



Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Litisconsórcio Ativo Necessário: uma ficção jurídica ou uma possibilidade de fato?

Andréa Silva Araujo

Rio de Janeiro

2013

ANDRÉA SILVA ARAUJO

Litisconsórcio Ativo Necessário: uma ficção jurídica ou uma possibilidade de fato?

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Professores Orientadores:

Néli Fetzner

Nelson Tavares

Maria de Fátima Alves São Pedro

Rio de Janeiro
2013

LITISCONSÓRCIO ATIVO NECESSÁRIO, UMA FICÇÃO JURÍDICA OU REALIDADE DE FATO?

Andréa Silva Araujo

Graduada pela Universidade Cândido Mendes
Advogada

Resumo: Trata-se neste artigo do Instituto do Litisconsórcio, cuja previsão legal e caracterização são abordadas pelo Código de Processo Civil nos arts. 46 a 49, e, de seus desdobramentos doutrinários, em especial, do litisconsórcio ativo necessário, cuja existência real nos remete a conceitos basilares de um Estado Democrático de Direito, como o aqui instado, onde princípios norteadores como o da liberdade e o do acesso à justiça confrontam-se peremptoriamente com o exercício efetivo jurisdicional ante as consequências advindas da necessidade de litigar em litisconsórcio ativo, de quem, por suas razões, não o quer.

Palavras-chave: Litisconsórcio – Espécies – Classificação.

Sumário: 1. O Litisconsórcio e suas Variações Processuais e Doutrinárias – 2. Litisconsórcio Necessário frente ao Direito Brasileiro – 3. Litisconsórcio Ativo Necessário – Ficção Jurídica ou Existência de Fato? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva contribuir para uma análise acerca do Instituto Litisconsórcio, trazendo à tona questões de uso fático em nosso ordenamento jurídico através de breve análise de suas classificações doutrinárias e jurisprudenciais, e, em especial, será abordado o litisconsórcio necessário ativo e sua aplicabilidade, visando à avaliação de sua real existência no mundo jurídico.

O litisconsórcio é instrumento jurídico previsto pelo legislador e elencado no Código de Processo Civil, nos artigos 46 a 49, cuja aplicação, porém, dá margem ao seu desmembramento em outras classificações aduzidas através de diversas óticas doutrinárias e por fim aplicadas pela jurisprudência, igualmente, de formas não uniformes.

O litisconsórcio é fenômeno basicamente centrado na teoria do processo e diz respeito aos sujeitos processuais, sendo, portanto, o modo de ser da relação jurídico-processual que se afeta e que representa conotações bastante peculiares, quando, ao invés de apenas um autor e apenas um réu, três ou mais são os sujeitos em questão, ocupando o espaço litisconsorcial.

Com o instituto do litisconsórcio têm-se, preliminarmente, a economia processual e a harmonia dos julgados, evitando-se, assim, a produção de decisões dispares e conflitantes relacionadas à diversidade de autores e réus de variadas demandas propostas, bem como, a otimização do processo como meio pelo qual a sociedade dele se utiliza a fim de obter o máximo de adequação dos resultados.

O foco aqui, porém, é avaliar a existência ou não do litisconsórcio ativo necessário, posto ser esse tipo de litisconsórcio, indubitavelmente, tema controverso para grandes e ilustres doutrinadores no nosso direito, e, por conseguinte, por trazer à realidade jurisdicionada um número vultoso de julgados dispares acerca do tema.

A pluralidade de partes no polo ativo de uma demanda quando supostamente necessária, ou seja, obrigatória, para sua regularidade, demonstra ser um grave problema processual, pois implicitamente, há questões subjetivas que precisam ser avaliadas, para que princípios basilares do direito não sejam afrontados.

Princípios estes como o da liberdade, insculpido no art. 5º, *caput*, e, inciso II, e o Princípio do Acesso à Justiça, previsto no art. 5º, inciso XXXV, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil¹, que de forma subjetiva apresentam-se implicitamente no fenômeno da necessidade litisconsorcial ativa, tema a ser neste trabalho abordado.

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 out. 2012.

Questões de tamanha monta que se baseiam, conforme mencionado, em princípios basilares do Estado Democrático de Direito, como a garantia de acesso ao Judiciário, que não pode, sob qualquer alegação, ser renegada a um segundo plano.

