



LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO E NULIDADE DO PROCESSO (MATÉRIA QUE INDEPENDE DE PREQUESTIONAMENTO)

Revista dos Tribunais | vol. 804 | p. 97 | Out / 2002
Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 3 | p. 865 | Out / 2011DTR\2002\500

Ada Pellegrini Grinover

Professora Titular na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Área do Direito: Geral

Sumário:

1.A consulta - 2.Questitos - 3.Parecer - 4.Respostas aos quesitos

1. A consulta

Em síntese, a demanda fundou-se em que, por força do falecimento do sócio fundador da sociedade, teriam passado os demais sócios fundadores (alguns deles ora consulentes) a valer-se do estatuto social de forma lesiva aos interesses comuns e em prejuízo dos sócios efetivos e colaboradores. Afirmaram os autores da referida demanda que o estatuto conteria cláusulas violadoras do disposto no art. 1.394 do CC e art. 5.º da CF (LGL 1988\3), por obstem direito a voto ou efetiva participação na gerência da pessoa jurídica. Dessa forma, postularam (i) o reconhecimento de que o art. 14, *caput* e § 1.º, do estatuto social infringiria o já citado art. 1.394 do CC; (ii) o reconhecimento de que os sócios efetivos teriam o direito de participar e de votar em assembléia geral, inclusive propondo reformas estatutárias; (iii) o reconhecimento de que o art. 10, § 2.º, do estatuto social (que estabelece prazo para a efetividade de sócio com essa qualidade) seria nulo, por ser abusivo e configurar desequilíbrio em detrimento da "parte mais fraca da relação contratual"; (iv) o reconhecimento de que a categoria dos cooperadores teria os mesmos direitos dos sócios efetivos.

O Tribunal, em grau de apelação, decidiu: (i) ser nula a regra do § 1.º do art. 14, segundo o qual somente sócios fundadores e sócios efetivos podem participar da assembléia geral e nela deliberar; (ii) o *quorum* de vinte por cento (20%) dos sócios de todas as categorias como suficiente para pleitear a realização de qualquer assembléia geral, até fixação pela própria assembléia de um número que ela entenda conveniente, reconhecida a nulidade do art. 20; (iii) ser nula a regra do art. 10, § 2.º, que limita a qualidade de sócio efetivo. Quanto aos sócios cooperadores, entendeu-se que, não sendo sócios, não se pode elevá-los a tal categoria, o que só se poderá fazer em assembléia geral. Os embargos infringentes resultaram improvidos.

Os consulentes, sócios fundadores, não foram incluídos no pólo passivo da demanda, nem do processo, não tendo sido citados, nem ingressado nos autos e, precisamente em razão disso e nessa medida, formulam a presente consulta, apresentando os quesitos que seguem.

2. Quesitos

1 - No caso submetido a consulta, deveriam os sócios fundadores ter sido incluídos no pólo passivo da demanda e do processo, na qualidade de litisconsortes necessários?

2 - Suposto existir o cogitado litisconsórcio passivo necessário, pode a matéria (nulidade do processo pela ausência de citação de litisconsorte) ser suscitada originariamente em embargos de declaração e, depois e eventualmente, em recurso especial?

Bem examinada a questão, inclusive pelos documentos que a instruem, passo a proferir meu parecer, que se cingirá, tanto quanto as indagações formuladas, exclusivamente aos aspectos processuais já destacados.

3. Parecer

3.1 Litisconsórcio necessário e eficácia da sentença

3.1.1 Litisconsórcio necessário e unitário: sentenças constitutivas e declaratórias

Como se sabe, e já tivemos oportunidade de observar no âmbito doutrinário, o *litisconsórcio* "é um fenômeno de pluralidade de pessoas, em um só ou em ambos os pólos conflitantes da relação jurídica processual".¹ A esse propósito, a conjugação de mais de um autor, ou mais de um réu, para litigar em um mesmo processo, pode ter origem em razões de conveniência e economia processual. É o chamado litisconsórcio facultativo, em que, de um modo geral, ao autor "cabe deliberar sobre a formação do litisconsórcio ou coligando-se com outro ou outros para propor a ação, ou propondo a ação contra mais de um réu".² Nesses casos, a lei admite como possível (e, as vezes, até recomendável) a união das partes, em qualquer ou em ambos os pólos do processo, mas não impõe - como condição de eficácia da sentença - que assim o seja.

Em casos outros, é a própria lei que determina a obrigatoriedade de que diferentes autores ou diferentes réus sejam reunidos para a propositura da demanda ou para que suportem os efeitos da sentença. Trata-se, aqui, do *litisconsórcio* necessário por força de lei, em que se estabelecem, de antemão, todos aqueles que necessariamente deverão compor o processo,³ independentemente da vontade do autor, ou de quem quer que seja.

E há hipóteses em que, pela natureza da relação jurídica debatida, é necessária a participação de mais de um réu ou mais de um autor no processo. Nas ações que tenham por objeto uma relação plurilateral (v.g. sociedade com mais de dois sócios, condomínio com mais de dois condôminos), ou mesmo nas ações propostas por terceiros, que tenham por alvo relações bilaterais ou plurilaterais (p. ex. a anulação de um casamento, ajuizada pelo Ministério Público), a comunhão de interesses que justifica a reunião de pessoas em um mesmo pólo "se depreende da relação jurídica material posta em juízo. Quando esta é una e incidível quanto aos sujeitos ativos ou passivos, todos eles deverão necessariamente participar da relação processual, porquanto a sentença a todos atinge".⁴

Nestes casos, devem figurar no processo *todos* os que são titulares de um mesmo direito subjetivo ou de uma só obrigação,⁵ sendo a obrigatoriedade do litisconsórcio definida não pelo direito processual, mas pelo direito material em debate, que determina os titulares e os possíveis afetados pela sentença. É a estrutura interna da relação jurídica - um estado jurídico único - constituída pela ligação entre várias pessoas, que torna, senão impossível, ao menos ilegítima a formação de um processo em que apenas uma ou algumas delas esteja presente.⁶

O tema, diga-se, foi alvo de estudo pela doutrina italiana, que se apercebeu de que - ao lado dos casos de litisconsórcio designados pela lei - havia outras hipóteses em que era necessário o ingresso de mais de um participante nos pólos do processo, em decorrência das características do direito material controvertido. Nesse sentido, a lição de Carnelutti:

"Manifestamente la 'soluzione del problema del litisconsorzio necessario non può essere affidata se non all'arbitrium iudicis, il quale, ogni qualvolta tale opportunità si manifesta, possa e debba ordinare l'estensione del processo a soggetti dei rapporti connessi. Per fortuna se la teoria non ha saputo razionalmente chiarire il problema, l'intuizione empirica aveva da tempo suggerito questa soluzione creando accanto al litisconsorzio necessario ex lege il litisconsorzio necessario "iussu iudicis", altrimenti detto intervento per ordine del giudice, il cui campo d'applicazione però como si vedrà è assai più vasto di quello che fu ora considerato"⁷ (grifei).

