

## TRÊS VELHOS PROBLEMAS DO PROCESSO LITISCONSORCIAL À LUZ DO CPC/2015

Tre vecchi problemi del processo litisconsortile nel cpc del 2015  
Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 2/2018 | p. 487 - 507 | |  
Revista de Processo | vol. 256/2016 | p. 65 - 86 | Jun / 2016  
DTR\2016\19765

### Heitor Vitor Mendonça Sica

Professor Doutor de Direito Processual Civil na USP. Advogado. heitorsica@usp.br

**Área do Direito:** Civil; Processual

**Resumo:** O presente texto propõe-se a analisar três tradicionais questões concernentes ao processo litisconsorcial, quais sejam: (a) as consequências da admissão do litisconsórcio facultativo unitário; (b) o tratamento a ser dado na hipótese de litisconsórcio necessário no polo ativo; e (c) a validade e eficácia da sentença proferida em processo sem citação de todos os litisconsortes necessários.

**Palavras-chave:** Litisconsórcio unitário - Litisconsórcio necessário - Limites subjetivos da coisa julgada.

**Riassunto:** Il testo si propone ad analizzare tre tradizionali questioni rispetto al processo litisconsortile, cioè: (a) le conseguenze della ammissione del litisconsorzio facultativo unitario; (b) il regime del litisconsorzio necessario attivo; (c) la validità e efficacia della sentenza nel processo senza la citazione di tutti e litisconsorti necessari

**Parole chiave:** Litisconsorzio unitario - Litisconsorzio necessario - Limiti soggettivi del giudicato.

**Revista de Processo • RePro 256/65-86 • Jun./2016**

1

### Sumário:

1 Três velhas questões acerca do litisconsórcio - 2 Litisconsórcio facultativo unitário ativo - 3 Litisconsórcio ativo necessário - 4 Existência, validade e eficácia da sentença proferida sem a participação de litisconsorte necessário - 5 Referências bibliográficas

### 1 Três velhas questões acerca do litisconsórcio

O processo litisconsorcial sempre desafiou a argúcia dos estudiosos e suscitou questões que continuam a receber resposta adequada, mesmo considerando os esforços empreendidos pela doutrina há mais de um século, o labor empreendido pelos tribunais pátrios e, interessa-nos particularmente, o empenho do legislador brasileiro, que formulou soluções distintas nos três Códigos de Processo Civil nacionais (1939, 1973 e 2015). Em um momento de transição para o novo *códex*, convém retomar algumas dessas reflexões.

O CPC/1939 (LGL\1939\3), embora tenha implementado avanços em relação à legislação anteriormente vigente, acolhia uma definição simplória e atécnica para o fenômeno do litisconsórcio, sem diferenciar de maneira muito clara suas diferentes hipóteses.<sup>2</sup>

O diploma que o sucedeu, em 1973, implementou avanços, ao tratar do litisconsórcio facultativo em seu art. 46 e do necessário em seu art. 47. O primeiro dispositivo se mostra mais bem redigido que o segundo que, a propósito de tratar do litisconsórcio necessário, em realidade descreveu o fenômeno do litisconsórcio unitário que, para a maioria da doutrina nacional, com ele não se confunde. Contudo, essa imprecisão não chegou a causar grande embaraço, já que a interpretação dada pela doutrina majoritária foi guiada pela clássica obra de Barbosa Moreira publicada antes mesmo da promulgação do CPC/1973 (LGL\1973\5), na obra *Litisconsórcio unitário* (de 1972).<sup>3</sup>

A ideia primordial que se construiu e se assentou na parcela dominante da doutrina pátria, cuja referência a essa altura qualquer sabor de novidade, é a de que o litisconsórcio pode ser facultativo ou necessário quanto à sua formação; bem como poderia ser classificado entre simples ou unitário, a depender de como o juiz pode decidir em processo litisconsorcial.

Essas duas classificações se cruzam, de modo que haveria litisconsórcio facultativo simples, necessário simples, facultativo unitário e necessário unitário.

Seguindo-se essa linha, pode-se dizer também dominante na processualística brasileira o entendimento segundo o qual na maioria dos casos, o litisconsórcio facultativo é simples, ao passo que o necessário é unitário, ao passo que é possível (embora muito excepcional) que o litisconsórcio necessário seja simples,<sup>4</sup> de tal modo que o juiz deveria exigir do autor a formação do litisconsórcio, mas não estaria obrigado a "decidir a lide de modo uniforme para todas as partes".

Embora haja vozes em sentido contrário, também se pode considerar majoritário o entendimento de que existe litisconsórcio unitário facultativo, sempre que o direito material outorgue legitimidade a apenas um dos partícipes da relação jurídica incindível para postular em juízo, sozinho, relativamente a tutela jurisdicional quanto ao direito que indivisamente lhe pertence e a outros sujeitos.<sup>5</sup>

Contudo, a despeito de todo o esforço doutrinário e pretoriano para suprir as deficiências do texto legal, três clássicos problemas atinentes ao litisconsórcio continuam a ensejar polêmicas e carecer de soluções satisfatórias:

No caso de litisconsórcio unitário facultativo ativo, como se desenha a eficácia da sentença e a imutabilidade da coisa julgada em relação a colegitimados que não foram integrados ao processo?

Existe litisconsórcio ativo necessário e, se existir, como deve proceder o juiz ao constatar que não foi formado?<sup>6</sup>

Como se desenha a validade e eficácia da sentença proferida em processo desprovido da integração de litisconsorte necessário?

Dos três problemas acima enunciados, o CPC/2015 (LGL\2015\1656) procurou enfrentar apenas o terceiro, ao prever consequências da omissão de integração de litisconsórcio necessário sobre a validade e eficácia da sentença após o seu trânsito em julgado, a depender do regime litisconsorcial decisório, isto é, se o litisconsórcio é unitário ou simples.<sup>7</sup>

Embora tenha deixado descobertos os dois primeiros problemas acima detectados, o CPC/2015 (LGL\2015\1656) trouxe consigo duas alterações do regime do litisconsórcio que são dignas de menção, quais sejam, a alteração das definições de litisconsórcio unitário e necessário<sup>8</sup> e a alteração da consequência decorrente da constatação da omissão de litisconsorte passivo necessário no curso do processo.<sup>9</sup>

Assim, persiste a necessidade de investigar quais seriam as formas de resolver os dois primeiros problemas acima enunciados à luz da omissão do CPC de 2015 e de rever criticamente se a solução acolhida pelo diploma para o terceiro problema mostra-se ou não adequada.

## **2 Litisconsórcio facultativo unitário ativo**

A primeira dúvida à qual me propus a responder é a seguinte: em caso de litisconsórcio facultativo unitário ativo, como se desenha a eficácia da sentença e a imutabilidade da coisa julgada em relação a colegitimados que não foram integrados ao processo?

Várias foram as soluções propostas pela doutrina ao longo do tempo para essa questão.

