei*.

Como poderiam eternizar-se os efeitos da sentença que julgasse procedente uma ação de nulidade de casamento proposta pelo Ministério Público somente a um dos cônjuges, reconduzindo este à condição de *solteiro* mas permitindo que permanecesse no estado de *casado* aquele que foi omitido? Ou aquela que anulasse um contrato de compra e venda em ação movida pelo alienante somente a um dos dois ou vários adquirentes (coproprietários) sem que os demais fossem atingidos pelos seus efeitos?

Em situações como essas, três soluções seriam teoricamente imagináveis: a) ou os efeitos da decisão de mérito coberta por uma coisa julgada *soberana* (não suscetível de ação rescisória) propagar-se-iam àquele que não foi parte, o que seria de manifesta inconstitucionalidade; b) ou se negaria a aplicação do disposto no

art. 115, inc. I, do Código de Processo Civil porque a um dispositivo isolado da lei não se pode reconhecer o poder de afrontar e contrariar diretamente outros dispositivos e o próprio sistema, sendo impossível conviver com eles; c) ou se interpretaria esse dispositivo sem apego à sua redação formal, para entender que onde ele fala em *nulidade* na realidade o legislador teria querido dizer *ineficácia*.

A solução adequada parece ser a última dessas indicadas. Consistirá em tomar por *ineficaz* e não apenas *nula* a sentença dada somente para um dos litisconsortes necessários em caso de litisconsórcio necessário-unitário, sem a presença do outro ou outros. Ao contrário da nulidade, que fica definitivamente sepultada pelo advento da coisa julgada e omissão em propor ação rescisória (a coisa julgada é uma *sanatória geral das nulidades* – Liebman), a ineficácia sobrevive a todos esses acontecimentos, dado o empenho da ordem jurídica em resguardar os interesses de terceiros, associado à *impossibilidade jurídica* de, em caso de relações jurídico-materiais incindíveis, limitar os efeitos da decisão a somente um dos sujeitos dessa relação jurídica.

Não seria necessária lei alguma para dizer que a decisão de mérito é ineficaz, p.ex., na clássica hipótese de julgar procedente a anulação de casamento sem a presença de um dos cônjuges. Sendo intrinsecamente ineficaz, essa decisão não comportará qualquer espécie de ato de efetivação – e o registro civil recusar-se-ia a averbar a sentença que pretendesse anular o casamento de só um dos cônjuges.<sup>24</sup> A ineficácia perdura e a sentença proferida *inter pauciores ex pluribus* não produzirá o efeito programado em relação a nenhum dos colegitimados, ainda quando não interposto recurso algum ou superado o prazo para a propositura da ação rescisória.

### 670. em caso de litisconsórcio necessário por força de lei

Ao dispor que a decisão de mérito proferida sem a presença de algum litisconsorte necessário será “*ineficaz*, nos outros ca-

24. E, se a averbasse, o cônjuge excluído teria um direito líquido e certo violado, o que inclusive lhe propiciaria proteção pela via do mandado de segurança.

sos, apenas para os que não foram citados”, o inc. II do art. 115 do Código de Processo Civil está claramente voltado aos casos litisconsórcio necessário por força de lei (esses são os *outros casos* referidos no dispositivo). Como nessas hipóteses não se trata de relações jurídico-materiais *incindíveis*, sendo a necessidade litisconsorcial imposta pelo legislador por meras razões pragmáticas relacionadas com a economia processual ou com o desiderato do melhor aproveitamento possível dos atos processuais, não há inconveniente algum em preservar a eficácia da decisão em relação ao legitimado que foi parte, sem que ela se propague ao que não o foi. O que foi parte ficará atingido pela decisão, e o que não o foi não – sem qualquer risco de incoerência ou impasse decorrente de sua não-integração ao contraditório processual.

É o caso, v.g., da ação de *usucapião*. A lei exige que os proprietários confinantes sejam incluídos na relação processual (CPC, art. 246, § 3º) somente com o intuito de melhor aproveitar a decisão de mérito que vier a ser tomada no processo, a qual já definirá desde logo os limites entre as propriedades, sem deixar caminho para futuros questionamentos. Não há *incindibilidade alguma* entre a situação jurídica dos confinantes e a do titular do imóvel usucapiendo. Se aqueles não forem incluídos no processo, a eles não se estenderão os efeitos da decisão que vier a ser proferida entre o usucapiente e o proprietário de registro, permanecendo livres para questionar divisas mais tarde – mas entre o autor e o proprietário tal decisão será plenamente eficaz.