Mais recentemente, no direito espanhol, Maria Encarnación D'Avila Millan, em trabalho específico sobre o tema, destacou a intrínseca relação entre o direito material e o litisconsórcio necessário, concluindo que o litisconsórcio, "más que una situación exclusivamente procesal va ligado a la naturaleza de la relación jurídico-material controvertida, es decir, a una cuestión de derecho sustancial y por eso precisamente los códigos procesales aunque se hacen cargo de él, no formulan a priori, cuáles son los casos en que el litisconsorzio necesario se produce"⁸ (grifei).

É justamente o direito material que, regulando a interação entre os indivíduos, ordena quem compõe e como são formadas essas relações. E, portanto, problema de direito material determinar quando há relações compostas por vários sujeitos, vinculados por obrigações, deveres, faculdades ou direitos de tal forma conexos que não possam ser modificados, extintos ou exercitados sem que produzam efeitos diretos e imediatos uns sobre os outros.⁹ Paralelamente, o direito processual, quando estas relações vão a juízo, ordenará a presença de todos os interessados, pois não poderá desrespeitar a determinação que o direito material lhe impõe. E assim é porque o processo atingirá (ou, ao menos, deverá atingir) a todos e frente a todos produzirá seus efeitos.¹⁰



Assim, sendo muitos os casos em que é necessária a formação do litisconsórcio "pela natureza da relação jurídica", não se aventurou o legislador a defini-los, cabendo ao juiz o exame de cada hipótese que se lhe apresenta, para determinação de qual a relação jurídico-material envolvida e análise da possibilidade - e utilidade - de que seja decidida sem a participação de todos seus possíveis afetados.¹¹

Além de determinar a presença obrigatória, no processo, de todas as partes envolvidas, a natureza da relação jurídica material posta em juízo traz por consequência a necessidade de que a decisão que venha a ser tomada seja uniforme para todos os litisconsortes. Não apenas necessário, o litisconsórcio também é *unitário*: a demanda deve ser "decidida de forma idêntica para todos quanto figurem em um mesmo pólo da relação processual",¹² pois não é possível que se modifique a situação substancial de um dos litisconsortes, sem necessariamente se alterar a do outro.

Jorge Americano, comentando o Código de Processo de 1939, já apontava a existência de casos em que "a decisão deve ser única, a respeito de todos, pois assenta na unicidade do direito que os traz conjugados a juízo"¹³(grifei). Assim também Pontes de Miranda, que destacou a situação em que a sentença tinha de ser uniforme, não cabendo ao juiz dar sorte diferente - no plano do direito material - às partes litisconsorciadas.¹⁴

Nesse contexto, é o direito material que cria a unitariedade, no tocante aos direitos e obrigações substanciais dos indivíduos, e essa unitariedade vai se refletir na lide, determinando a formação de litisconsórcio unitário. Naquele plano se estabelece, portanto, não apenas a necessidade de que todos os participantes da relação compareçam ao processo, mas de que a decisão para todos, no tocante a essa relação, seja exatamente a mesma. A incindibilidade da questão jurídica (incindibilidade do direito material) passa a produzir a incindibilidade do processo, e o que é uno a respeito de mais de uma pessoa não pode judicialmente cessar ou modificar-se senão a respeito de todos os interessados¹⁵(grifei).

O pedido que se faz, e os efeitos buscados, com relação a um dos litisconsortes, de igual modo - e com igual eficácia - deve ser feito para os outros, o que levou a doutrina ao entendimento de que, nestas hipóteses, se está diante não de um cúmulo subjetivo de demandas, *mas* de uma ação única, que somente pode ser exercida em face de todos os envolvidos. Apesar da pluralidade de pessoas interessadas como autores ou réus, estes e aqueles surgem como partes únicas, tal como se fosse o caso de um processo simples, com um só autor e um só réu.¹⁶

A questão, posta dessa forma, parece situar-se no terreno da *legitimação* para agir (ou legitimidade das partes) necessariamente abrangente dos titulares da relação jurídica que se pretende deduzir em juízo.¹⁷ Na esteira do pensamento de Enrico Redenti, se a relação substancial que se forma é única para vários sujeitos, as modificações que porventura forem nela operar, para serem eficazes, devem se estender para todos. Por esse motivo, a legitimação para tratar dessas mudanças (quer no pólo passivo, quer no pólo ativo da relação processual) pertence conjunta - e não separadamente - a todas aquelas pessoas.¹⁸ E, ainda por esse motivo, não pode o juiz se pronunciar sobre essas eventuais modificações, sem provocar efeito direto e imediato sobre todas aquelas pessoas.¹⁹ Daí por que, se as partes da pretensão que se busca, segundo o esquema abstrato traçado na lei, são duas ou mais de duas, todas devem participar do processo:

"Vi sono però dei casi nei quali il provvedimento giurisdizionale al quale tende l'azione (*quid petitionis*), per sua stessa natura o per espressa disposizione di legge, non può essere pronunciato se non cón effetti diretti ed immediati per più di due soggetti. Allora anche lo schema dell'azione deve designare come legittimati tutti quanti costoro. Veniamo così ad avere degli schemi di azioni com pluralità di parti (contrapponendo qui la pluralità alla dualità) ed anche la corrispondente azione-pretesa non si può concepire se non come pretesa concernente più di due parti.

(...)

Se qualcuno pretenda farsi luogo all' "annullamento o alla risoluzione o rescissione di un contratto sociale o comunque polilaterale, non può avanzare tale pretesa se non in confronto di tutti i contraenti (artt. 1420; 1446; 1459 ecc. Cod. Civ.) e così di seguito. In tutti questi casi il giudice non può provvedere sulla domanda (azione-pretesa) se non in quanto tutti i soggetti attivi e passivi dell'azione-pretesa partecipino o siano stati chiamati a partecipare al processo" (...).

Questa à una conseguenza logica, naturale necessaria e di tutta la tendenza del principio del contraddittorio.

(...)

In conclusione: quando le parti dell'azione pretesa, secondo lo schema legale al quale si informa, sono due, abbiamo visto che debbono partecipare al processo ambedue; se sono più de due, per identità di ragione, devono pur sempre parteciparvi tutte quante sono" ²⁰(grifei).

Chiovenda, em suas *Instituições*, abordou a questão da impossibilidade de desconstituição de uma relação jurídica sem que todos os nela envolvidos estejam presentes:

"Quando, ao contrário, a ação tende a mudança de uma relação ou estado uno, não se pode propor senão em face de todos os participantes da relação ou estado; porque o que existe como unidade composta de vários, *não* pode deixar de existir como unidade senão relativamente a todos: a sentença que opera a mudança (sentença constitutiva, adiante 8§) deve operá-la para todos os componentes; de outro modo inutiliter datur" ²¹(grifei).

Enrico Tullio Liebman chegou à mesma conclusão, afirmando que a "ação, única, *tem* cabimento apenas conjuntamente contra os vários legitimados passivos necessários, e isso quer dizer que não tem cabimento só contra um ou alguns deles (um bem pertencente a três pessoas não pode ser dividido entre duas delas apenas); movida a alguns, a ação não poderá ser julgada pelo mérito e a rigor deveria, mesmo de ofício, ser declarada inadmissível" ²²(grifei).