Interessa, então, saber se existe realmente o litisconsórcio necessário ativo? Será ele apenas uma ficção jurídica? Aquele que pretende mover demanda em que se configure a necessidade litisconsorcial de outrem, verá seu direito de acesso ao judiciário fenecer por lhe faltar legitimidade ativa, diante da ausência do outro que não quer litigar? Existe algum meio processual capaz de forçar aquele litisconsorte necessário ausente numa dada demanda a compor a relação processual em que se configure a sua legitimação? Como se preservar os princípios da liberdade e do acesso à justiça aquele que quer demandar, diante da negativa de seu litisconsorte necessário? E este, que não quer, precisará ser citado para compor o polo passivo ou poderá ser compelido a demandar junto ao seu litisconsorte ativo?

São essas as questões relevantes que aqui se pretende avaliar, com o cunho de trazê-las à discussão e pensamento dos operadores do direito, sem, no entanto, olvidar encontrar solução terminativa, posto a complexidade e recorrência do tema aqui abordado.

O estudo a ser desenvolvido será pautado na metodologia do tipo bibliográfica e histórica, bem como parcialmente exploratória.

1. O LITISCONSÓRCIO E SUAS VARIAÇÕES PROCESSUAIS E DOUTRINÁRIAS

Do latim *litis consortium*, do verbo litigo (litigar). Daí *litis cum sors*, expressão na qual *lis*, *litis* significa processo, *cum* preposição que indica junção, e *sors* significa destino, sorte.

Litisconsórcio, definido numa perspectiva bastante ampla é situação caracterizada pela coexistência de duas ou mais pessoas do lado ativo ou do lado passivo da relação

processual – independentemente de estarem reunidas no mesmo polo ou serem distintas as situações².

O que caracteriza o litisconsórcio é exatamente essa presença simultânea de pessoas que passam a integrar a relação processual na qualidade de partes, quer seja, autores, ou réus, dentro de um mesmo processo.

Todos os litisconsórcios que se encontram no polo ativo da demanda são autores, bem como, todos aqueles que se encontram no polo passivo da relação processual são réus.

É, portanto, o litisconsórcio fenômeno que se situa na seara da teoria do processo, e, diz respeito aos sujeitos processuais, caracterizando um modo de ser da relação jurídico-processual, que apresenta peculiaridades quando nela surge, não apenas um único autor ou réu, mas, três ou mais ocupantes dessas partes.

Em outras palavras, então, ocorre o litisconsórcio quando, em um processo há pluralidade de demandantes ou demandados. Todas as vezes que, em um processo, mais de uma pessoa pleiteia em seu favor a tutela jurisdicional, ou referida tutela é pleiteada em face de diversos demandados, ter-se-á o litisconsórcio³.

Quatro são as formas de se classificar o litisconsórcio, forma mais relevante das espécies de pluralidade das partes, quais sejam, quanto à posição, quanto ao poder aglutinador das razões que conduzem à sua formação, quanto ao regime de tratamento dos litisconsortes e quanto ao momento de sua formação.

Pode o litisconsórcio, quanto à posição que ocupa ser ativo, passivo, ou misto.

Quanto ao poder aglutinador das razões que conduzem à formação do litisconsórcio, tem-se que há litisconsórcio necessário e litisconsórcio facultativo.

Quanto ao regime de tratamento dos litisconsortes há que se falar em litisconsórcio unitário e litisconsórcio simples ou comum.

² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.45.

³ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 189.

E, por fim, a última forma de se classificar o litisconsórcio, quanto ao momento de sua formação, comporta ainda duas espécies, o litisconsórcio inicial, ou originário, e, o litisconsórcio ulterior ou superveniente.

Numa breve alusão às características classificatórias litisconsorciais citadas pela doutrina⁴⁵⁶⁷, tem-se que há o litisconsórcio ativo quando, na relação processual, encontram-se diversos autores demandando em face de apenas um réu, bem como, no lado oposto, ocorre o litisconsórcio passivo quando um autor demanda em face de vários réus. E, o chamado litisconsórcio misto, também denominado de litisconsórcio recíproco, quando há na relação processual, diversos autores e diversos réus.

Quando a presença de todos os litisconsortes é essencial ao desenvolvimento da demanda em direção ao provimento final do mérito, fala-se em litisconsórcio necessário, hipótese em que a ausência de um dos legitimados, acarreta, via de fato, a ilegitimidade dos demais que estiverem presentes.