O mesmo se dá na *ação popular*. Esse é remédio processual concebido pelo constituinte com vista à anulação de atos lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa *etc.*, mas o legislador ordinário manda incluir em seu polo passivo, além do ente público envolvido, também diretores que hajam participado do ato ou possíveis beneficiários da ilicitude alegada pelo cidadão autor (lei n. 4.717, de 29.6.65, art. 6º) – e essa exigência é imposta com o declarado objetivo de possibilitar a condenação desses litisconsortes necessários pelos danos que houverem causado ou benefícios ilegítimos que houverem obtido. Com ou sem a presença destes, no entanto, poderá ser perfeitamente válida e eficaz a decisão que julgar procedente a ação popular, anulando o ato impugnado, porque sua inclusão visaria só e exclusivamente à imposição de sanções pecuniárias em favor da Administração (prejuízos causados, proventos ilícitos *etc.*).

### 671. *litisconsórcio necessário ativo*

Se o litisconsórcio necessário passivo já é excepcional no sistema, de excepcionalidade ainda maior reveste-se a necessidade em relação ao polo ativo da relação processual. As dificuldades para implementá-lo são mais graves e podem revelar-se até mesmo insuperáveis, o que se daria sempre que um colegitimado ativo se negasse a participar da demanda. Como ninguém pode ser obrigado a demandar contra sua própria vontade (*nemo ad agendum cogi potest* – princípio constitucional da liberdade), em casos assim o autor ficaria em um *impasse sem solução* e não poderia obter a tutela jurisdicional pretendida; não é o que sucede em casos de litisconsórcio necessário *passivo*, nos quais mais cedo ou mais tarde todos os litisconsortes serão citados, e se preferirem não comparecer serão revéis (CPC, art. 344). E determinar a citação do colegitimado ativo para vir ao processo figurar como autor, sob pena de revelia, seria um enorme absurdo, que o Código de Processo Civil cuidou adequadamente de evitar, ao determinar que, “nos casos de litisconsórcio *passivo* necessário, o juiz determinará ao autor que requeira a citação de todos que devam ser litisconsortes” (art. 115, par.). Dessa redação depreende-se claramente que só em caso de litisconsórcio necessário *passivo* será tomada essa providência, não no *ativo* – até porque citações fazem-se ao *demandado* e não a possíveis demandantes e *revelia* é uma situação a que pode chegar o *demandado* que não contesta, e jamais o sujeito que se recusa a demandar na qualidade de autor.<sup>25</sup> A implementação do litisconsórcio necessário ativo só pode dar-se mediante um ato de iniciativa processual de todos os legitimados, sem ter o juiz poder algum para impô-lo. Ocorrendo uma hipótese em que dois ou mais sujeitos sejam indispensáveis no polo ativo da relação processual mas nem todos hajam participado do ato de propositura da demanda, o juiz estará rigo-

25. Mas, ao outorgar a cada um dos coproprietários legitimidade individual para propor a ação demarcatória do imóvel comum, curiosamente o art. 575 do Código de Processo Civil manda que os demais sejam *intimados* para intervir, se quiserem.

rosamente impedido de decidir o mérito (CPC, art. 485, inc. VI), extinguindo-se o processo sem esse julgamento (art. 115, par.).

A admissibilidade do litisconsórcio necessário ativo confina-se no campo rigorosamente restrito das situações em que, *segundo o direito material*, cada um dos colegitimados tenha o poder de opor-se aos resultados desejados pelos demais. Da legitimidade conjunta para a realização do negócio jurídico decorre a legitimidade conjunta para postular em juízo os mesmos resultados que este produziria.

Exemplo claro é o da chamada *actio redhibitoria*, demanda mediante a qual o comprador pede a resolução do contrato de compra e venda em caso de insuficiência de área (CC, art. 500).<sup>26</sup> Em caso de haver diversos compradores, que adquiriram o imóvel *pro indiviso* e em comunhão, é lícito a cada um deles externar preferência pela manutenção do *status quo*, optando então por não demandar (até porque pode considerar prejudicial a resolução contratual). Como perante o direito material a resolução consensual dependeria sempre do concurso da vontade de todos esses adquirentes – porque a ninguém é lícito dispor de direitos alheios – segue-se a indispensabilidade do litisconsórcio ativo nesse caso.