A primeira delas simplesmente nega a existência de litisconsórcio unitário facultativo.<sup>10</sup> Para tanto, com fundamentos em regras constitucionais, argumenta-se que não se poderia estender a coisa julgada formada sobre sentença desfavorável ao colegitimado que não participou do contraditório, e tampouco se poderia simplesmente negar a formação de coisa julgada para o colegitimado que não veio a juízo, pois isso representaria obrigar o adversário a se defender seguidas vezes em subsequentes processos quanto à mesma pretensão deduzida cada vez por um diferente colegitimado, violando-se a paridade de armas. Segundo esse entendimento, todo litisconsórcio unitário seria também necessário,<sup>11</sup> impondo-se ao juiz ordenar ao autor a integração dos demais colegitimados sob pena de, não o fazendo, haver extinção do processo sem exame de mérito. Se, por outro lado, o autor atender à ordem, haveria a integração de todos os partícipes da relação de direito material ao contraditório, excluindo-se qualquer dificuldade no tocante aos limites subjetivos da eficácia da sentença e da imutabilidade da coisa julgada.

De início, desponta evidente que essa solução esvazia completamente a utilidade das diversas regras de direito material que enunciam legitimidade isolada para cada sujeito da relação incindível buscar tutela jurisdicional, que é, a meu ver, a ampliação e facilitação do acesso à justiça. O inconveniente desponta manifesto nos casos em que houver um número elevado de colegitimados como sói ocorrer, por exemplo, em ações de anulação de deliberação assemblear. Integrar ao processo todos os acionistas poderia dificultar ou até mesmo inviabilizar o acesso à justiça daquele(s) que se dispôs(dispuseram) a mover demanda. Tratando-se de uma companhia de capital aberto, o problema ainda poderia ser resolvido no âmbito da tutela coletiva ou, mesmo no âmbito de um processo individual, por meio de uma citação editalícia de todos os acionistas, que não poderiam ser identificados (art. 256, I, do CPC de 2015). Mas numa companhia fechada essas soluções não se aplicariam, o que

poderia conspirar contra o direito fundamental de acesso à justiça de maneira irremediável, a depender do caso.

A segunda solução aventada pela doutrina brasileira parte da premissa de que efetivamente existe o litisconsórcio facultativo unitário ativo. Contudo, a despeito disso, se proporia como obrigatório que o juiz convocasse todos os demais colegitimados a integrar o contraditório em processo movido por apenas um ou alguns deles.

Trata-se da solução propugnada pelo art. 116, § 2.º, do texto do projeto de novo CPC (LGL\2015\1656) aprovado pela Câmara dos Deputados ("O juiz deve determinar a convocação de possível litisconsorte unitário ativo para, querendo, integrar o processo"). Como esse dispositivo restou rejeitado pelo Senado e, portanto, não figura do texto final sancionado pela presidência da República, poder-se-ia cogitar, quando muito, de uma solução de *lege ferenda*. Analisada tal proposição sob esse ângulo, há aspectos criticáveis.

De fato, embora ela parta de premissa teórica diferente da hipótese teórica anterior, esta solução tem basicamente o mesmo objetivo, isto é, integrar ao processo todos os sujeitos da relação jurídica de direito material, de modo a eliminar problemas no tocante a limites subjetivos da eficácia da sentença e da imutabilidade da coisa julgada.

Nesse passo, além de padecer dos mesmos problemas da solução anterior, acima destacados, criaria um anacronismo. Imaginando-se que o dispositivo houvesse sido preservado na versão final do CPC/2015 (LGL\2015\1656), despontaria evidente o tratamento distinto entre o litisconsórcio unitário ativo (que poderia ser facultativo) e o litisconsórcio unitário passivo (que seria sempre necessário). No primeiro caso, o juiz *deveria* integrar *ex officio* o colegitimado que não figurou na peça inicial (art. 116, § 2.º, do texto do novo CPC (LGL\2015\1656) aprovado pela Câmara Federal, em 2014), ao passo que no segundo, o juiz deveria determinar que o autor integrasse o sujeito omitido na peça inicial sob pena de, não o fazendo, extinguir o processo sem exame de mérito (art. 116, § 1.º, da mesma versão do projeto, equivalente ao art. 115, parágrafo único, da versão promulgada do CPC/2015 (LGL\2015\1656)). Não há uma explicação plausível para essa diferença de tratamento entre as duas soluções,<sup>12</sup> mormente porque ela parte do (errado) pressuposto que é possível determinar, de antemão, se um determinado sujeito da relação jurídica de direito material pertence ao polo passivo (hipótese em que o litisconsórcio é necessário) ou ao polo ativo (caso em que se aplicaria a intervenção *ex officio* determinada com base no art. 116, § 2.º, da versão do projeto de novo CPC (LGL\2015\1656) aprovado na Câmara Federal).

Esse problema despontaria ainda mais grave em um conflito plurilateral, como aqueles ocorridos no seio de uma sociedade empresária ou durante um concurso público, nos quais é inviável identificar quais dos demais sujeitos são *cointeressados* ou *contrainteressados*<sup>13</sup> em relação ao sujeito que veio a juízo.<sup>14</sup> E mesmo os sujeitos que ocupam o mesmo polo das relações jurídicas de direito material bilaterais podem ter interesses conflitantes e se colocarem em trincheiras opostas na relação processual (imagine-se que, um coerdeiro pretende reaver bem deixado em herança de um terceiro, mas outro coerdeiro entende que o terceiro é seu legítimo titular).<sup>15</sup> Para arrematar, há que se considerar que o sujeito que foi integrado ao processo como "possível litisconsorte unitário ativo" pode, inicialmente, prostrar-se contra o pedido do autor, mas, depois, mudar de ideia e alinhar-se a essa posição.<sup>16</sup>

A terceira solução reconhece a existência do litisconsórcio unitário facultativo, e se baseia na proposição de que o colegitimado que veio a juízo seria *substituto processual* dos demais colegitimados que permaneceram inertes. Trata-se de uma solução pragmática, cujo objetivo primordial é permitir a extensão da coisa julgada aos colegitimados que não integraram o contraditório mesmo sem integrá-los ao contraditório, partindo do pressuposto de que o substituído processual é, sempre, atingido pela coisa julgada produzida no processo ajuizado pelo substituto.<sup>17</sup>

Contudo, embora haja autorizados pronunciamentos doutrinários nesse sentido,<sup>18</sup> bem como precedentes nos tribunais,<sup>19</sup> essa solução esbarra em diversos óbices. Primeiramente, a substituição processual caracteriza-se pela defesa de direito *alheio* em nome próprio (na linha do que dispõe o art. 18, *caput*, do CPC de 2015); nos presentes casos, o colegitimado defende, sozinho, direito indivisível que lhe pertence e também pertence a outros sujeitos. Em segundo lugar, seria necessária disposição legal expressa a autorizar tal situação (mercê do mesmo art. 18), a qual inexistente na espécie.<sup>20</sup>

Não bastasse, as hipóteses de substituição processual normalmente se justificam pela hipossuficiência do substituído<sup>21</sup> ou por sua omissão, como legitimado ordinário, em tutelar posição jurídica da qual é dependente o substituto.<sup>22</sup> A colegitimidade para defesa de direito indivisível não caracteriza nenhuma dessas situações.