Entre nós, Ovídio Baptista da Silva afirmou ser a incompleta formação do litisconsórcio necessário e unitário uma questão de *legitimatío* ad causam, "sob a consideração de que, sendo única a relação litigiosa, a presença de todos os seus integrantes é condição prévia para que se possa sobre ela controverter, sob a consideração de que a lide é igualmente una e única" ²³(grifei).

A lição, importante acrescentar, estende-se também aos provimentos declaratórios, e não apenas aos constitutivos negativos, como, aliás, já afirmava Chiovenda, acima citado. As declarações, quando voltadas para relações plurilaterais ou mesmo bilaterais, também demandam - sempre considerada a natureza do direito substancial tratado - a formação de litisconsórcio necessário e unitário. Basta pensar na *ação* declaratória de nulidade de ato jurídico, em que, uma vez declarado nulo o negócio, tem de o ser para ambos os contratantes, não podendo ser invalidado apenas para um, e restar perfeito para o outro. Tudo quanto ficar acertado para ambos os participantes - se se trata de definir a existência, inexistência ou modo de ser da relação - repercutirá para todos os demais, não se podendo chegar a uma solução sem que todos os titulares participem do procedimento (é, ainda uma vez e sempre, o problema da incidibilidade do direito material discutido). ²⁴

A invalidade da sentença, seja ela declaratória ou constitutiva - que resulta *inutiliter data* -, decorre da impossibilidade "quase mecânica" de produzir efeitos unicamente quanto a um dos litisconsortes, ignorando a situação, que continua válida e produzindo efeitos, daqueles que não participaram do processo. A ofensa atingiria, talvez até mais do que o processo, a própria relação de direito material: ²⁵

"No sistema de nosso direito isto não é possível em si mesmo e, segundo penso, até mesmo por uma impossibilidade quase mecânica, nem mesmo pode ser concebida abstratamente. Com efeito, uma sentença de anulação ou divisão porventura pronunciada (superada que fosse essa impossibilidade mecânica) perante apenas um dos cônjuges ou perante apenas algum dos condôminos, seria por sua natureza *inutiliter datus* e portanto nem mesmo as partes podem pedir e nem o julgador pode considerar-se autorizado a proferir uma sentença inútil, já que tal provimento seria nulo por ausência absoluta de legitimação das partes e do órgão jurisdicional". ²⁶

Por outro lado, não menos relevante é apontar a incompatibilidade entre o devido processo legal e o fato de que pessoas que não participaram do litígio - por sequer terem sido chamadas a integrar o processo - *possam* ser submetidas aos efeitos da extinção ou modificação dessa relação processual. ²⁷Não se decide a relação jurídica, sem que os interessados se manifestem, também pelas garantias do contraditório e da ampla defesa, que não permitem a expedição de provimentos sem a prévia oportunidade de defesa e participação daqueles que serão por eles afetados (a expedição de provimento assim, violador dessas garantias do Estado de Direito, será sempre ilegítima). ²⁸

3.1.2 Exame do caso submetido a consulta

No caso sob exame, como visto, os autores postularam sentença declaratória no sentido de que (i) o art. 14, *caput* e § 1.º do estatuto social infringiria o já citado art. 1.394 do CC; (ii) os sócios efetivos teriam o direito de participar e de votar em assembléia geral, inclusive propondo reformas estatutárias; (iii) o art. 10, § 2.º, do estatuto social (que estabelece prazo para a efetividade de sócio com essa qualidade) seria nulo, por ser abusivo e configurar desequilíbrio em detrimento da "parte mais fraca da relação contratual"; (iv) "a categoria dos cooperadores teria os mesmos direitos dos sócios efetivos". Como igualmente destacado, obtiveram, em grau de apelo, o acolhimento das três primeiras pretensões, ficando não acolhida a última delas.

Desde logo, impõe-se observar que os referidos pedidos, conquanto rotulados como "declaratórios" (isto é, meramente declaratórios), buscam, em certa medida, eficácia que vai além, tendo verdadeiro caráter *constitutivo*. Isso ocorre, sem sombra de dúvida, quando se pretende estabelecer regra de quorum de convocação para assembléia (matéria relativa ao art. 14, *caput* do estatuto), não se tratando aí de mera "declaração" de nulidade.

Esse aspecto, aliás, foi muito bem percebido pela sentença de primeiro grau, prolatada por ilustre magistrado estudioso do processo civil, que bem soube separar, de um lado, o direito de discutir a validade dos artigos estatutários e, de outro lado, a pretensão de impor mudanças estatutárias. No caso desta segunda, não se busca apenas o "acertamento" - para empregar expressão entre nós vigente - próprio de uma sentença meramente declaratória, nem tal pretensão se limita à certeza da existência ou do modo de ser de uma relação jurídica. Trata-se, efetivamente, de estabelecer um novo estado jurídico, o que, como sabido, é próprio das sentenças constitutivas. Assim também reconheceu o voto vencido, proferido pelo relator inicialmente designado na apelação e mesmo o voto subscrito pelo relator designando, que fala de um estabelecimento provisório daquele *quorum*, até que a assembléia outro estabeleça (reconhecendo implicitamente, portanto, que o tema é atinente à vontade das partes).

Esse aspecto é relevante por duas razões.

Em primeiro lugar, tratando-se de sentença declaratória, mas com carga importante de constitutividade, *mais* ainda se acentua - como será demonstrado a seguir - a unitariedade da relação de direito material, com a conseqüente imposição da necessidade do litisconsórcio: não se trata apenas de declarar a existência ou o modo de ser de dada relação jurídica da qual participam certas pessoas, mas se trata também de constituir novo estado jurídico para pessoas que não participaram da relação jurídica processual; o que, sem dúvida, não pode ser feito sem a efetiva participação de todos os interessados, cuja esfera jurídica há de ser atingida.

Em segundo lugar, bem anotada a carga de constitutividade da sentença (quando menos em relação a um de seus capítulos), é preciso lembrar que o poder de o juiz constituir novas situações jurídicas está limitado à lei ou, mais corretamente, ao direito material. O assunto, aliás, foi tratado, no âmbito doutrinário, pelo ilustre advogado dos consultentes que, examinando a tipicidade da tutela constitutiva, lembrou a regra do art. 2.908 do CC italiano "que condicionou o poder do juiz - de constituir, modificar ou extinguir relações jurídicas - às hipóteses 'previstas em lei'".

Como lembrou Flávio Yarshell, a cautela da lei e da doutrina em relação às sentenças com carga de constitutividade - e, portanto, sua excepcionalidade - "reside no fato de que a criação de efeitos jurídicos só poderia depender da autonomia das partes e *somente* em casos excepcionais poderia advir sentença do juiz, vez que o sistema é regido pelo princípio da autonomia da vontade" ²⁹(grifei). Como anotou o mencionado processualista, "parte importante da preocupação com a tipicidade da tutela constitutiva reside em sua possível similitude com o juízo de equidade, em que o juiz faz a regra ('a justiça') do caso concreto" - o que, entre nós, é objeto de disciplina pelo art. 127 do CPC (LGL 1973\5) , taxativo ao estatuir que "O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei".

E isso, voltando-se ao primeiro dos aspectos acima destacados, mais uma vez acentua a unitariedade da relação material, na exata medida em que eventual desconsideração - por ato do Judiciário - da regra da autonomia da vontade há que se dar sempre *na* presença de todos aqueles cuja vontade está sendo desconsiderada e cuja esfera jurídica passa a ser regrada de forma diversa, agora por força de uma sentença judicial.