Bem como, ainda, será facultativo o litisconsórcio, toda vez que este puder se formar e não ocorrer nenhuma das causas da necessidade, ou seja, toda vez que o litisconsórcio for possível, mas não imposto pela natureza da relação jurídica, incindível, ou por disposição da lei, ocorrerá o chamado litisconsórcio facultativo.

Há litisconsórcio unitário nas hipóteses em que, em vista da relação jurídica in *iudicium deducta*, a decisão da causa tem de ser, obrigatoriamente, uniforme para todos os litisconsortes.

Numa outra espécie, há o litisconsórcio simples ou comum, assim chamado por nele não haver a possibilidade de decisões divergentes em relação a cada um dos litisconsortes.

⁴ CÂMARA, op. cit., 2012, p. 194-205.

⁵ ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 14. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2011, p. 593-597.

⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 75-80.

⁷ DINAMARCO, Marcia da Conceição Alves. *Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.80-82.

Insta, porém, salientar que nem todo litisconsórcio necessário será unitário.

Como visto, há duas causas de necessidade: alguma disposição de lei e natureza jurídica, desta forma, certo é que ocorrendo o litisconsórcio necessário pela natureza incindível da relação jurídica in *iudicium deducta*, ele será, por óbvio, além de necessário, também unitário.

De outro lado, também é possível se afirmar que nem todo litisconsórcio unitário é necessário, mas, pode-se, no entanto, afirmar que, via de regra, o litisconsórcio unitário também é necessário, posto a natureza da relação jurídica, derivam, então, de uma mesma situação geradora, a natureza incindível da *res iudicium deducta*, tornando-os de certa forma interdependentes.

Por fim, quanto àquela classificação que diz respeito ao momento da formação do litisconsórcio, há duas espécies: litisconsórcio inicial, também denominado de originário, e, litisconsórcio ulterior ou superveniente.

Conforme se depreende da própria nomenclatura utilizada, o litisconsórcio originário se forma desde a instauração do processo, enquanto o litisconsórcio superveniente se forma apenas ao longo da demanda proposta, sendo, a regra, naturalmente, o litisconsórcio originário, quando a demanda já se apresenta na sua formação com as partes que compõe o litígio bastante delineadas, quer seja, autor, ou autores, e réu, ou, réus.

Há, porém, caso de litisconsórcio superveniente como ocorre, por exemplo, no caso de chamamento ao processo, bem como nos casos de sucessão processual.

Desta forma, então, foram de forma bastante sucinta delineados os contornos essenciais ao entendimento do tema litisconsórcio, necessários, ao ulterior aprofundamento da matéria em questão que é essencialmente a questão da possibilidade ou não do fenômeno litisconsorcial necessário ativo, de acordo com a legislação pátria e doutrina majoritária.

2. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO FRENTE AO DIREITO BRASILEIRO

Aqui se pretende visualizar o regramento que conduzem à indispensável presença de duas ou mais pessoas atuando como autores ou réus no processo, determinando os meios que impõem a obediência a essas regras, e, em contra partida, as sanções no caso de seu descumprimento.

Importante frisar que o conceito de litisconsórcio necessário não pode de forma alguma ser confundido com o conceito de litisconsórcio unitário, acima mencionado.

A Lei ao determinar a necessidade do litisconsórcio em alguns casos volta-se a atender certos critérios necessários à efetiva aglutinação dessas litisconsortes, tornando, assim, indispensável essa formação coletiva, exigindo a sua formação, e, em outros casos, aconselham o legislador a impô-la.

Decorrem esses fatores das realidades disciplinadas pelo direito substancial, quer seja, a incidibilidade da situação jurídica, ou da conveniência de que o processo possa alcançar, por força de lei específica, um maior número de jurisdicionados.

Assim sendo, no caso da necessidade litisconsorcial em função do direito substancial, não há outra forma, que não exigir a presença dos litisconsortes, já no segundo caso o juízo a impõe em função de uma dada conveniência processual.

Leciona Dinamarco que a “doutrina italiana atual fala em litisconsórcio necessário processual para designar o necessário unitário (casos de incidibilidade)”.⁸

Não se pode, porém, confundir os fenômenos do litisconsórcio unitário e necessário, posto tratar-se de duas espécies distintas do instituto litisconsórcio.