A tudo isso acresça-se que, mais recentemente, a doutrina tem posto em dúvida o entendimento longamente assentado de que a coisa julgada se aplica sempre e em qualquer caso ao substituto processual.<sup>23</sup>

Por fim, há que se reconhecer novamente aqui que os colegitimados não estarão, sempre, alinhados e concordes em torno de qual situação pretendem defender em juízo, de tal modo que seria no mínimo estranho propor que um substituto processual atue para obter tutela jurisdicional contrária ao interesse do substituído. Nesse caso, não se trataria de *defender* direito alheio em nome próprio, mas sim de apenas *atacar* direito alheio e para isso não se dispensaria o respeito ao contraditório. Como se observou acima, essa situação se reconhece facilmente se tratando de relações jurídicas plurilaterais - como nos já referidos litígios entre quotistas ou acionistas de uma sociedade empresária ou entre os candidatos a um concurso público - nas quais é inviável identificar de antemão quais dos demais sujeitos são cointeressados ou concontrainteressados em relação ao sujeito que veio a juízo. E como acima se destacou, é plenamente possível a existência de antagonismo entre ocupantes do mesmo polo da relação jurídica de direito material bilateral.

A quarta solução se baseia na simples afirmação de que a coisa julgada se estenderia aos demais colegitimados que não vieram a juízo (e que, portanto, são tecnicamente terceiros).<sup>24</sup> Ou seja, chega-se aqui ao mesmo resultado da proposição anterior, mesmo sem recorrer ao "artifício" da substituição processual para justificar que terceiros ficassem vinculados à coisa julgada. Contudo, a solução esbarra nas garantias constitucionais do processo e no texto expresso do art. 506 do CPC/2015 (LGL\2015\1656), segundo o qual a coisa julgada não poderia *prejudicar* terceiros. Isso basta para que essa proposição seja descartada, ao menos com base no que consta de ordenamento processual pátrio.

Em realidade, trata-se de problema extremamente complexo, não se podendo conceber uma solução única, perfeita e acabada para todos os casos.

Sem pretensão de esgotar o tema, seguem aqui algumas sugestões que visam equilibrar as garantias processuais em jogo:

primeiramente, há que se reconhecer o acerto de Liebman,<sup>25</sup> ao reconhecer que parte dos problemas se resolveria com base na distinção entre eficácia da sentença e imutabilidade da coisa julgada. Quando qualquer dos colegitimados litigar sozinho e sagrar-se vencedor, a eficácia da sentença poderá reverter benefício aos demais colegitimados cointeressados que não integraram o processo e que não precisarão socorrer-se do Poder Judiciário para obter os mesmos efeitos práticos decorrentes da decisão quanto à relação jurídica incindível (ante a evidente falta de interesse processual).<sup>26</sup> Tal fenômeno decorre da eficácia natural da sentença, e não da imutabilidade da coisa julgada. Soluciona-se, assim, a questão dos colegitimados cointeressados, restando pendente a solução quanto aos colegitimados concontrainteressados;

os novos limites subjetivos da coisa julgada fixados pelo CPC de 2015 - cujo art. 506 dispõe que a coisa julgada pode *beneficiar* terceiros<sup>27</sup> - reforçarão o acerto da solução de Liebman nas hipóteses em que há, de um lado, apenas um litigante e, no polo contrário da relação material e processual, uma pluralidade de colegitimados cointeressados. Se o litigante individual sai vencido em um processo contra apenas um colegitimado e a decisão transitada em julgado, via de regra uma nova demanda movida contra outro legitimado ficará impedida pela coisa julgada.<sup>28</sup>Essa disposição, contudo, não impede que um colegitimado pretenda, em ulterior demanda, a mesma tutela jurisdicional que foi negada a outro colegitimado em face do mesmo sujeito. Se assim fosse, a coisa julgada prejudicaria terceiros, e não beneficiaria;

em situações com pluralidade indeterminável de sujeitos - como, por exemplo, a anulação de deliberação assemblear de uma companhia de capital aberto - os conflitos hão de ser melhor tratados no âmbito da tutela coletiva. Contudo, considerando-se que a propositura de ação coletiva não impede ações individuais (art. 104 do CDC (LGL\1990\40)), é de rigor resolver os problemas atinentes ao litisconsórcio facultativo unitário no âmbito da tutela individual. Para tanto, conforme acima destacado, mostra-se cabível a citação por edital de todos os colegitimados impossíveis de serem identificados, por força do art. 256, I, do CPC/2015 (LGL\2015\1656). O problema persiste, então, quando os colegitimados são, sim, identificáveis, o que afastaria a citação editalícia;

se o demandante pretender inserir todos os partícipes da relação jurídica material na relação processual não haverá impedimento, em face da amplitude do art. 113 do CPC/2015 (LGL\2015\1656). E não haveria que se cogitar o desmembramento de que trata o art. 113, § 1.º, pois a técnica só poderia ser validamente aplicada se tratando de pluralidade de pedidos formulados por ou contra pluralidade de partes, não se aplicando quando se trata de um único pedido formulado por ou contra pluralidade de sujeitos;<sup>29</sup>

quando o demandante não pretender inserir os demais colegitimados, parece realmente uma solução adequada permitir que o juiz a determine (intervenção *iussu iudicis*, tal como se achava previsto no art.

116, § 2.º, do texto do novo CPC/2015 (LGL\2015\1656) aprovado pela Câmara dos Deputados, mas rejeitado pelo Senado Federal). Contudo, não nos parece adequado estabelecer como obrigatória a intervenção, convindo que o juiz analise a *oportunidade*, na linha do que dispõe o art. 107 do CPC italiano,<sup>30</sup> a fim de não frustrar o direito individual a uma tutela jurisdicional efetiva, adequada e, sobretudo, em prazo razoável. Tratar-se-ia de modalidade de intervenção *provocada* e *por inserção*, que apresentaria enormes vantagens em relação às modalidades de intervenção *espontâneas* (que não são precedidas de um ato formal e solene de comunicação processual, sem o que o contraditório não se desenha plenamente) e *provocadas pelas partes* (que são limitadas e, mesmo que fossem alargadas, podem esbarrar em eventual desinteresse por parte dos litigantes originais em manejá-las).<sup>31</sup> Mas essa solução só pode ser cogitada de *lege ferenda*;

a oportunidade do cabimento da integração de todos os copartícipes da relação jurídica de direito material nos casos de litisconsórcio unitário facultativo poderia ser particularmente relevante e adequada se cumpridas duas condições: (a) se o número de colegitimados for exíguo; e (b) se for particularmente difícil identificar se os colegitimados são cointeressados ou concontrainteressados;

de *lege ferenda*, poderia se cogitar da citação editalícia mesmo que seja possível identificar todos os sujeitos da relação jurídica material plurilateral se os atos de comunicação realizados no âmbito do direito material seguem essa forma (como no caso da maioria das sociedades por ações ou dos concursos e licitações públicas), mas essa solução também se apresenta de *lege ferenda*;

ainda de *lege ferenda*, poder-se-ia encontrar aqui um campo fértil para a aplicação dos negócios jurídicos processuais, cuja inovadora cláusula geral atípica vem regulada pelo art. 190 do CPC de 2015. Os instrumentos contratuais e/ou os contratos e estatutos sociais poderiam de antemão prever a desnecessidade de integração ao processo de todos os partícipes da relação jurídica de direito material desde que adequadamente representados por apenas um ou alguns dos colegitimados. Tratar-se-ia, pois, de uma legitimação extraordinária consensual;

i) nos casos em que não houver a integração do litisconsorte facultativo unitário, será inevitável lhe ressaltar a aplicação da coisa julgada sobre sentença desfavorável. O encurtamento dos prazos de prescrição e decadência poderia amenizar (ou eventualmente até eliminar) o risco de segundas demandas movidas por diferentes colegitimados.