Estabelecidas tais premissas, tem-se que, no caso sob exame, busca-se declaração - ou, como visto, constituição (modificação) - acerca de relação jurídica que, a toda evidência, envolve diretamente pessoas que não foram incluídas no pólo passivo da demanda e do processo, isto é, os sócios fundadores.

Com efeito, não é preciso rediscutir fatos ou reexaminar provas para constatar - a partir dos termos da própria petição inicial - que os provimentos jurisdicionais invocados (sejam declaratórios ou constitutivos) *produzem* efeitos jurídicos diretos - e não meramente reflexos - na esfera dos sócios fundadores, na medida em que são - atual ou potencialmente - alteradas suas relações jurídicas (não meramente fáticas) com os demais sócios e com a própria sociedade. Assim, na medida em que se altera o status dos demais sócios; na medida em que aos mesmos são atribuídos poderes antes tidos como inexistentes, em clara restrição aos dos fundadores; na medida em que são alteradas cláusulas contratuais de um estatuto ao qual estão jungidos os sócios fundadores (tanto quanto ou mesmo mais que os outros, precisamente por serem fundadores), é inegável que a eficácia dos provimentos invocados - e concedidos em grau de apelo e de embargos infringentes - afetam relação jurídica de que são titulares os consulentes, terceiros (processualmente falando) que, não tendo sido incluídos no pólo passivo da relação processual, podem, sem sombra de dúvida, invocar a nulidade de todo o processado, fazendo-o com fulcro na regra do art. 47 do CPC (LGL 1973\5) .

Isso, aliás, fica ainda mais patenteado quando se atenta para a formação do pólo ativo da demanda e da relação processual, no qual figuraram as pessoas físicas dos sócios efetivos e dos cooperadores, ficando então evidente que, ao processo, deveriam ter sido chamados os demais sócios, isto é, as demais pessoas que estavam jungidas ao negócio jurídico cuja nulidade se pretendia declarar ou, mais do que isso, cujo conteúdo se pretendia modificar.

E nem se diga que os consulentes (e demais sócios fundadores) estariam processual ou materialmente representados pela ré, isto é, pela pessoa jurídica; o que poderia justificar sua dispensa no pólo passivo da relação processual.

Assim não ocorre por várias razões. Primeiro, porque a personalidade de uns claramente não se confunde com a da outra e dizer algo em contrário seria negar vigência à regra do art. 20 do CC, não havendo rigorosamente nada que justificasse uma suposta desconsideração da personalidade jurídica da entidade (aliás, sequer cogitada). Segundo, porque o interesse de cada qual dos consulentes é individual e, conquanto até possam ser convergentes (como são para postular a nulidade do processo sem sua presença), não o são necessariamente em face de toda e qualquer situação, na medida em que, na qualidade de sócios, podem assumir entre si posições divergentes, prevalecendo, nesse caso, a maioria, a ser tomada em momento e sede próprios. Terceiro, porque supor que a sociedade pudesse falar em nome próprio por direito alheio, sem qualquer autorização legal ou contratual, seria negar, às escâncaras, vigência à regra do art. 6.º do CPC (LGL 1973\5) .

Assim, é intuitivo, à luz de tudo o que foi exposto na parte introdutória deste estudo, que não se pode declarar (ou, mais do que isso, anular) cláusulas de um contrato sem a inclusão dos outros contratantes. Ante a percepção de que o pedido versava sobre relação jurídica incindível, envolvendo mais de um contratante, e cujos efeitos se referem a todos eles, de igual forma, dever-se-ia incluir todos os titulares da relação como litisconsortes necessários. À falta dessa integração, a decisão foi dada inutilmente (*inutiliter* datur), porque não é possível se aplicarem seus efeitos somente com relação a um dos litisconsortes necessários, dada a incindibilidade da relação contratual que os une, nem tampouco submeter os outros - que não participaram do processo, nem sequer foram chamados a integrá-lo - às suas determinações.

O E. Superior Tribunal de Justiça tem posicionamento pacífico no sentido de que a falta de citação de litisconsorte necessário gera a nulidade do processo, desde o momento em que estes deveriam ter sido integrados:

"Processo civil. Litisconsórcio necessário ulterior. Art. 47, CPC (LGL 1973\5) . Possibilidade. *Eficácia* da decisão vinculada à citação de todos os litisconsortes. Julgamento extra petita. Inocorrência. Recurso desacolhido.

I - a relação processual somente se forma e a sentença somente tem eficácia com a citação de todos os litisconsortes necessários, ainda que requerida esta somente na contestação".³⁰

"Processual civil. Anulação de ação demolitória por falta de citação dos litisconsortes necessários. Não formação da relação processual válida. Possibilidade de anulação. Nulidade pleno iure. Interesse. Recurso provido".³¹

A falta desse chamamento, na hipótese, não comporta nem mesmo retificação. Isto porque, se acaso se pudesse pensar em comparecimento dos litisconsortes que deveriam ter sido chamados e não foram, essa participação devia ter-se dado em primeiro grau de jurisdição, para que pudessem deduzir suas alegações e defesa perante o juízo originário, sob pena de afronta ao duplo grau de jurisdição. De outro lado, sequer se poderia falar em aceitação da decisão pelos litisconsortes necessários não incluídos que, prejudicados em suas esferas jurídicas, pretendem efetivamente insurgir-se contra o resultado do julgamento; o que impede qualquer forma de convalidação da nulidade sob exame.

3.2 Alegação de nulidade do processo por falta de citação de litisconsorte necessário: momento e vias adequadas

3.2.1 Efeito devolutivo e "translativo" dos recursos

Como se sabe, e já tivemos oportunidade de observar no âmbito doutrinário, o chamado *efeito devolutivo* dos recursos "importa em transferir ao órgão ad quem o conhecimento da matéria (total ou parcial) já submetida ao julgamento do órgão inferior".³² Dito efeito, pode-se dizer, é inerente a toda e qualquer modalidade recursal, embora nos diferentes tipos de recurso previstos pela lei possa apresentar particularidades, algumas dignas de nota, conforme mais adiante será examinado.