⁸ DINAMARCO. Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 188.

Ao se avaliar o fenômeno litisconsorcial unitário, deve-se ater ao regime de tratamento dispensado aos litisconsortes envolvidos, tal qual a homogeneidade dos julgamentos a eles dispensados.

Já no litisconsórcio necessário, fala-se, a rigor, na exigibilidade de que no processo estejam certas pessoas reunidas na posição de autores ou réus.

Por óbvio as explicações de cada um dos dois fenômenos, apesar de absolutamente distintas, estão intimamente ligadas, à medida que, conforme, menciona Barbosa Moreira⁹ “é, a um só tempo, causa e efeito”, quer seja, “causa do regime especial do litisconsórcio e efeito de uma outra causa, que é a natureza especial da relação jurídica que constitui a *res in judicium deducta* (Litisconsórcio unitário)¹⁰.”

Depois de compreendida essa questão da proximidade fática e doutrinária entre os dois casos litisconsorcial, faz-se relevante a dissecação da respectiva lei pertinente, quer seja, o art. 47 do Código de Processo Civil¹¹ que prevê na parte inicial que “há litisconsórcio necessário quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes.”

Tal dispositivo conduz o leitor a uma errônea ideia da possibilidade de existir caso em que a exigência de julgamento uniforme decorresse de disposição de lei, o que de fato não ocorre.

Na realidade tal dispositivo advém da lei alemã, *Zivilprozessordnung*, § 62, a qual menciona a necessidade “quando a relação jurídica litigiosa tiver de ser decidida de modo uniforme para todos os litisconsortes.”¹²

Em relação ao disposto em nossa lei processual, art. 47, *caput*, Dinamarco afirma de forma categórica, a despeito de outros doutrinadores, que “não é correto pensar que ela tenha

⁹ MOREIRA *apud* DINAMARCO, p. 189.

¹⁰ DINAMARCO, *op. cit.*, p. 189.

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. 5. ed. São Paulo: RT, 2013.

¹² DINAMARCO, *op. cit.*, p.140.

feito confusão entre os conceitos de litisconsórcio unitário e necessário nem que houvesse colocado aquele como subespécie deste”.¹³

Para ele, ainda, o que de fato a lei quis dizer foi que “...em sua linguagem reconhecidamente pouco clara é que se aferirá a necessidade a partir da unitariedade, podendo ocorrer aquela também sem esta, sempre que norma específica o determine”¹⁴.

No mesmo pensar ainda que com certa ressalva, coaduna Alexandre Freitas Câmara¹⁵, que aduz haver no referido artigo apenas um erro de localização ou de disposição literal, quer seja, segundo ele há apenas a necessidade de transposição de uma palavra, que na sua avaliação, estaria fora do lugar.

A seu ver haveria, então, a necessidade de se alterar a localização física dessa palavra, para passar a constar na seguinte forma: “Há litisconsórcio necessário por disposição de lei, *ou* quando, pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo”.¹⁶

Desta forma, então, visando afastar definitivamente uma possível impropriedade do legislador na redação confusa do aludido artigo, tem-se, afinal, em nossa legislação processual que o litisconsórcio necessário se dá por disposição legal ou pela natureza da relação jurídica, e, o litisconsórcio unitário se dá quando o conteúdo da sentença tiver que ser idêntico a todos os litisconsortes envolvidos.

Portanto, embora necessário, o litisconsórcio poderá ser unitário ou simples. Será unitário quando a sentença for a mesma para todos os litisconsortes e simples quando a sentença puder ser diferente para cada um dos litisconsortes.

¹³ DINAMARCO, op. cit., p. 191.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ CÂMARA, op. cit., p. 200.

¹⁶ Ibid.

Pode-se citar para fins elucidativos o caso da sentença de divórcio que, por óbvio, será uma só, com um único efeito a ambos os requerente, quer seja, caso de litisconsórcio unitário.

E, como exemplo de litisconsórcio simples, onde a sentença poderá ser distinta aos litisconsortes, cita-se o caso da ação demarcatória, onde, por exigência legal, deverão ser citados todos os confinantes.

Igualmente, também poderá ser o litisconsórcio facultativo unitário ou simples, sendo o primeiro caso aquele em que a lei faculta a presença ou não dos litisconsortes, e, em havendo a presença em conjunto dessas pessoas a sentença deverá abarcar de forma unitária a todos, por se tratar de relação jurídica material incindível.