Outros exemplos: a) se dois ou mais coproprietários celebraram com terceiro um contrato de promessa de compra e venda de imóvel, será necessariamente conjunta a demanda de rescisão por inadimplemento do promissário-comprador; b) se um dos contratantes solidários quer a declaração de nulidade do contrato, só com o concurso dos demais ele poderá pleiteá-la em juízo.

### 672. *necessariedade e unitariedade do litisconsórcio* – *conceitos independentes*

Não há incompatibilidade alguma entre a exigência da efetividade do litisconsórcio (litisconsórcio necessário) e a liberdade do juiz para julgar sem homogeneidade as situações dos diversos litisconsortes postos no processo (litisconsórcio comum, não unitário). Nem entre a facultatividade da inclusão de dois ou mais

26. Caso não opte pelo pedido de complementação da área ou abatimento do preço: *actio ex empto* ou *actio quanti minoris*.

sujeitos em um dos polos da relação processual e a exigência do julgamento harmonioso entre todos os que tiverem sido incluídos (litisconsórcio unitário facultativo).

Todas as combinações são admissíveis em direito processual civil, havendo pois lugar (a) para o litisconsórcio necessário unitário, (b) para o litisconsórcio necessário comum, (c) para o litisconsórcio facultativo comum e (d) para o litisconsórcio unitário facultativo.

### 673. *litisconsórcio unitário facultativo (não necessário)*

Existem na ordem processual civil casos de litisconsórcio que, embora unitário, só será formado se assim for a vontade do autor ou autores (facultatividade do litisconsórcio). Essa é uma projeção da diferença entre os conceitos de unitariedade e de necessariedade, que não se confundem nem se colocam em relação de gênero a espécie (*supra*, n. 666) – sendo do passado a falsa ideia de que o litisconsórcio unitário seria uma modalidade do necessário.

São casos de litisconsórcio unitário não-necessário (facultativo) todas as causas para as quais a lei estabelece uma *legitimidade extraordinária concorrente* (*supra*, nn. 637 e 640) – mais de um sujeito é autorizado a atuar em juízo, cada um deles em nome próprio mas todos no interesse de um mesmo terceiro. A lei não exige que atuem em conjunto, o que significa que *não é necessário* o litisconsórcio entre eles: só proporão a demanda em conjunto se assim preferirem. Mas é absolutamente *único o objeto* da demanda de cada um deles, sendo um só o substituído: todos são substitutos processuais de um substituído só. Por isso, se optarem por atuar conjuntamente, esse litisconsórcio será unitário, não-obstante facultativo, porque não há como cindir esse objeto mediante um estranho tratamento diferente a cada um dos autores. É o caso, p.ex., da ação de anulação ou declaração de nulidade de deliberação tomada em assembleia de sociedade anônima: há situações em que um sócio isoladamente tem legitimidade ativa, mas se vários se consorciarem o litisconsórcio será unitário, porque não seria possível chegar a resultados diferentes em relação a cada um deles.

Exemplo moderno é também a legitimidade do Ministério Público, associações e outras entidades para as *ações civis públicas*. Eles são substitutos processuais da coletividade, em cujo interesse promovem demandas relativas ao meio ambiente, relações de consumo *etc.* – sem serem seus representantes. Não é exigido qualquer litisconsórcio entre essas entidades (o litisconsórcio é *facultativo*), mas quando duas ou mais delas se reunirem na propositura de uma demanda dessa ordem todas receberão rigorosamente o mesmo julgamento de mérito, sendo pois *unitário* esse litisconsórcio.

Há também casos de litisconsórcio unitário facultativo entre *legitimados ordinários*, o que sucede sempre que de algum modo a lei autorize a demanda individual (facultatividade) mas o objeto da demanda seja incindível (unitariedade). Como em todos os litisconsórcios unitários não-necessários, sua *formação* é somente permitida e não exigida, mas quando formados implicarão *homogeneidade de tratamento* aos litisconsortes.

O exemplo mais expressivo é a *ação reivindicatória da coisa comum*: por expressa disposição de lei ela pode ser proposta individualmente por qualquer dos coproprietários (CC, art. 1.314), mas quando proposta em conjunto o litisconsórcio será unitário, em razão da incindibilidade do objeto.