É igualmente sabido que o mencionado efeito comporta duplo enfoque: em *extensão* (horizontalmente) e em *profundidade* (verticalmente). Conforme observou José Carlos Barbosa Moreira, "delimitar a extensão do efeito devolutivo é precisar o que se submete, por força do recurso, ao julgamento do órgão ad quem; medir-lhe a profundidade é determinar com que material há de trabalhar o órgão ad quem para julgar".³³

Nessa linha de raciocínio, a *extensão* do efeito devolutivo é dada pela extensão da impugnação. Como já dissemos, nessa perspectiva, "o conhecimento do tribunal é limitado pela matéria impugnada pelo recorrente".³⁴ Assim, segundo observou, mais uma vez, Barbosa Moreira, "como não se concebe que a extensão da matéria impugnada seja maior que a matéria decidida, o julgamento do tribunal (...) nunca terá objeto mais extenso que o da sentença apelada [da decisão recorrida, poderíamos acrescentar, genericamente falando]".³⁵

Quanto à devolução em sentido *vertical*, a regra - aqui, mais uma vez, falando genericamente - é a de que "a profundidade do conhecimento do tribunal é a maior possível: pode levar em consideração tudo que for relevante para a nova decisão. Por isso é que o brocardo latino tantum devolutum quantum appellatum (relativo à extensão do conhecimento) completa-se pelo acréscimo vel appellari debeat (relativo à profundidade)".³⁶

Dessa forma, a profundidade do efeito devolutivo permite - em princípio - o exame de questões suscitadas pelas partes, inclusive das *não* decididas pela sentença: tanto questões examináveis de ofício quanto questões que, não tendo essa natureza, "deixaram de ser apreciadas, a despeito de haverem sido suscitadas e discutidas pelas partes", para lembrar, uma vez ainda, Barbosa Moreira.³⁷ Sobre isso asseveramos:

"Assim, nos limites da matéria impugnada ou cognoscível de ofício e desde que não modifique o pedido e a causa de pedir (que delimitam a pretensão), o tribunal poderá livremente apreciar, no recurso, aspectos que não foram suscitados pelas partes"³⁸(grifei).

A partir do efeito devolutivo, parte da doutrina, precisamente para ressaltar a abrangência das questões passíveis de conhecimento de ofício, considera também a existência de um efeito "translativo" dos recursos. Nesse sentido, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery falam da "translação" das questões de ordem pública como sendo a transferência de matéria dessa natureza ao tribunal, por força do sistema do Código de Processo Civil (LGL 1973\5) , visto que tais questões "não são alcançadas pela preclusão",³⁹ por força do disposto nos arts. 267, § 3.º e 301, § 4.º, do CPC (LGL 1973\5) . São palavras daquele primeiro citado processualista:

"Há casos, entretanto, em que o *sistema* processual autoriza o órgão ad quem a julgar fora do que



consta das razões ou contra-razões do recurso, ocasião em que não se pode falar em julgamento extra, ultra ou infra petita. Isto ocorre normalmente com as questões de ordem pública, que devem ser conhecidas de ofício pelo juiz, a cujo respeito não se opera a preclusão (por exemplo, arts. 267, § 3.º, e 301, § 4.º, ambos do CPC (LGL 1973\5)). A translação dessas questões ao juízo ad quem está autorizada nos arts. 515, §§ 1.º e 2.º e 516 do CPC (LGL 1973\5) " ⁴⁰(grifei).

Esses são, em suma, os limites genéricos - ou ordinários, por assim dizer - dos denominados *efeito devolutivo* e *efeito translativo* dos recursos.

3.2.2 Efeito devolutivo/translativo e, em particular, o exame de questões de ordem pública

Quando o Código de Processo Civil (LGL 1973\5) estabelece, em seus arts. 267, § 3.º, e 301, § 4.º, que o juiz conhecerá de ofício - "em qualquer tempo e grau de jurisdição" - das matérias relativas aos *pressupostos* processuais, por certo não o faz sem relevante razão. É que, como se sabe e já observamos no âmbito doutrinário, a relação jurídica processual "está sujeita a certos requisitos" que "não são os mesmos exigidos para os atos jurídicos em geral, nem para os atos privados em especial". Assim, são os pressupostos processuais requisitos para a constituição de uma relação processual válida, de tal maneira que sem eles a relação pode nascer, mas será inválida - embora tenhamos ressalvado que é válida, porém, a manifestação do juiz que, nesse processo viciado, declara a inexistência dos pressupostos. ⁴¹

Os *pressupostos* processuais, ao lado das condições da ação, "inserem-se entre os requisitos de admissibilidade do provimento jurisdicional". Nas felizes palavras de José Carlos Barbosa Moreira, "implicitamente se reconhece aos pressupostos processuais a função que lhes assina longa e venerável tradição doutrinária: a de constituir um filtro - ou, em certa perspectiva, o filtro - capaz de reter postulações inviáveis do ponto de vista formal". Examinando as possíveis raízes históricas dessa construção doutrinária, Barbosa Moreira reconhece ser profundamente enraizada a "noção de uma indispensável ordem lógica no desenvolvimento da atividade cognitiva, convocada a examinar, antes de mais nada, os pressupostos processuais, e só autorizada a voltar-se para o mérito se convencida da presença de todos eles". ⁴²

Sendo assim, tais requisitos são indispensáveis todo o tempo durante o qual o Estado exerce a jurisdição, não sendo possível ou lógico distinguir-se, quanto a isso, entre a atuação estatal por diferentes órgãos ou perante diferentes instâncias. Quer isso dizer que, mesmo perante os tribunais superiores, e não obstante sua função no sistema, aqueles pressupostos devem estar presentes e, nessa medida, ser objeto de fiscalização por parte do órgão judicante.

De fato, seria contrário à lógica do sistema imaginar que o STF ou o STJ - embora considerado seu diferenciado e relevante papel - pudessem conhecer de um recurso extraordinário ou especial, se presentes os requisitos constitucionais para tanto, e que, nessa hipótese, passassem a julgar a questão constitucional ou federal *mesmo* diante de óbice à existência ou à validade do processo. Assim, não parece razoável que, sendo o caso de conhecimento do recurso extraordinário ou especial, o STF ou o STJ deixem de conhecer de matéria de ordem pública, tão somente sob o argumento de que a mesma não teria sido alvo da devida apreciação pela instância inferior. A presença dos pressupostos processuais é antecedente lógico do julgamento do mérito e, nessa medida, tais pressupostos são também antecedente lógico do julgamento do mérito dos recursos pelo STF e STJ.

Bem por isso, o Superior Tribunal de Justiça, por mais de uma vez, já teve oportunidade de acertadamente reconhecer, conforme anota Theotonio Negrão, que "a questão relativa à legitimidade de parte só pode ser objeto de recurso especial se prequestionada (Súmulas 282 e 356, do STF). Se a matéria não foi prequestionada, isso não impede o seu conhecimento de ofício por esta Corte, mas só no caso de o recurso especial ser conhecido". ⁴³ Isso é rigorosamente correto porque não haveria sentido, em tais hipóteses, em não se conhecer do recurso especial desde que atendidos os requisitos constitucionais específicos; nem haveria sentido em se conhecer do recurso desconsiderando a irregularidade quanto a tema de ordem pública, como a ausência de pressuposto processual. Então, o caminho é um só: autorizado, em tese, o conhecimento do recurso, aprecia-se o tema atinente à ordem pública, mesmo que não versado no acórdão recorrido.

Em abono do acima exposto falam as Súmulas 528 e 292, do STF que, aplicáveis também ao STJ, reconhecem a unidade do julgamento perante aqueles tribunais e autorizam que a admissão do extraordinário ou do especial por um fundamento, ou relativamente a uma parte autônoma do



acórdão recorrido, enseje o exame do recurso pelos demais fundamentos ou com respeito aos demais capítulos do acórdão.