Já no caso do litisconsórcio simples, como no caso de ação proposta por vários credores em face de um devedor, a sentença poderá ser distinta para cada credor, posto que cada um terá seu crédito atendido supostamente em valores específicos créditos pretendidos.

É necessário esclarecer que embora a existência de litisconsórcio necessário e simples, bem como ainda, de facultativo e unitário, o mais comum é que o litisconsórcio necessário seja também unitário.

Situação essa dada pela natureza incindível da relação jurídica de direito material, que é o mesmo fundamento que justifica a uniformidade no litisconsórcio unitário, ou seja, enquanto a necessariedade litisconsorcial seja uma condição aferida no ato da propositura da ação, a uniformidade da decisão no litisconsórcio unitário é um efeito dessa decisão, ambas, porém, derivam do mesmo fundamento da indivisibilidade da relação jurídica material.

3. LITISCONSÓRCIO ATIVO NECESSÁRIO – FICÇÃO JURÍDICA OU EXISTÊNCIA DE FATO?

Pelo até aqui visto, pode-se de forma analítica, concluir-se pela excepcionalidade do litisconsórcio necessário.

O litisconsórcio necessário, então, demonstra-se como forma de limitação ao poder de agir em juízo, pois, quando ele ocorre, a legitimidade para determinada causa fica adstrita a duas ou mais pessoas em conjunto, não sendo, portanto, admissível o julgamento do mérito da demanda ajuizada em vista apenas de uma delas, ou até mesmo ajuizada por apenas uma delas.

Desta forma, posto ser a necessidade litisconsorcial uma restrição à ordem de garantia constitucional da ação, “ela só se demonstra legítima quando embasada em boa razão que torne evidente ser a restrição um mal menor que a prolação do provimento sem a presença de todos”.¹⁷

Uma das razões para essa necessidade litisconsorcial é a incindibilidade da relação jurídica material, quer seja, a impossibilidade de divisão do provimento, objeto do julgamento, o que também ocasiona a unitariedade do litisconsórcio.

Há ainda outra razão para essa necessidade, e, esta deriva da lei, litisconsórcio por força de lei específica, onde a necessidade é imposta com vista à maior utilidade do processo e, por conseguinte, da atuação jurisdicional, abrangendo, assim, um número maior de pessoas envolvidas num mesmo contexto jurídico-substancial, como acontece, por exemplo, nas ações de usucapião, com os confinantes.

Desta forma, então, a necessidade litisconsorcial fica adstrita aos casos acima elencados.

¹⁷ DINAMARCO, op. cit., p. 246.

Surge, porém, a dúvida, apesar da clara elucidação doutrinária quanto a sua aplicabilidade por força de lei, bem como pela incindibilidade da relação jurídica material, acerca da imposição dessa necessidade no lado ativo da demanda.

Há que se registrar, de pronto, uma tendência por parte da moderna ciência processual em limitar os casos de litisconsórcio necessário, tendo em vista que “o nosso direito tende, na medida do possível, a eliminar essa figura.”¹⁸

Sendo assim, nosso direito é bastante restritivo quanto à necessidade do litisconsórcio, posto que aqui não pode haver casos fora dos previstos em lei específica ou resultantes do sistema estabelecido no direito positivo, quer seja, CPC, art. 47., casos em que seja ou venha a se tornar necessário o litisconsórcio.

Veda-se, então, em nosso sistema a intervenção *jussu judicis*, não tendo o juiz qualquer discricionariedade para chamar de ofício alguém ao processo quando achar conveniente.

Pode exclusivamente ele, o juiz, conforme consubstanciado no art. 47 do CPC, como providência preliminar ao julgamento conforme o estado do processo, determinar a regularização deste mediante o cumprimento de norma cogente que exige o litisconsórcio em virtude do direito positivo, para, assim, fazer tal determinação.

Fica, desta forma, claro que não é o juiz quem cria essa necessidade litisconsorcial, muito ao contrário, a ele é negado esse poder no sistema brasileiro, sob pena de limitar de forma indevida o poder de ação, sem qualquer amparo legal.