### 3 Litisconsórcio ativo necessário

Para enfrentar esse segundo ponto de dúvida, parto do pressuposto, assentado no item anterior, de que há litisconsórcio unitário facultativo sempre que o direito material conferir a apenas um copartícipe de uma relação jurídica incindível a legitimidade isolada para socorrer-se das vias judiciais para defender o direito que lhe pertence e indivisivelmente a outros.

Como consequência, há que se reconhecer que, quando a relação jurídica for incindível e não houver uma regra que imponha legitimidade isolada de cada um dos seus partícipes, o litisconsórcio será, além de unitário, também necessário.

Para facilitar a compreensão, basta pensar no litígio decorrente de um contrato de venda e compra de bem indivisível, celebrado por dois vendedores e dois compradores. À míngua de uma norma que confira legitimidade isolada a um dos compradores ou a um dos vendedores para pedir tutela jurisdicional quanto à existência, validade e eficácia do negócio - como, por exemplo, para os compradores pedirem a anulação por vício de vontade ou os vendedores pedirem a resolução por inadimplemento -, impor-se-ia a formação de litisconsórcio necessário em ambos os polos da relação jurídica processual. No polo passivo, essa operação não ofereceria maiores dificuldades, eis que há norma expressa a respeito (art. 115, parágrafo único, do CPC/2015 (LGL\2015\1656)). Contudo, esse dispositivo nada dispõe sobre a formação do litisconsórcio necessário ativo, havendo até mesmo quem diga que tal fenômeno não poderia ser aceito. Pondera-se, com razão, que o sujeito que quer ir a juízo não pode ser impedido de fazê-lo por outro sujeito ocupante do mesmo polo da relação jurídica de direito material em face da garantia constitucional de inafastabilidade do Poder Judiciário.<sup>32</sup>

Uma possível solução para tanto seria aplicar, por analogia, o disposto nos arts. 73, § 1.º, I, e 74 do CPC/2015 (LGL\2015\1656), segundo os quais cônjuges são litisconsortes necessários para litigar sobre direitos reais imobiliários, mas que a presença de um deles poderia ser suprida por autorização do outro, obtida extrajudicialmente ou suprida por meio de procedimento judicial preparatório exclusivamente dedicado a esse fim. Trata-se de proposição difícil de sustentar, seja porque dependeria de uma interpretação incrivelmente extensiva dos arts. 73, § 1.º, I, e 74 do CPC/2015 (LGL\2015\1656), seja porque não se mostra inteiramente afinada com a garantia de acesso à justiça. Se o sujeito interessado em ir a juízo não obtivesse autorização do outro ocupante do mesmo polo da relação jurídica de direito material, teria que se socorrer de um procedimento judicial preparatório, postergando demasiadamente o início do processo em que se prestará, verdadeiramente, a tutela jurisdicional pretendida.

A segunda solução, calcada na ideia de "despolarização" do processo, é permitir que haja apenas um legitimado no polo ativo da relação jurídica processual e que o(s) outro(s) ocupante(s) do mesmo polo da relação jurídica material seja(m) citado(s) para, querendo, acompanhar(em) o processo, sujeitando-se à imutabilidade da solução que a ele for dada.<sup>33</sup> Trata-se da solução mais adequada à luz da garantia constitucional de acesso à justiça e pode ser extraída a partir de uma interpretação sistemática do art. 115, parágrafo único, do CPC/2015 (LGL\2015\1656),<sup>34</sup> bem como do art. 238 do mesmo diploma.<sup>35</sup>

Aqui também a celebração de um negócio jurídico processual, com fundamento no art. 190 do CPC/2015 (LGL\2015\1656), poderia ensejar a solução mais simples desse problema, se outorgasse legitimidade a apenas um dos ocupantes de um dos polos da relação jurídica de direito material para defender sozinho os interesses dos demais copartícipes (legitimação extraordinária consensual).

#### **4 Existência, validade e eficácia da sentença proferida sem a participação de litisconsorte necessário**

Chega-se, então, ao exame do terceiro e último problema acima delineado.

Trata-se de questão sobre a qual silencia o CPC de 1973, e que é expressamente enfrentada pelo art. 115 do CPC/2015 (LGL\2015\1656) que, nesse particular, ecoa teses já defendidas pela doutrina. O dispositivo dispõe que: "A sentença de mérito, quando proferida sem a integração do contraditório" é nula, se o litisconsórcio for unitário, e relativamente ineficaz, apenas para as partes não citadas, quando se tratasse de litisconsórcio simples.

No tocante à hipótese de omissão de litisconsorte necessário simples, a solução ao final acolhida no texto final do diploma apresenta-se irretocável. Retomando o exemplo aventado no item 1 supra, pense-se que, em ação de usucapião, tenha se deixado de citar um dos confrontantes do imóvel usucapiendo. Se, ao final, a sentença que julgou procedente o pedido e demarcou a área do terreno usucapiendo em prejuízo desse confrontante, bastará que ele vá a juízo e, lançando mão dos remédios adequados, defenda o domínio e a posse de sua gleba.

Contudo, no tocante à omissão da citação de litisconsorte necessário unitário, é preciso examinar com maior atenção o novo regramento legal.

Para correta compreensão desse dispositivo, é mister levar em conta, primeiramente, as conclusões acima alcançadas, isto é: se o litisconsorte necessário omitido se beneficiou da sentença proferida sem sua participação, não se poderia falar de nulidade ou de ineficácia. Nesse passo, o sujeito careceria de interesse processual para pedir a mesma providência (em face da eficácia natural da sentença) e poderia invocar a seu favor a coisa julgada produzida sobre a sentença que lhe beneficiou para impedir nova investida de adversário. Em resumo: só se cogita de nulidade ou ineficácia para o sujeito que se sentiu *prejudicado* pela sentença proferida em processo no qual deveria ter sido integrado como litisconsorte necessário.

Superando esse cômputo, apresenta-se ainda absolutamente necessário examinar em detalhes a dimensão objetiva e subjetiva dessa nulidade.

A primeira constatação é a de que só poderia haver nulidade dos capítulos da sentença conotados pela incidibilidade, se havia pedidos cumulados dirigidos apenas ao sujeito que efetivamente foi citado, a decisão a respeito permanece hígida, bem como a solução acerca da divisão da responsabilidade pelo custo do processo ou a eventual aplicação de sanções por comportamento processual ilícito.

A segunda questão a ser enfrentada concerne ao momento e ao meio pelo qual se pode arguir a nulidade.

A dificuldade que se põe repousa sobre o fato de que as nulidades processuais, via de regra, são sanáveis pela coisa julgada material, sobrevivendo apenas àquelas taxativamente previstas como fundamentos para a ação rescisória<sup>36</sup> e, passado o biênio legal, nem mesmo por essa via poderiam ser reconhecidas.