### 674. *litisconsórcio necessário não unitário (comum)*

Sempre partindo da premissa de que unitariedade e necessariedade exprimem ideias diferentes, há casos em que a lei exige a *formação* do litisconsórcio (necessariedade) mas, uma vez formado este, os litigantes serão tratados de modo relativamente autônomo (CPC, art. 117–*supra*, nn. 663-664) e não segundo as regras da homogeneidade (daí o litisconsórcio ser comum, não unitário). Isso sucede somente quando a necessariedade do litisconsórcio é fruto exclusivo de determinação específica de lei, *sem haver a incindibilidade do objeto do processo*. O caso mais expressivo é o litisconsórcio passivo necessário ditado pela *Lei da Ação Popular* em relação a todos os sujeitos que hajam participado do ato impugnado e a todos os beneficiários deste (lei n. 4.717, de 29.6.65, art. 6º). Como eles estarão no processo na con-

dição de réus de um pedido de indenização e a situação de cada um pode ser diferente da dos demais, não haverá homogeneidade no tratamento processual que lhes será dado: cada qual receberá afinal o julgamento que corresponder à convicção formada pelo juiz (uns podem ser condenados a indenizar mais, e outros menos; uns podem ser condenados, e outros não, *etc.*).

Os proprietários lindeiros são réus necessários na *ação de usucapião*, por força de lei específica (CPC, art. 246, § 3º); mas cada um defende sua propriedade e suas próprias divisas com o imóvel usucapiendo, podendo receber julgamentos desiguais.

### 675. *litisconsórcio facultativo*

Diz-se facultativo o litisconsórcio quando *admissível mas não exigido*. O litisconsórcio facultativo ativo formar-se-á segundo a vontade exclusiva dos diversos sujeitos que optem por reunir-se para demandar em conjunto; o passivo, pela opção do autor em relação aos sujeitos que pretenda ter como réus em sua demanda. Desde que configurada alguma das hipóteses de admissibilidade estabelecidas no art. 113 do Código de Processo Civil, a facultatividade do litisconsórcio é uma inerência da liberdade de agir e da amplitude da garantia constitucional do direito de ação. Só se exige a formação do litisconsórcio, ou seja, este só é *necessário*, quando presente alguma das situações que, por opção do legislador, imponham a reunião de dois ou mais sujeitos em um dos polos da relação processual. A necessidade do litisconsórcio é extraordinária no sistema do direito processual e a facultatividade, ordinária.

Por isso é que os estudos sobre o litisconsórcio se detêm alongadamente em considerações sobre o litisconsórcio necessário, pouco lhes restando a dizer sobre o facultativo. Chega-se à facultatividade por exclusão.

Lembradas as razões de *economia processual e harmonia entre julgados*, que são os fatores de legitimação do próprio instituto do litisconsórcio (*supra*, n. 652), percebe-se que cada uma delas exerce influência preponderante em uma dessas figuras li-

tisconsorciais. O *necessário* assim é muito mais pelo empenho em evitar decisões divergentes do que por razões econômicas; o *facultativo* tem mais apoio na economia dos juízos. Dois sujeitos que se litisconsorciam como autores porque querem ou um que demanda dois outros em litisconsórcio passivo afastam, sim, os riscos de uma possível divergência de julgamentos mas estarão acima de tudo evitando em proveito próprio a multiplicação de processos e das esperas pela decisão final. A preponderância de uma dessas razões sobre a outra, conforme o caso, revela-se no poder que o juiz tem de determinar a formação do litisconsórcio, quando necessário (razões de ordem pública), não o tendo quando facultativo, que se rege pelo interesse da parte em sua formação.

Diz-se, diante disso, que há *dois tipos extremos de litisconsórcio* (Chiovenda). Em uma ponta está o necessário, que, como tal, é absolutamente indispensável e portanto o juiz não deverá julgar o mérito se ele não estiver formado. Noutra o chamado *litisconsórcio impróprio* (extremamente facultativo), que se dá quando fundado em mera *afinidade entre questões de fato ou de direito* (CPC, art. 113, inc. III): esta é a mais tênue entre todas as possíveis relações entre duas causas (*supra*, n. 655) e, por isso, eventual divergência entre julgados, nessa situação, não é tão comprometedora para o sistema.