Esse entender é matéria tratada pelo Superior Tribunal de Justiça que assentou que “o juiz não pode impor a formação de litisconsórcio facultativo, pois do contrário estará negando vigência ao art. 46 do CPC”.¹⁹

¹⁸ CHIOVENDA *apud* DINAMARCO, p.247.

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RE. n. 80.852. Relator Thompson Flores. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com/jurisprudencia/navegue/STF/1975/Maio/> >. Acesso em: 17 mar. 2013.

Bem como ainda já havia decidido a mesma Corte Suprema que “não é possível forçar o autor a estender a ação a terceiros que não são obrigatoriamente partes na demanda, assim como coagir estes terceiros a acudir à demanda, uma vez que não sejam litisconsortes necessários”.²⁰

Toda a problemática, então, recai sobre a possibilidade ou não da necessidade de reunião de pessoas no polo ativo da relação jurídica processual.

A doutrina ainda não demonstrou qualquer possibilidade de pacificação no que tange a essa questão que é o litisconsórcio ativo necessário.

Há aqueles que admitem a sua possibilidade e outros que são categóricos em sua impossibilidade, bem como, há igualmente dissenso quanto às eventuais consequências no caso de instauração do processo mediante demanda não subscrita por todos os indispensáveis, ou ainda, das medidas permitidas ao juiz em casos como esses.

Quais soluções seriam cabíveis numa situação como a aventada? A extinção do processo sem julgamento do mérito, por ilegitimidade ativa *ad causam* do autor singular? Poderia o juiz, de ofício, ou a requerimento de uma das partes, mandar integrar no processo o legitimado ausente? Caso, este, devidamente intimado, não compareça, sofreria os efeitos da revelia?

Enfim, diversas são as dúvidas e polêmicas acerca do tema litisconsórcio ativo necessário, e, não há, no entanto, perspectiva de solução pacífica, diante da inegável dicotomia do instituto com os princípios que estão à base da própria ideia da necessidade do litisconsórcio.

Avaliando-se a questão meramente pelo prisma inerente a necessidade litisconsorcial, tem-se que este seria tema dispensável por tratar-se aqui de litisconsórcio também exigido pela relação jurídica incindível ou por força de lei, posto que seriam inúteis

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE. n. 85.774. Relator Min. Cunha Peixoto. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com/jurisprudencia/14616978/recurso-extraordinario-re-85774-mg> >. Acesso em: 12 mai. 2013.

sentenças proferidas sem a participação de algum sujeito indispensável, seja como demandado ou demandante.

Como é o caso clássico do exemplo trazido em nossa doutrina que elenca o caso de dois ou vários “compradores mediante contrato que vem a ser apontado como nulo, será do mesmo modo necessária a coligação litisconsorcial entre eles, como réus em demanda destinada à declaração da nulidade (litisconsórcio passivo) ou como autores postulando sentença que declare a validade do contrato (litisconsórcio ativo).”²¹

Há, assim, clareza quanto as eventuais e óbvias razões para a necessidade litisconsorcial sendo esta no polo ativo ou passivo, em função da relação incidível do direito ou ainda por conta de previsão legal.

As dificuldades, porém, demonstram-se mais eloquentes quando é necessariamente conjunta a legitimidade ativa, carecendo de ação o autor singular que não conte com o consenso e participação de todos os cotitulares da situação jurídico-substancial com relação à qual visa o suprimento jurisdicional de sua demanda.

Assim, ou estão todos presentes e a parte ativa é legítima, ou não estão e ele não dispõe de meios aptos a coagir os demais a compartilhar de sua posição no processo.

Essa conclusão é por óbvio a que se chega em virtude de ninguém poder ser compelido a agir em juízo contra sua própria vontade.

É princípio atual em nosso moderno direito processual o princípio da demanda, ou da iniciativa da parte, impondo a lei aos juízes um estado de inércia que somente poderá ser rompido quando houver precisa e determinada provocação da pessoa interessada, conforme se depreende, por exemplo, da leitura dos art. 24 e 30 do CPP, que determina que não há processo penal sem denúncia ou queixa-crime, bem como, no CPP, art. 2º, nem o juiz civil dará a tutela jurisdicional sem a devida provocação da parte.

²¹ LAMBAUER *apud* DINAMARCO, p. 253.

Esse princípio está presente no nosso direito positivo, com a expressa determinação que o juiz decida a demanda nos limites em que houver sido proposta, conforme art. 128 do CPC, limites esses objetivos, causa de pedir e pedido, e, subjetivos, partes.