Justamente por isso é que vários estudiosos propunham a *inexistência jurídica* da sentença proferida sem a citação de litisconsorte necessário unitário.<sup>37</sup> Tratar-se-ia de solução consentânea com o entendimento (largamente disseminado na doutrina e nos tribunais) de que a sentença proferida sem citação de *todos* os réus seria juridicamente inexistente.<sup>38</sup> Os partidários dessa tese não dão importância ao comando dos arts. 214 do CPC/1973 (LGL\1973\5) e 239 do CPC/2015 (LGL\2015\1656), segundo o qual a citação é necessária à "validade do processo", e se apegam aos arts. 475-L, I, e 741, I, do CPC/1973 (LGL\1973\5), equivalentes aos arts. 525, § 1.º, I, e 535, I, do CPC/2015 (LGL\2015\1656), que permitem que o réu que não foi validamente citado, foi declarado revel e saiu vencido possa apontar esse vício processual em sede de impugnação ao cumprimento da sentença), ou seja, independentemente do manejo de ação rescisória.

A prevalecer a tese de inexistência, despontaria necessário reconhecer que sua declaração exigiria excluir do mundo jurídico todo e qualquer efeito produzido pelos atos declarados inexistentes, o que poderia levar a absurdos como se exigir do Estado a restituição de taxas judiciárias pagas pelas partes, a extinção de punibilidade da testemunha que cometeu perjúrio etc.

Assim, o CPC/2015 (LGL\2015\1656) acerta ao estabelecer como consequência a nulidade e não a inexistência da sentença. Contudo, é preciso levar em conta a preocupação dos autores que propuseram a tese da inexistência e afastar a necessidade de o terceiro manejar ação rescisória.

Com efeito, a julgar pela redação do art. 115, poder-se-ia extrair o (errôneo) entendimento de que o regime jurídico para reconhecimento do vício seja o mesmo tanto para o sujeito que participou do contraditório, quanto para o sujeito que foi omitido.

Essa premissa poderia levar a duas diversas situações, ambas absurdas, isto é, (a) permitir que ambos os litisconsortes (o que foi citado e o que não foi) aleguem o vício a qualquer tempo e por qualquer meio; ou (b) exigir que ambos manejem a competente ação rescisória.

Não se justifica autorizar que o sujeito que efetivamente participou do contraditório esteja livre para suscitar a nulidade a qualquer tempo e independentemente das formalidades inerentes à ação rescisória. Restaria irremediavelmente violado o princípio da cooperação. Ademais, as razões que legitimam o terceiro não citado a apontar esse vício não se aplicam igualmente ao sujeito que efetivamente integrou a relação processual.

De outro lado, não se justifica exigir que o sujeito não citado ajuíze ação rescisória, como já se viu reconhecido no STJ, com base na doutrina de Alexandre Freitas Câmara.<sup>39</sup> Despreza-se por completo o direito ao contraditório do sujeito que não participou do processo e estende a ele a coisa julgada independentemente de se saber se lhe trouxe benefício ou prejuízo, ao arrepio da norma expressa do art. 506 do CPC/2015 (LGL\2015\1656).

Parece mais adequado falar que, para o terceiro não citado, há em nulidade grave o suficiente para escapar do "efeito sanatório geral" da coisa julgada material, por disposição expressa dos arts. 525, 522, § 1.º, I e 535, I, do CPC/2015 (LGL\2015\1656)) e que, portanto, excepcionalmente, não precisa ser alegada observando-se os estritos limites da ação rescisória<sup>40</sup> a qual, contudo, ainda assim precisa ser manejada pelo sujeito que participou efetivamente do contraditório.

## 5 Referências bibliográficas

ALESSI, Renato. Osservazione intorno ai limiti soggettivi di efficacia del giudicato amministrativo. *Rivista Trimestrale de Diritto Pubblico*. 1954. p. 51-69.

ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir*. São Paulo: Ed. RT, 1979.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Nulidades do processo e da sentença*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2014.

BAPTISTA, José João. *Processo civil I: parte geral e processo declarativo*. 8. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975. vol. 1.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. vol. 1.

CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse sobre a migração entre polos da demanda. *Revista Forense*. vol. 105. n. 404. p. 3-42. Rio de Janeiro: Forense, jul.-ago. 2009.

COSTA, Salvador da. *Os incidentes da instância*. 4. ed. atual. e ampl. Coimbra: Almedina, 2006.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: Ed. RT, 2006.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. vol. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Coisa julgada *erga omnes, secundum eventum litis e secundum probationem*. *Revista de Processo*. ano 30. vol. 126. p. 9-21. São Paulo: Ed. RT, ago. 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Notas sobre a necessidade do litisconsórcio e a garantia fundamental do contraditório. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Ed. RT, 2006.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada (com aditamentos relativos ao direito brasileiro)*. Trad. Alfredo Buzaid e Benvidino Aires. Trad. dos textos posteriores à edição de 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LOBO DA COSTA, Moacyr. *A intervenção iussu iudicis no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1961.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia. Litisconsórcio necessário ativo: interpretação e alcance do art. 47, parágrafo único, do Código de Processo Civil. *Revista dos Tribunais*. ano 89. vol. 777. p. 41-56. São Paulo: Ed. RT, jul. 2000.

PEREIRA, Guilherme Setoguti J. *Impugnação de deliberações de assembleia das S/A*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Notas críticas ao sistema de pluralidade de partes no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*. ano 36. vol. 200. p. 13-70. São Paulo: Ed. RT, out. 2011.

\_\_\_\_\_. *Preclusão processual civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Ed. RT, 2005.

\_\_\_\_\_. Partes e terceiros no mandado de segurança individual, à luz de sua nova disciplina (Lei 12.016/09). In: ASSIS, Araken de; MOLINARO, Carlos Alberto; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (org.). *Processo coletivo e outros temas processuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 48. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. vol. 1.

1 O presente texto constitui a primeira parte do ensaio elaborado para apresentação no I Congresso Peru-Brasil de Direito Processual Civil, realizado em Lima, Peru, nos dias 25 a 28 de novembro de 2014. Agradeço ao meu brilhante orientando Elie Pierre Eid pela indispensável ajuda na pesquisa.

2 Os principais artigos que cuidavam dos problemas que pretendemos aqui enfrentar são os seguintes: "Art. 88. Admitir-se-á o litisconsórcio, ativo ou passivo, quando fundado na comunhão de interesses, na conexão de causas, ou na afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito. No primeiro caso, não poderão as partes dispensá-lo; no segundo, não poderão recusá-lo, quando requerido por qualquer delas; no terceiro, poderão adotá-lo, quando de acordo". "Art. 90. Quando a relação jurídica litigiosa houver de ser resolvida de modo uniforme para todos os litisconsortes, os revéis, ou os que tiverem perdido algum prazo, serão representados pelos demais. Os litisconsortes revéis poderão intervir nos atos ulteriores, independentemente de nova citação". e "Art. 91. O juiz, quando necessário, ordenará a citação de terceiros, para integrarem a contestação. Se a parte interessada não promover a citação no prazo marcado, o juiz absolverá o réu da instância".

3 Eis a síntese dessa proposição: "O conceito de litisconsórcio unitário não coincide com o de litisconsórcio necessário nem na compreensão, nem na extensão (...) Para tornar coextensivos os conceitos de litisconsórcio unitário e de litisconsórcio necessário, seria preciso: (a) que todo litisconsórcio unitário fosse necessário; isto é, que não houvesse litisconsórcio unitário facultativo; e vice-versa; (b) que todo litisconsórcio necessário fosse unitário, quer dizer: que não existisse litisconsórcio necessário comum. (...) Na realidade, nem uma nem outra proposição é verdadeira" (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972. p. 132-134).