Uma característica importante do litisconsórcio facultativo fundado na mera afinidade de questões (art. 113, inc. III) é sua insuficiência a influir sobre a *competência territorial*. Como essa mera afinidade é menos que conexão (uma *conexidade degradada* – *supra*, n. 539) e por isso não chega a determinar a prorrogação da competência, ela também não conduz à aplicação da regra de que em caso de litisconsórcio passivo o autor escolherá livremente entre o foro do domicílio de cada um dos réus (foros eletivamente concorrentes – CPC, art. 46, § 4º). A consequência é que, tendo os possíveis réus domicílios em foros diversos, será *inadmissível* o litisconsórcio por mera afinidade de questões.

Será também inadmissível sempre que diferentes as competências territoriais, mesmo fora dos casos em que a competência é determinada pelo domicílio. Tratando-se de demandas a serem propostas no lugar do cumprimento (*forum destinatae solutionis* –

CPC, art. 53, inc. III, letra *d*) o litisconsórcio só se admite se houver conexão entre as causas – mas por mera afinidade não.

A facultatividade do litisconsórcio é *unilateral*: só ao autor, ou autores, cabe decidir entre a instauração do processo litisconsorcial e a propositura de demandas isoladas. No passado tinha o réu, ou réus, o poder de recusar o litisconsórcio, com fundamento em sua vontade e nada mais, quando se tratasse do *litisconsórcio impróprio*.<sup>27</sup> Hoje as recusas só são eficazes quando fundadas na inadmissibilidade do litisconsórcio ou na própria ilegitimidade *ad causam* de um dos litisconsortes. É sempre o juiz quem decide a esse respeito, eventualmente a pedido do réu e sempre mediante *decisão interlocutória* motivada e sujeita a recurso de agravo de instrumento (CPC, art. 1.015, inc. VII).

#### 676. *litisconsórcio alternativo ou eventual*

Há situações em que o autor, estando em dúvida razoável sobre a identificação do sujeito legitimado passivamente, tem a faculdade de incluir dois ou mais como réus em sua demanda, com o pedido de que a sentença se enderece a um ou outro conforme venha a resultar da instrução do processo e da convicção do juiz.<sup>28</sup>

Vem da doutrina italiana uma sugestiva e colorida figuração de hipótese em que pode ocorrer o litisconsórcio alternativo: “Rosso chiede che sia emanato un provvedimento giurisdizionale nei confronti di Verde o d’Azzurro, manifestando così un’incertezza intorno alla persona del rapporto controverso; che molte volte è incertezza anche oggettiva, dipendente da non chiari, ingarbugliati eventi o comportamenti, e magari imputabile al modo d’agire degli stessi convenuti; p.es., non si sa se Verde abbia negoziato come rappresentante d’Azzurro, obbligandolo, o in proprio, vinculando se stesso” (Enrico Allorio).<sup>29</sup>

27. Ou, inversamente, *litisconsórcio propriamente facultativo* (José Frederico Marques). Assim seria o litisconsórcio fundado em mera afinidade de questões, porque ele tanto seria facultativo para o autor quanto para o réu.

28. Sendo o outro, conseqüentemente, declarado parte ilegítima para figurar no polo passivo da relação processual.

29. “O Vermelho pede que seja emitido um provimento jurisdicional em face do Verde ou do Azul, manifestando assim uma incerteza quanto ao titular da

O litisconsórcio alternativo resolve-se rigorosamente em um *cúmulo alternativo de demandas*, expressamente admitido pela lei brasileira (CPC, art. 325 – *supra*, n. 552). Aqui as partes são plúrimas, mas, além da estreita *analogia* entre as situações<sup>30</sup> e plena *coerência com o sistema* do Código de Processo Civil, a admissibilidade do litisconsórcio alternativo é acima de tudo franqueada pela *liberdade de demandar*, que a Constituição Federal e o Código de Processo Civil asseguram amplamente mediante a garantia do direito de ação (Const., art. 5º, inc. XXXV – CPC, art. 3º). Falta somente a familiarização dos operadores processuais brasileiros com esse instituto.

Expressamente, o Código de Processo Civil admite o *cúmulo alternativo* no caso específico da *ação de consignação em pagamento por dívida quanto à titularidade do crédito* (art. 547).

O litisconsórcio alternativo assume a condição de *eventual* quando o autor não se limita a expressar *dúvida* quanto à parte legitimada passivamente e pedir a condenação de uma delas, indiferentemente: se ele manifestar *preferência* por um dos réus, para que o outro só seja condenado se o primeiro não o for, aplica-se a regra do art. 326 do Código de Processo Civil, e quanto ao segundo o pedido do autor será eventual (“pedido em ordem subsidiária” – *supra*, n. 553). *Litisconsórcio alternativo eventual*, portanto.