Mais ainda: as considerações acima são referendadas pelo teor da Súm. 456 do STF, também aplicável ao recurso especial, segundo a qual: "O Supremo Tribunal Federal, *conhecendo* do recurso extraordinário, julgará a causa aplicando o direito à espécie" (grifei). De fato, "aplicar o direito à espécie" significa, sem qualquer margem de dúvida, passar pelo exame de matérias de ordem pública. Nesse sentido, aliás, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, de forma incensurável:

"Deve o órgão julgador limitar-se ao exame da questão federal colocada, *mas*, se, ao assim proceder, tiver de julgar o mérito da controvérsia, pode, de ofício, conhecer das matérias atinentes às condições da ação e aos pressupostos processuais" ⁴⁴(grifei).

A esse propósito, não será demasiado lembrar que esse mesmo tribunal, reforçando a tese acima preconizada, já decidiu que "conhecendo do especial, o STJ julgará a causa, *podendo* examinar e decidir questões não versadas no acórdão, desde que, para isso, não tenha que avaliar provas". ⁴⁵ Vale dizer: reafirma-se a possibilidade de o tribunal examinar o que não foi alvo do pré-questionamento, desde que, para tanto, não tenha que revolver a prova, reexaminar fatos ou interpretar cláusula contratual.

Na doutrina, a possibilidade de exame, em recurso extraordinário ou especial, de matérias de ordem pública (condições da ação e pressupostos processuais), também encontra boa acolhida. A propósito, Francisco Cláudio de Almeida Santos, ao tratar do tema do pré-questionamento, observou que "o importante é que o tema legal tenha sido discutido, tornando-se *res controversa* ou *res dubia*, como lembram alguns acórdãos da Suprema Corte, porque, no recurso especial, é preciso apontar-se a violação legal praticada pelo juízo a quo ou demonstrar-se o dissídio na aplicação do direito, não podendo afastar-se, de plano, a violação implícita, nem sempre aclarada nos embargos declaratórios, nem o questionamento impossível, como o do litisconsorte necessário não citado que comparece a juízo, após a decisão de segundo grau, apenas para alegar aquela nulidade ou defeito na publicação de pauta de julgamento de Tribunais, erro na contagem dos votos etc.". E mais:

"Igualmente, o prequestionamento em matéria de ordem pública deve ser repensado em termos mais liberais, pois *não* passa de um rematado absurdo não se conhecer da alegação de coisa julgada ou da argüição de incompetência absoluta, da supressão de instância e outras questões do mesmo peso e relevo" ⁴⁶(grifei).

Em trabalho doutrinário, o Ministro Antonio de Pádua Ribeiro observou que o Supremo Tribunal Federal, já "admitiu a possibilidade do prequestionamento implícito em se tratando de matéria de ordem pública que possa ser reconhecida em qualquer fase processual. É o caso do decidido no RE 66.103, onde se lê: 'A decadência é matéria de ordem pública e pode ser declarada em qualquer fase processual, mesmo no recurso extraordinário, e ainda que não prequestionada' (RTJ 56/642)" ⁴⁷ (grifei).

Nesse mesmo sentido, Nelson Luiz Pinto observou que: "relativamente às questões de ordem pública, que, por disposição legal, devem ser conhecidas e decretadas até mesmo *ex officio* em qualquer tempo e grau de jurisdição (art. 267, § 3.º), que são, essencialmente, vícios ligados à falta das condições da ação e dos pressupostos processuais positivos de existência e de validade do processo, bem como à presença dos pressupostos processuais negativos, deve ser dispensado o prequestionamento, devendo o Superior Tribunal de Justiça, até mesmo de ofício, conhecer dessas questões, evitando-se, assim, o trânsito em julgado da decisão viciada, que poderá ensejar a propositura de ação rescisória (art. 485, V, do CPC (LGL 1973\5)). E mais:

"(...) as condições da ação e os pressupostos processuais devem, necessária e obrigatoriamente, ser objeto de exame *ex officio* por qualquer juiz ou tribunal, antes de se adentrar o julgamento do mérito, independentemente de ter havido ou não requerimento das partes. Assim, pode-se dizer que essas matérias de ordem pública estariam, por força de lei, implicitamente prequestionadas em toda e qualquer decisão de mérito" ⁴⁸(grifei).

Da mesma forma, Antonio Janyr Dall'Agnol Júnior observou: *cuidando-se* de matéria de ordem pública, incide o art. 267, § 3.º, do CPC (LGL 1973\5) , mesmo em sede de recursos extraordinários, o que também dispensa o requisito de prequestionamento" ⁴⁹(grifei).



No caso sob exame, é preciso atentar para o pressuposto processual cuja ausência se constata. Trata-se, como já demonstrado, da ausência de litisconsortes passivos necessários (art. 47 e parágrafo único, CPC (LGL 1973\5)); o que pode ser visto e entendido como pressuposto de *validade* da relação processual, mas que, para parte da doutrina, pode ser caracterizado até mesmo como autêntico pressuposto de existência do processo. E mais: pode ser visto e entendido como falta de condição da ação.

Assim entende Teresa Arruda Alvim Wambier, para quem "a instauração do litisconsórcio necessário está inegavelmente ligada à legitimidade *ad causam*". Invocando a lição de Cândido Dinamarco, a citada processualista afirma que, desobedecida a regra do art. 47 do CPC (LGL 1973\5) , "estar-se-á diante de um caso de necessidade de extinção do processo sem julgamento do mérito, por ausência de pressuposto processual de validade da legitimação para o processo". Mas ressalva:

"Mas, *além* de estar ausente um pressuposto processual de validade, ausente está também um pressuposto processual de existência, o da citação. Devem ser citados aquele ou aqueles que, segundo a lei, devem estar presentes no processo, integrando a relação processual.

Segundo pensamos, *havendo* dois vícios numa mesma situação, deve aplicar-se o regime jurídico mais grave".

E mais:

"Cumpra ainda notar, que o art. 47, parágrafo único, tem aplicação, qualquer que seja o momento em que o juiz verifique a ausência de litisconsorte necessário. É poder-dever do juiz, de natureza inquisitória, o de fiscalizar a regularidade do processo, inspirado no espírito da lei, que é o de evitar que se consubstanciem, que cheguem a formar-se, nulidades"⁵⁰(grifei).

Assim, não seria lógico ou coerente com o sistema processual admitir-se, de um lado, que o recurso especial reúna condições de ser julgado, mas que, de outro, há nulidade que contamina o processo e que impede o julgamento do mérito; nulidade essa, diga-se, cuja aferição está perfeitamente ao alcance do STJ, porque se trata de aplicar o direito federal (CPC (LGL 1973\5) , art. 47, *caput* e parágrafo único), não sendo necessário, para tanto, reexame de prova, e não existindo, tampouco, qualquer óbice para o conhecimento do recurso especial.

Aliás, o quanto aqui se expôs a respeito da desnecessidade do pré-questionamento em casos como o sob exame é confirmado pela jurisprudência do STJ, quando este reconhece que: " o litisconsorte necessário pode manifestar recurso especial, mesmo que não tenha participado da causa, fazendo-o na qualidade de terceiro prejudicado (CPC (LGL 1973\5) , art. 499 - *caput* e § 1.º). Na hipótese mencionada, é dispensável o requisito do prequestionamento, pois o recorrente só entrou nos autos após a prolação do acórdão, para insurgir-se contra a ausência da sua citação como litisconsorte necessário"⁵¹(grifei).