4 O exemplo recorrente é o da ação de usucapião ordinária ou extraordinária, em que se exige a citação do titular do domínio do imóvel usucapiendo titulado, dos confrontantes, da União, do Estado e do Município (arts. 942 e 943 do CPC de 1973), mas o juiz pode acolher ou rejeitar total ou parcialmente as alegações desses réus ao proferir sentença, cujo conteúdo não será uniforme para todos (exemplo dado, dentre outros, por: BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975. vol. 1, p. 282). Embora o CPC de 2015 tenha suprimido esse procedimento especial, a mesma lógica continua aplicável à ação de usucapião agora proposta sob o procedimento comum.

5 São variados os exemplos, bastando invocar três: (a) condômino de um bem indivisível reivindicando de terceiro a coisa comum (conforme autoriza o art. 1.314 do CC); (b) copossuidor de bem indivisível

que demanda terceiro para afastar esbulho ou turbação à posse (art. 1.199 do CC); e (c) coerdeiro para reclamar a herança de terceiro que indevidamente a possui (art. 1.791 do CC).

6 O art. 47, parágrafo único, do CPC/1973 (LGL\1973\5), se limitava a prever o que ocorre se tratando de omissão do litisconsorte necessário passivo, ao dispor que "o juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo". Havia certa perplexidade causada pelo dispositivo ao mandar que o autor promova a citação, mesmo se tratando de ato ordenado pelo juiz (art. 285 do CPC/1973 (LGL\1973\5)) e cumprido por seus auxiliares (art. 221 do CPC/1973 (LGL\1973\5)). A explicação para essa incongruência repousa no fato de o dispositivo ter sido copiado do Código de Processo Civil italiano (art. 102), em cuja sistemática a citação é realizada, como regra, diretamente pelo autor.

7 Trata do tema o art. 115: "A sentença de mérito, quando proferida sem a integração do contraditório, será: I - nula, se a decisão deveria ser uniforme em relação a todos que deveriam ter integrado o processo; II - ineficaz, nos outros casos, apenas para os que não foram citados".

8 Acolhendo antiga e maciça crítica doutrinária, o art. 114 do CPC/2015 (LGL\2015\1656) dispõe o seguinte: "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". Já o art. 116 reza o quanto segue: "O litisconsórcio será unitário quando, pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir o mérito de modo uniforme para todos os litisconsortes".

9 O art. 115, parágrafo único, dispõe que: "Nos casos de litisconsórcio passivo necessário, o juiz determinará ao autor que requeira a citação de todos que devam ser litisconsortes, dentro do prazo que assinar, sob pena de extinção do processo". Logo se vê que foi mantida a pena de extinção do processo caso a citação do litisconsorte não seja "requerida" pelo autor. O dispositivo afina-se, assim, com o entendimento jurisprudencial dominante no sentido de que a "determinação" realizada pelo juiz com fulcro no art. 47, parágrafo único, do CPC/1973 (LGL\1973\5), tem "eficácia contida", isto é, depende da aquiescência do autor. Consagrando esse entendimento, confirmam-se dois julgados do STJ, um antigo, outro recente: "Cabe ao autor eleger com quem pretende litigar em juízo, assumindo os riscos de eventual erro na escolha. Do equívoco poderá resultar que perca a demanda, mas a pretensão haverá de ser decidida tal como formulada. Ainda em caso de litisconsórcio necessário, o juiz determinará que o autor promova a citação. Se não o fizer, extingue-se o processo, mas não será forçado a contender com quem não queira" (REsp 43531/SP, 3.ª T., j. 26.04.1994, rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 23.05.1994 p. 12606); "Se a parte impetrante, devidamente intimada, expressamente desiste da citação de litisconsórcio passivo necessário, compete ao magistrado extinguir o processo sem resolução de mérito". (STJ, RMS 25.081/AM, 5.ª T., j. 03.03.2009, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 30.03.2009). O mesmo entendimento ecoa na doutrina, bastando aqui citar Dinamarco: "Se ao dar a decisão interlocutória a que alude o parágrafo do art. 47, já encontrar nos autos todos os elementos para a citação do litisconsorte necessário (nome, qualificação, endereço), nem assim determinará ele próprio a citação, mandando expedir mandado sem ouvir o autor. A lei talvez pudesse determinar assim, mas não o fez. Se o dispositivo manda que o juiz fixe prazo para o autor 'promover a citação', sob pena de extinção do processo, alguma coisa há de ficar a cargo dele; do contrário, negar-se-ia vigência ao preceito legal. O que se exige do autor, invariavelmente, é a sua anuência à ampliação subjetiva da demanda. Ele pode discordar, não aceitar que o litisconsórcio seja necessário, agravar dessa decisão" (DINAMARCO, Cândido Rangel. Litisconsórcio. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 247).

10 Posição defendida, por exemplo, por: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil comentado artigo por artigo. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 138.

11 Essa solução havia sido expressamente descartada pelo texto do novo CPC (LGL\2015\1656) aprovado pela Câmara Federal em 26.03.2014, cujo art. 114, parágrafo único, dispunha que "o litisconsórcio unitário pode ser necessário ou facultativo". Contudo, esse dispositivo não permaneceu na versão final do diploma.

12 Conviria que o sistema escolhesse, de maneira coerente e sistemática, entre duas alternativas: (a) aceitar que o autor tem o direito de escolher contra (ou com) quem litigar, de tal modo que o juiz não poderia obrigá-lo a aceitar mais um litigante integrado ex officio; ou (b) reconhecer que o autor, uma vez proposta a petição inicial, perde o controle da formação subjetiva do processo. Na primeira hipótese, seria forçoso dar ao autor o poder de se opor ao "chamamento ao processo" e à "denúnciação da lide". No segundo caso, impor-se-ia necessário reformular o procedimento subsequente à constatação de falta de litisconsorte necessário, de modo a eliminar a necessidade de concordância do autor quanto à sua integração ao processo.

13 A propósito, confira-se o clássico texto de: ALESSI, Renato. Osservazione intorno ai limiti soggettivi di efficacia del giudicato amministrativo. Rivista Trimestrale de Diritto Pubblico. 1954. p. 51 e ss.

14 Aliás, é possível que os terceiros sejam cointeressados a uma parcela do pedido e contrainteressados com relação a outra. Pense-se, por exemplo, que o sujeito A, autor de uma demanda, pretenda a anulação de duas questões de um concurso público (questões "x" e "y"). O sujeito B pode ser cointeressado na anulação da questão "x" e contrainteressado quanto à "y"; as posições do sujeito C podem ser exatamente as inversas.

15 A prova de que o sistema admite que sujeitos que ocupam o mesmo polo da relação processual defendam interesses distintos ou até mesmo contrapostos está no art. 1.005 do CPC/2015 (LGL\2015\1656), segundo o qual "[o] recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita, salvo se distintos ou opostos os seus interesses".