#### 677. *o processo litisconsorcial*

São inúmeras as peculiaridades do processo litisconsorcial em confronto com aqueles que se desenvolvem entre apenas dois litigantes (um autor, um réu). Da pluralidade de partes decorrem

relação controvertida; incerteza que muitas vezes é até objetiva, decorrente de comportamentos não claros e entrelaçados, e talvez imputável ao modo de agir dos próprios réus – p.ex., não se sabe se o Verde negociou como representante do Azul, vinculando-o, ou em nome próprio, vinculando-se a si mesmo.”

30. Todo *cúmulo alternativo de demandas*, quer objetivo ou subjetivo, ocorre sempre que *várias demandas sejam propostas para que somente uma seja acoelhida* (Chiovenda).

significativas alterações no tocante à posição dos sujeitos processuais (influências sobre suas situações jurídicas ativas ou passivas), especialmente no tocante a competência, prova, prazos, revelia, valor da causa, suspeição ou impedimento do juiz, recursos, desistência da ação *etc.* O processo litisconsorcial é peculiar, na medida em que o é a própria pluralidade de partes em relação ao esquema subjetivo mínimo da relação jurídica processual (*supra*, nn. 620-621).

No tocante à *competência*, notadamente à territorial, existe a regra específica do art. 46, § 4º, do Código de Processo Civil, segundo a qual, “havendo dois ou mais réus, com diferentes domicílios, serão demandados no foro de qualquer deles, à escolha do autor”. Trata-se de um *concurso eletivo de foros*, que, nos termos em que está formulado pela lei, só se impõe nas causas não sujeitas a qualquer foro especial (*supra*, n. 304); também não se aplica quando o litisconsórcio não for fundado em *verdadeira* conexão, mas em mera *afinidade de questões*, que é uma *conexidade degradada*. Embora nada diga a lei de modo expresso, em caso de dois foros especiais diferentes entre si a propositura da demanda em litisconsórcio fundado na conexão *prorroga a competência* de um deles.

A *revelia* de um dos réus em processo litisconsorcial só induz o *efeito da revelia* estabelecido no art. 344 do Código de Processo Civil quando nenhum deles apresentar resposta alguma (todos serão revéis) ou sempre que a resposta oferecida não contenha fundamentos úteis ao que não respondeu (art. 345, inc. I). Essa utilidade existe *sempre* no litisconsórcio passivo unitário e *pode* ocorrer também quando ele for *comum* (não unitário – *supra*, n. 664).

É o caso do *fiador* que contesta alegando que a dívida principal jamais se consumou (p.ex., empréstimo feito com cheque sem fundos) ou que já foi paga: esses fundamentos, quando aceitos pelo juiz, serão suficientes para excluir a obrigação do fiador (acessória) e também a do afiançado (principal). O mesmo não ocorreria se o fiador se limitasse a impugnar a validade da *própria fiança*, sem nada dizer sobre a obrigação principal (p.ex., falta de outorga

uxória – CC, art. 647, inc. III). A defesa será também útil a todos quando um dos réus (dono do veículo) nega a culpa do outro (seu preposto) e este, réu também, deixa de contestar; *etc.*

O *valor da causa* em processos litisconsorciais terá peculiaridades sempre que o litisconsórcio implicar também um *cúmulo objetivo* de demandas (art. 292, incs. VI-VII). Isso nunca sucede quando o litisconsórcio é unitário, porque ali o objeto é único, e para o fim de valoração econômica do litígio nada importa a quantidade de litigantes. Sendo *comum* o litisconsórcio, variam as hipóteses.

Se peço a condenação do fiador e do afiançado, o crédito é no entanto sempre um só e por isso o valor da causa é somente o deste (art. 292, inc. I). Mas se vários funcionários públicos se agrupam para cobrar vencimentos atrasados o *cúmulo objetivo* ali existente conduz a somar o valor de todas as pretensões (art. 292, inc. VI).