Ora, se a exigência do pré-questionamento é dispensada ao terceiro, só se pode entender que, na verdade, é dispensada para o órgão julgante (tanto mais se consideradas as razões que justificam a exigência daquele requisito e pesados os escopos do recurso especial). Assim, a gravidade do vício impõe mesmo que dele conheça o tribunal, ainda que a questão não conste do acórdão recorrido, não podendo a Corte superior exercer jurisdição sem que seu instrumento - o processo - esteja adequado aos requisitos de validade e eficácia constantes do ordenamento.

Ora, considerando todo o retro exposto, não resta dúvida de que a nulidade em questão (por afronta à regra do art. 47 do CPC (LGL 1973\5)) - se pode ser alegada e conhecida mesmo originariamente em recurso especial, que é um recurso extraordinário (em sentido lato) - *pode* e deve ser alegada e conhecida em embargos de declaração, desde que os mesmos sejam ainda cabíveis, estando ainda na instância ordinária. Isso se explica, como visto, diante da circunstância de que (i) a questão é de ordem pública e (ii) a questão fica devolvida ao conhecimento do tribunal pelo chamado efeito translativo.

3.2.3 O exame do caso submetido a consulta

No caso sob exame, posta a salvo de discussão a premissa de que o processo deve ser anulado porque não o integraram os sócios fundadores (litisconsortes necessários), não resta dúvida de que *tal* alegação pode e deve ser feita, conhecida e acolhida em sede de embargos de declaração, a

serem manifestados em face do acórdão proferido em embargos infringentes, uma vez que a fase do processo ainda comporta semelhante intervenção.

Nem se diga que os embargos declaratórios, no caso em tela, não seriam admissíveis na medida em que a questão (da nulidade por violação ao art. 47 do CPC (LGL 1973\5)) não teria sido agitada antes, quer no apelo, quer nos embargos infringentes.

É que, como dito e demonstrado, a devolução da questão é inerente a ambas modalidades recursais, por força do chamado e examinado efeito translativo. Portanto, embora não versada nos recursos, a questão - sobre a qual não se opera preclusão - ficou devolvida ao conhecimento do órgão que, podendo e devendo conhecê-la de ofício, *deve* sobre ela se pronunciar, sob pena de incidir em indevida omissão e negar vigência à regra do art. 535, II, do CPC (LGL 1973\5) .

E, como sabido e anota Theotonio Negrão, a jurisprudência - inclusive do Superior Tribunal de Justiça - tem reconhecido, de forma reiterada, que, *suprida* a omissão, pode, eventualmente, ser alterada a conclusão do acórdão, se incompatível com esse suprimento, dando-se conta inclusive de acórdão que, no âmbito de embargos de declaração, reconheceu precisamente vício decorrente da falta de citação de litisconsorte necessário.⁵²

Lembre-se, ademais, que os sócios fundadores, na medida em que litisconsortes necessários que não integraram a relação processual, são legitimados a recorrer, não apenas por força do próprio art. 47 do CPC (LGL 1973\5) , mas também com apoio na regra do art. 499 do mesmo diploma legal, que confere ao *terceiro* prejudicado o direito de recorrer. E, na precisa lição de Vicente Greco Filho, "pode recorrer quem poderia ter sido assistente, oponente ou outra forma de intervenção e não o foi". E mais:

"Além desses, *podem* também recorrer como terceiros prejudicados aqueles que, não tendo participado do contraditório, seriam prejudicados se a sentença fosse eficaz contra eles, caso tivessem sido partes. Por exemplo, alguém que deveria ter sido litisconsorte necessário, mas não foi citado, pode recorrer como terceiro apenas para pleitear a nulidade da decisão"⁵³(grifei).

4. Respostas aos quesitos

1 - No caso submetido a consulta, deveriam os sócios fundadores ter sido incluídos no pólo passivo da demanda e do processo, na qualidade de litisconsortes necessários?

R. - Sim, pelas razões expostas ao longo do parecer.

2 - Suposto existir o cogitado litisconsórcio passivo necessário, pode a matéria (nulidade do processo pela ausência de citação de litisconsorte) ser suscitada originariamente em embargos de declaração e, depois e eventualmente, em recurso especial?

R. - A matéria pode e deve ser alegada em embargos de declaração, que poderão e deverão ser acolhidos para que, analisada a questão (de ordem pública), seja reconhecida a violação ao art. 47 do CPC (LGL 1973\5) , nulificando-se o feito desde a instância originária, com a determinação aos autores de que promovam a citação dos litisconsortes necessários. Caso assim não reconheça o tribunal estadual, caberá recurso especial, que deverá ser conhecido e provido, nulificando-se o feito na forma indicada.

(1) Cf. Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoriageraldoprocesso*, São Paulo, Malheiros, 1997, p. 264.

(2) Cf. José Frederico Marques, *Manualdedireitoprocessualcivil*, Campinas, Bookseller, 1997, vol. I, p. 353.

(3) Exemplo clássico é o da ação de usucapião de terras particulares, em que o proprietário e todos os confinantes, a União Federal, Estado e Município (e ainda eventuais terceiros e interessados) são chamados a participar (arts. 942, 943, CPC (LGL 1973\5)). É como se dá também nas hipóteses do art. 10, parágrafo único, do CPC (LGL 1973\5) , em que marido e mulher devem ser citados como litisconsortes. Ou, ainda, os credores, que devem participar todos do processo de insolvência civil (arts. 761 e 762, CPC (LGL 1973\5)), e os juízos divisórios (arts. 946, 952 e 999, CPC (LGL



1973\5)).

(4) Cf. Moacyr Amaral Santos, *Primeiraslinhasdedireitoprocessualcivil*, São Paulo, Saraiva, 1997, vol. II, p. 9.

(5) Cf. H. Tornaghi, *ComentáriosaoCódigodeProcessoCivil*, São Paulo, Ed. RT, 1974, vol. I, p. 215.

(6) Cf. Ovídio Baptista da Silva, *ComentáriosaoCódigodeProcessoCivil*, São Paulo, Ed. RT, 2000, vol. I, p. 196.

(7) Cf. Francesco Carnelutti, *Istituzionidelnuovoprocessocivileitaliano*, Roma, Soc. Ed. Del Foro Italiano, 1941, p. 259.

(8) Cf. Maria Encarnación D'Avila Millan, *Litisconsorcioneccessario-conceptoytratamentoprosesal*, Barcelona, Bosch, 1975, p. 47.

(9) A lição é de Enrico Redenti, na obra *Ilguidiziocivileconpluralitàdiparti*. Milano, Giuffrè, 1960.

(10) Sobre o tema, consultar o trabalho de Giovanni Pavanini, *Illitisconsorzionei giudizidivisori*, Padova, Cedam, 1948, p. 244.

(11) Cf. Guilherme Estellita: "Mas somente pode o Judiciário concluir pela necessidade ou desnecessidade daquela presença *descendoàanálisedanaturezadarelaçãojurídica*, examinando-a em sua contextura íntima; verificando em face desta: se podem trazê-la a juízo, um ou algum de seus interessados, ou somente todos eles, conjuntamente; se a obediência à relação pode ser reclamada de um ou de alguns interessados, ou somente de todos eles, reunidos (*Dolitisconsórcionodireito brasileiro*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1955, p. 342).