16 Está coberto de razão Antônio do Passo Cabral ao reconhecer a "despolarização do processo" da qual decorreria a migração das partes entre os polos (CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse sobre a migração entre polos da demanda. Revista Forense. vol. 105. n. 404. p. 3-42. Rio de Janeiro: Forense, jul.-ago. 2009).

17 Esse entendimento ecoa no STJ, valendo citar à guisa de exemplo o seguinte julgado: "Os efeitos da sentença e a autoridade da coisa julgada, nas hipóteses de substituição processual, estendem-se de forma a atingir o terceiro cujos interesses foram representados em juízo, sobretudo quando o juízo é de procedência" (REsp 983.357/RJ, 3.ª T., j. 03.09.2009, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 17.09.2009).

18 É o entendimento há tempos defendido por: ARMELIN, Donald. Legitimidade para agir. São Paulo: Ed. RT, 1979. p. 119-120; e, mais recentemente, por: DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. vol. 1. p.338.

19 Veja-se, a guisa de exemplo, o seguinte julgado: "I - Os descendentes coerdeiros que, com base no disposto no parágrafo único do art. 1.580, CC, demandam em prol da herança, como na ação em que postulam o reconhecimento da invalidade de venda realizada pelo seu autor com afronta ao art. 1.132, CC, agem como mandatários tácitos dos demais coerdeiros aos quais aproveita o eventual reingresso do bem na universitas rerum, em defesa também dos direitos destes. II - Atuam, destarte, na qualidade de substitutos processuais dos coerdeiros prejudicados que, embora legitimados, não integrem a relação processual como litisconsortes ou assistentes litisconsorciais, impondo-se a estes, substituídos, sujeição a autoritas rei iudicatae" (REsp 44.925/GO, 4.ª T., j. 21.06.1994, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 15.08.1994, p. 20339).

20 Eduardo Talamini completa essa argumentação com outro fundamento interessantíssimo: "Todavia, não há regra que preveja haver substituição processual nos casos acima citados. As normas em questão limitam-se a afirmar que cada um dos cotitulares está legitimado a isoladamente promover a defesa judicial do direito comum. Não preveem que sua atuação em juízo vinculará os demais. Aliás, seria contraditório conferir legitimidade a cada um dos cotitulares e, ao mesmo tempo, impor a todos a coisa julgada formada na ação proposta por um deles. Seria 'dar com uma mão e tirar com a outra'. Na prática, isso equivaleria à legitimidade não estar sendo conferida a cada um, mas apenas ao primeiro que propusesse a ação" (TALAMINI, Eduardo. Partes e terceiros no mandado de segurança individual, à luz de sua nova disciplina (Lei 12.016/09). In: ASSIS, Araken de; MOLINARO, Carlos Alberto; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (org.). Processo coletivo e outros temas processuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 193).

21 Normalmente esse papel é reservado ao Ministério Público, como, v.g., nos seguintes casos: (a) para exigir direito individual indisponível (CF (LGL\1988\3), art. 127); (b) para promover as ações de alimentos e os procedimentos de suspensão e destituição do poder familiar, nomeação e remoção de tutores, curadores e guardiães, bem como oficiar em todos os demais procedimentos da competência da Justiça da Infância e da Juventude (Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 201, III); e (c) ajuizar medidas judiciais em favor do idoso em situação de risco (Lei 10.741/2003, arts. 43 e 74, II e III).

22 Como exemplo, têm-se as seguintes hipóteses: (a) o terceiro interessado que deseja pagar, em nome do devedor, e o credor se recusa a receber, pode promover a consignação judicial do objeto da prestação (CC, art. 304); e (b) qualquer acionista para a ação de responsabilidade contra o administrador ímprobo da sociedade anônima em caso de omissão dessa (Lei 6.404/1976, art. 159, §§ 3.º e 5.º).

23 Talamini propôs recentemente que o substituto seja atingido pela coisa julgada material apenas quando: (a) podia ter ajuizado pessoalmente a demanda e não o fez; e (b) tinha ciência da demanda proposta pelo substituto (TALAMINI, Eduardo. Coisa julgada e sua revisão. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 114-115). Cruz e Tucci concorda com essa posição e, examinando a questão à luz das garantias constitucionais, acrescenta ser recomendável, a seu ver, que as hipóteses de legitimação extraordinária sejam reduzidas pelo legislador (CRUZ E TUCCI, José Rogério. Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 228-230).

24 Aderem a essa tese ninguém menos que: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Op. cit., p. 138 e ss.; além de: GRINOVER, Ada Pellegrini. Coisa julgada erga omnes, secundum eventum litis e secundum probationem. Revista de Processo. ano 30. vol. 126. p. 11-14. São Paulo: Ed. RT, ago. 2005. Mais recentemente, confira-se: PEREIRA, Guilherme Setoguti J. Impugnação de deliberações de assembleia das S/A. São Paulo: Quartier Latin, 2013. esp. p. 304-310.

25 Destacada na clássica obra de: LIEBMAN, Enrico Tullio. Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada (com aditamentos relativos ao direito brasileiro). Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Trad. dos textos posteriores à edição de 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 1984. passim.

26 Naturalmente que essa afirmação é cabível apenas se tratando de uma providência indivisível, pois no que se à providência divisível, não se esvaziaria o interesse processual. José Rogério Cruz e Tucci (Op. cit., p. 124-128) escavou, dos anais da justiça paulista, o caso dos "treze Silva, treze irmãos de vítima fatal de ato ilícito que, divididos em litisconsórcio, ajuizaram sucessivas ações de indenização em face do preponente de motorista que fora condenado na esfera penal". Referido jurista defende a tese de que se há mais de um legitimado a pedir indenização em decorrência do mesmo ato ilícito, o sucesso obtido por um obsta que os demais peçam a mesma providência, sob pena de obrigar o ofensor a pagar mais de uma vez a mesma indenização. Registra o doutrinador a "acentuada tendência doutrinária e jurisprudencial" de não admitir "em tais situações, o ajuizamento de demandas por outros familiares, depois do reconhecimento da procedência do pedido numa ação precedentemente aforada, por exemplo, pelo cônjuge supérstite. Nos julgamentos das Apelações 763.032-6 e 767.229-5, do extinto 1.º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, a matéria foi enfrentada, resumindo-se a controvérsia à viabilidade jurídica do pedido, porque outros parentes da vítima já haviam recebido reparação pecuniária pelo dano moral sofrido. Nos dois aludidos recursos foi negada qualquer indenização aos demandantes, ao argumento de ser impossível a repetição do 'mesmo pedido'. A ré 'não pode ser compelida a repetidamente pagar indenização pelo mesmo fato. Se assim fosse, o dano seria irreparável e não haveria como torná-lo indene". O STJ, contudo, entendeu de modo diverso: "A sistemática do Código de Processo Civil brasileiro não se compadece com a extensão da coisa julgada a terceiros, que não podem suportar as consequências prejudiciais da sentença, consoante princípio com teto no art. 472 da lei processual civil. Assim, anterior ação indenizatória ajuizada pela mãe não gera efeitos aos filhos, que posteriormente venha postular seus direitos" (REsp 268020/SP, 4.ª T., j. 13.11.2001, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 18.02.2002 p. 450).