A *disciplina da prova* passa por algumas adaptações em caso de litisconsórcio, mas não são muitas. Não fica alterado em caso de litisconsórcio unitário o *número máximo de testemunhas* que cada parte tem o direito de fazer inquirir (três para cada fato, dez ao todo – CPC, art. 357, § 6º); sendo *comum* o litisconsórcio, em princípio o máximo de três para cada fato de interesse comum é mantido, sem acréscimos ou multiplicações – especialmente quando todos estiverem representados pelo mesmo advogado.<sup>31</sup> A escolha do *assistente técnico*, quando não feita por consenso entre os litisconsortes, em princípio sê-lo-á por *sorteio*; mas quando forem conflitantes as defesas daqueles cada um terá direito ao que indicar, porque o assistente técnico deve ser sempre da confiança da parte (art. 466, § 1º). Cada um dos litisconsortes terá direito a formular seus *quesitos*; se houver coincidências ou superposições, ao perito e ao assistente técnico será lícito dar respostas englobadas. No campo da *disciplina geral da prova* pouco

31. Em caso contrário é razoável aceitar que cada litisconsorte utilize todo o limite legal, restando sempre ao juiz o poder de dispensar as testemunhas excedentes a partir do momento em que se sinta suficientemente esclarecido (art. 357, §§ 6º-7º).

se altera por força do litisconsórcio. O *onus probandi* é o mesmo para todos os litisconsortes em caso de litisconsórcio unitário; se o litisconsórcio for comum todos terão o ônus de provar as alegações de interesse geral e cada um deles as que dizem respeito somente à sua própria situação. O *resultado da prova* será um só na convicção do juiz, não importando qual dos litisconsortes ou mesmo qual das partes<sup>32</sup> haja trazido os elementos probatórios (tal é a regra da *aquisição da prova*).

A escolha consensual do perito pelas partes na hipótese considerada pelo art. 471 do Código de Processo Civil só será factível quando houver concordância total entre todas elas, a saber: a) concordância entre autor e réu ou (b) concordância entre todos os litisconsortes.

Os *prazos* duplicam-se em favor dos litisconsortes mas somente quando representados por defensores distintos, “de escritórios de advocacia distintos” (art. 229) – e esse benefício não vai além da *duplicação*, por mais numerosos que sejam os litisconsortes e ainda quando cada dos vários ou muitos deles seja defendido por um advogado ou por um escritório distinto (*infra*, n. 829).

Por disposição expressa do art. 229, § 2º, do Código de Processo Civil, “não se aplica o disposto no *caput* aos processos em autos eletrônicos” – porque nessa hipótese inexistente a dificuldade de consulta dos autos pelo advogado de uma das partes enquanto eles estejam em poder do outro. Ambos podem consultá-los simultaneamente.

Qualquer que seja a natureza do litisconsórcio, a *suspeição* ou o *impedimento* do juiz em relação a um dos colitigantes é suficiente para legitimar sua abstenção e conferir a este o poder de recusá-lo (arts. 144-145). Há casos em que a suspeita de imparcialidade do juiz não se liga a razões referentes a um dos litisconsortes, mas à causa como um todo (ele tem interesse pessoal pela tese contrária aos litisconsortes) ou ao adversário destes (parente próximo, amigo íntimo); mesmo porém que a razão da suspeição ou impe-

32. Incluído o adversário dos litisconsortes.

dimento seja restrita a um dos litisconsortes (seu inimigo capital) dispensa-se o consenso dos demais na recusa porque nenhuma parte tem direito a determinado juiz, mas cada uma delas tem o de ser julgada por um juiz imparcial (*supra*, n. 589).

A *desistência da ação* por um dos litisconsortes ativos ou pelo autor único em relação a um dos litisconsortes passivos é regida por uma série de soluções, que variam segundo as diferentes hipóteses (*supra*, n. 662).

A *desistência dos recursos* independe de anuência dos litisconsortes, como está expresso no art. 998 do Código de Processo Civil. Essa disposição tanto abrange os casos de litisconsórcio comum, em que o recurso aproveita exclusivamente àquele que o interpõe, como no unitário, onde o recurso de cada um beneficia sempre a todos (art. 1.005). Quanto à *renúncia à faculdade de recorrer*, a lei somente diz que independe de anuência da *outra parte* (art. 999),<sup>33</sup> mas independe também do consenso *dos litisconsortes*, porque o resultado prático final é o mesmo da desistência do recurso já interposto (preclusão do direito ao novo julgamento pelo tribunal).

33. *Desistência de recurso*: revogação do recurso já interposto. *Renúncia*: extinção da faculdade de recorrer, antes de haver recorrido.