(12) Cf. Arruda Alvim, *Manualdedireitoprocessualcivil*, São Paulo, Ed. RT, 1997, vol. II, p. 84.

(13) Cf. Jorge Americano, *ComentáriosaoCódigodeProcessoCivilbrasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1958, vol. I, p. 128.

(14) "No litisconsórcio passivo unitário, a sentença tem de ser uniforme: *ojuiznãopodedarsorte diferente-noplanododireitomaterial-àsparteslitisconsorciadas* (Cf. Pontes de Miranda, *ComentáriosaoCódigodeProcessoCivil*, Rio de Janeiro, Forense, 1973, t. II, p. 35).

(15) Cf. Gabriel de Rezende Filho, *Cursodedireitoprocessualcivil*, São Paulo, Saraiva, 1952, vol. I, p. 258.

(16) Entre nós, Lopes da Costa (*Direitoprocessualcivilbrasileiro*) e Cândido Dinarmarco (*Litisconsórcio*) trataram da consideração - no litisconsórcio necessário unitário - das partes consorciadas como se fossem um "todo monolítico", na feliz expressão de Dinarmarco. No direito estrangeiro, Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo (*Estudiosdeteoriageneralehistoriadelp proceso, vol.1*) considera a necessidade de se tratar os litisconsortes necessários unitários como se formassem um bloco (*bloque*). A idéia, sempre, *éadaindivisibilidadeeinseparabilidadedodosdireitoseobrigaçõesaes referentes*.

(17) Essa era a idéia de Chiovenda (cf. seu *Sullitisconsorzionecessario.Saggididirittoprocessuale civile*), e, mais recentemente, Andrea Proto Pisani (*Opposizionediterzoordinaria*).

(18) Cf. Enrico Redenti, *Ilguidiziocivileconpluralitàdiparti*, Milano, Giuffrè, 1960, p. 5.

(19) Essa, ademais, a própria idéia da legitimação passiva, que pertence, segundo lição de Liebman, ao titular do interesse oposto, isto é, *aquelesobreoqualoprovimentopedidodeveráproduziosseus efeitos,ousobrequemdeveráoperaratutelajurisdicionalinvocadapeloautor* (Cf. *Manualdedireitoprocessualcivil*, Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 159).

(20) Cf. Enrico Redenti, *Dirittoprocessualecivile*, Milano, Giuffrè, 1957, vol. II, p. 9.



- (21) Cf. Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, vol. I, p. 261, n. 39. A citação, importante observar, insere-se em passagem dedicada ao estudo da legitimação para agir.
- (22) Cf. Enrico Tullio Liebman, *Manual de direito processual civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 106.
- (23) Cf. Ovídio Baptista da Silva, *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo, Ed. RT, 2000, vol. I, p. 214.
- (24) Cf. Cândido Dinamarco, *Litisconsórcio*, São Paulo, Malheiros, 1997, p. 236.
- (25) "Muda, porém, o problema no caso do litisconsórcio unitário. Aqui, a invalidade ou ineficácia da sentença não irá decorrer diretamente da ofensa a um determinado dispositivo da lei processual e sim da natureza una e única da relação de direito material, controvertida no processo. (...) *asentença produzida, num processo em que não forem citados todos os litisconsortes, antes de produziro ofensa à lei, representa uma violação da própria relação de direito material, só indiretamente ofendendo a lei ou algum princípio processual*" (Cf. Ovídio A. Baptista da Silva, *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo, Ed. RT, 2000, p. 212).
- (26) Cf. Enrico Redenti, *Ilgiudiziocivilecon pluralità di parti*, Milano, Giuffrè, 1960, p. 13.
- (27) No direito português, José Alberto dos Reis já havia apontado a impossibilidade (a intolerabilidade) de que a sentença produza efeitos contra quem não foi chamado a participar de sua formação (Cf. *Código de Processo Civil anotado*, vol. I). No direito brasileiro, é uníssono o repúdio a sentenças produzidas sem a oitiva daqueles que por ela serão afetados, dada a garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa (por todos, Cândido Dinamarco, *Litisconsórcio*, e, ainda, *A instrumentalidade do processo*).
- (28) Sobre o tema, confirmam-se as lições de Guilherme Estellita (*Dolitisconsórcio no direito brasileiro*) e Cândido Dinamarco (*A instrumentalidade do processo*).
- (29) Cf. Flávio Yarshell, *Tutela jurisdicional*, São Paulo, Atlas, 2000, p. 147, nota 452.
- (30) REsp 146.099/ES, 4.^a T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 14.02.2000.
- (31) REsp 147.769/SP, 4.^a T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 14.02.2000.
- (32) Cf. Grinover-Magalhães-Scarance, *Recursos no processo penal*, São Paulo, Ed. RT, 1996, p. 51.
- (33) Cf. José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1993, vol. V, n. 237, p. 383.
- (34) Cf. Grinover-Magalhães-Scarance, op. cit., p. 52.
- (35) Barbosa Moreira, op. cit., n. 238, p. 383.
- (36) Cf. Grinover-Magalhães-Scarance, op. cit., p. 52.
- (37) Cf. Barbosa Moreira, op. cit., n. 244, p. 397.
- (38) Cf. Grinover-Magalhães-Scarance, op. cit., p. 52
- (39) Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processo Civil comentado*, São Paulo, Ed. RT, 1997, p. 748.
- (40) Nelson Nery Junior, *Princípios fundamentais-teoria geral dos recursos*, São Paulo, 2000, p. 415.
- (41) Cf. Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria geral do processo*, São Paulo, Malheiros, 1997, p. 291.
- (42) Cf. José Carlos Barbosa Moreira, "Sobre pressupostos processuais", *Temas de direito processual, quartasérie*, São Paulo, Saraiva, 1984, p. 89.



(43) Cf. Theotonio Negrão, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 1.840, nota n. 4 ao art. 255 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

(44) Cf. Negrão, op. cit., p. 1.834, com remessa à RSTJ 54/330.

(45) Cf. Negrão, op. cit., p. 1.834, com referência à RSTJ 34/423.

(46) Cf. Francisco Cláudio de Almeida Santos, "Recurso Especial, visão geral", *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*, coordenação do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo, 1991, p. 103.

(47) Cf. Antonio de Pádua Nogueira, "Do recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça", *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*, coordenação do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo, 1991, p. 49 e ss.

(48) Cf. Nelson Luiz Pinto, *Recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça - teoria geral e admissibilidade*, São Paulo, Malheiros, 1996, p. 182-183.

(49) Cf. "O prequestionamento da questão federal nos recursos extraordinários", RePro 74/74-75.

(50) Cf. Teresa Arruda Alvim Wambier, *Nulidade das sentenças*, São Paulo, Ed. RT, 1993, p. 129-130.

(51) Cf. Negrão, op. cit., p. 1.841, fazendo menção ao REsp 18.550-SP, relator o Min. Antônio de Pádua.

(52) Cf. Negrão, op. cit., p. 604-605, nota 17 ao art. 535 do CPC (LGL 1973\5) .

(53) Cf. Vicente Greco Filho, op. cit., p. 258.