27 Essa exegese se extrai do dispositivo ao compará-lo com o art. 472 do CPC/1973 (LGL\1973\5). O art. 506 do CPC/2015 (LGL\2015\1656) dispõe que: "A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros". Já o art. 472, 1.ª parte, do CPC/1973 (LGL\1973\5) dispõe que: "A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros".

28 De certa forma, é essa a solução já propugnada pelo art. 274 do CC: "O julgamento contrário a um dos credores solidários não atinge os demais; o julgamento favorável aproveita-lhes, a menos que se funde em exceção pessoal ao credor que o obteve".

29 O CPC português distingue as duas hipóteses, denominando de litisconsórcio stricto sensu a hipótese de haver um só pedido formulado por mais de um autor ou contra mais de um réu (arts. 32 a 35) e de simples coligação (arts. 36 a 38) a existência de "pluralidade de pedidos diferentes e discriminados em relação às várias partes" (BAPTISTA, José João. Processo civil I: parte geral e processo declarativo. 8. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2006. p. 157). Dinamarco chega a denominar esse fenômeno de litisconsórcio "impróprio" (DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 86-91).

30 Eis a redação, já traduzida, do dispositivo: "O juiz, quando entender oportuno que o processo se desenvolva em face de um terceiro ao qual a causa seja comum, ordenará a sua intervenção". No original: "Il giudice, quando ritiene opportuno che il processo si svolga in confronto di un terzo al quale la causa è comune, ne ordina l'intervento". Apesar de o sistema português ter sofrido em 1995 e 2013 reformas no sistema de pluralidade de partes, ainda assim permanece infenso à intervenção de terceiros ordenada de ofício pelo juiz. Realçando as vantagens dessa técnica, confira-se a clássica obra

de: LOBO DA COSTA, Moacyr. A intervenção iussu iudicis no processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1961. passim.

31 Foi um dos aspectos por mim destacados no texto: Notas críticas ao sistema de pluralidade de partes no processo civil brasileiro. Revista de Processo. ano 36. vol. 200. p. 13-70. São Paulo: Ed. RT, out. 2011. item 7.

32 Como, por exemplo: THEODORO JR., Humberto. Curso de direito processual civil. 48. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. vol. 1, p.129.

33 O litisconsorte ativo integrado à lide por força da citação não precisa necessariamente alinhar-se ao autor original da demanda. Nada impede que se omita, caindo em contumácia (conforme destaca, v.g., BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Op. cit., p. 195), o que não o escusa de sujeitar-se à sentença e à coisa julgada que sobre ela recair. Igualmente não haveria empecilho para o coautor, citado, defender posição diversa da sustentada por seu litisconsorte, desde que respeitados os limites do art. 117 do CPC (LGL\2015\1656).

34 Ao tempo de vigência do CPC/1973 (LGL\1973\5), o STJ já prestigiou essa solução, em acórdão verdadeiramente lapidar, que merece aqui menção: "II - Não se pode excluir completamente a possibilidade de alguém integrar o polo ativo da relação processual, contra a sua vontade, sob pena de restringir-se o direito de agir da outra parte, dado que o legitimado que pretendesse demandar não poderia fazê-lo sozinho, nem poderia obrigar o colegitimado a litigar conjuntamente com ele. III - Fora das hipóteses expressamente contempladas na lei (verbi gratia, art. 10 do CPC (LGL\2015\1656)), a inclusão necessária de demandantes no polo ativo depende da relação de direito material estabelecida entre as partes. Antes de tudo, todavia, é preciso ter em conta a excepcionalidade em admiti-la, à vista do direito constitucional de ação" (REsp 141.172/RJ, 4.ª T., j. 26.10.1999, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira). A amplitude do art. 316.1 do CPC português de 2013 se presta à mesma finalidade, como destaca Salvador da Costa que, embora se refira ao art. 325 do CPC (LGL\2015\1656)/1995, enuncia lição ainda atual: "[o art. 325] [g]arante (...) a legitimidade plural do lado activo, como acontece no caso de a acção dever ser intentada por uma pluralidade de interessados sob pena de ilegitimidade ad causam e algum deles recusa o accionamento, e o outro ou os outros accionam e chamam o ou os recusantes para intervenção principal" (COSTA, Salvador da. Os incidentes da instância. 4. ed. atual. e ampl. Coimbra: Almedina, 2006. p. 111).

35 O art. 238 se refere à citação como o ato de chamamento do réu, executado "ou do interessado" para se integrar o processo, conceito que poderia com tranquilidade abranger o sujeito que deveria ter figurado como litisconsorte ativo necessário. Defendendo essa posição, com base no CPC/1973 (LGL\1973\5), mas enunciando argumentos ainda válidos em face do CPC/2015 (LGL\2015\1656), confira-se, por exemplo: MEDINA, José Miguel Garcia. Litisconsórcio necessário ativo: interpretação e alcance do art. 47, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Revista dos Tribunais. ano 89. vol. 777. p. 41-56. São Paulo: Ed. RT, jul. 2000.

36 A propósito, confira-se: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Nulidades do processo e da sentença. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 185-186; e SICA, Heitor Vitor Mendonça. Preclusão processual civil. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008. p. 141-142.

37 V.g.: TALAMINI, Eduardo. Coisa julgada... cit., p. 346; e GUERRA FILHO, Willis Santiago Notas sobre a necessidade do litisconsórcio e a garantia fundamental do contraditório. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 660.

38 Confirmam-se, v.g.: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Op. cit., p. 360; BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 2007. vol. 1. p. 395-397.

39 Do acórdão, fundamentado no art. 487, II, do CPC/1973 (LGL\1973\5) (o qual atribui a legitimidade ativa para a ação rescisória para o terceiro e foi reproduzido pelo art. 967, II, do CPC/2015 (LGL\2015\1656)) se extrai o seguinte trecho: "A doutrina especializada, ao discorrer acerca da definição de 'terceiro juridicamente interessado', deixa assente que o interesse deste, ensejador da legitimação para propositura da rescisória, não pode ser meramente de fato, vez que, por opção legislativa os interesses meramente econômicos ou morais de terceiros não são resguardados pela norma inserta no art. 487 do CPC (LGL\2015\1656). É o que se infere, por exemplo, da lição de Alexandre Freitas Câmara, in verbis: '(...) No que concerne aos terceiros juridicamente interessados, há que se recordar que os terceiros não são alcançados pela autoridade de coisa julgada, que restringe seus limites subjetivos àqueles que foram partes do processo onde se proferiu a decisão. Pode haver, porém, terceiro com interesse jurídico (não com interesse meramente de fato), na rescisão da

sentença. Como regra, o terceiro juridicamente interessado será aquele que pode intervir no processo original como assistente. Considera-se, também, terceiro legitimado a propor a 'ação rescisória' aquele que esteve ausente do processo principal, embora dele devesse ter participado na condição de litisconsorte necessário.' (Lições de direito processual civil. 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. vol. 2, p. 24-25 - grifei)" (REsp 867.016/PR, 1.ª T., j. 05.05.2009, rel. Min. Luiz Fux, DJe 06.08.2009 - grifei).

40 O reconhecimento de que o vício sobrevive até mesmo à coisa julgada material conduz inafastavelmente à conclusão de que pode ser reconhecido a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição e por qualquer meio (incluindo-se o que se convencionou chamar de querela nullitatis).