Assim, então é que se tratando de litisconsórcio necessário passivo, a integração do réu omitido no processo dependerá sempre de alguma manifestação de vontade do autor nesse sentido, após recebida a ordem a que se refere o art. 47, par. do CPC.

Tratando-se de necessidade no polo ativo da relação processual há que se, peremptoriamente, repelir a ampliação subjetiva da demanda por iniciativa do juiz ou a requerimento do réu, bem como ainda por provocação do próprio autor.

Desta forma é que é dado ao indivíduo o direito de ação, onde ele determina o momento em que queira demandar, exercendo esse direito através das formas que imputar acertadas e desejáveis, atuando oportunamente quando de posse dos meios e provas adequados, com o patrocínio por ele escolhido, avaliando as eventuais despesas pertinentes, enfim, no momento e condições por ele escolhidos.

Assim é que se configura o entender de importante parte da doutrina, como Alexandre Freitas Câmara, Cândido Rangel Dinamarco e outros, pela liberdade de ação da parte, atuando o jurisdicionado no momento que lhe convier, e da forma que lhe for mais oportuna, dando azo ao princípio da demanda, já acima mencionado.

Outros doutrinadores, porém, sustentam que há meios à disposição do demandante de coagir os colegitimados que optaram por quedarem-se inertes.²²

Faz-se necessário, porém, ilustrar que são três os modos pelos quais se adquire a qualidade de parte, que são demanda, citação e intervenção voluntária.

²² HOMERO FREIRE e LAMABUER *apud* DINAMARCO, p. 264.

Os que desta última forma coadunam, o fazem com base no instituto da *adcitatio* germânica, que se caracteriza como ato da parte, destinado a atrair ao processo quem ali não estava por força da propositura da demanda inicial, fazendo-o parte também.

O que não se afigura pela leitura do elencado no art. 47 do CPC, aqui, o que o juiz põe a cargo do autor, sob pena de extinção do processo, são as providências necessárias para a citação dos legitimados indispensáveis.

Mormente evidencia-se uma clara diferenciação dos procedimentos, posto que citação é no direito brasileiro ato de comunicação processual destinado a levar a conhecimento do demandado a existência de demanda ajuizada com a proposta de atingir de algum modo a sua esfera jurídica.

De forma distinta a *adcitatio* referida anteriormente é demanda incidental ao processo, não ato de comunicação processual, o que em nosso direito assemelha-se a aos institutos da denunciação à lide e do chamamento ao processo, previstas nos art. 70 e 77 do CPC, sendo, desta forma, modalidades correlatas de intervenção de terceiros, sendo, então, atos mediante os quais a parte já presente na relação processual faz com que alguém adquira também a condição de parte no processo já pendente.

Oportunamente registre-se que sem esse terceiro, o processo já era regular e sua vinda ao processo por opção e iniciativa da parte atende ao interesse desta e depende da sua provocação, sendo seu o ônus de providenciar a integração do terceiro na relação processual, posto que assim o requereu.

Fica assim afastada a pertinência da *adcitatio* como justificativa para a suposta possibilidade de ser endereçada ao colegitimado ativo ausente da demanda inicial uma citação destinada a impor-lhe a condição de parte ativo no processo.

Sendo assim, pelo até aqui avaliado não há por parte da doutrina um consenso sobre o tema litisconsórcio ativo necessário, gerando a questão muita polêmica em sede doutrinária.

No entanto, o direito material, conforme demonstrado, e nossa jurisprudência vem claramente atuando de forma a repudiar a possibilidade de figurar alguém no polo ativo de uma relação processual sem o concurso de sua própria vontade, posto que a necessidade do litisconsórcio ativo importe pesada restrição à garantia constitucional da ação.

Nesse pensar, então é que o litisconsórcio necessário constitui figura excepcional e tende a ter sua incidência bem diminuída no direito moderno, por colidir frontalmente com a tendência a ampliar a garantia da ação, e, mais excepcional ainda, afigura-se o litisconsórcio necessário ativo, que demonstra ser instituto ainda mais limitador dessa constitucional garantia.

CONCLUSÃO

Foram aqui vistas algumas questões controversas acerca do instituto do litisconsórcio necessário ativo, posto a inevitável questão da sua admissibilidade ou não, frente ao conflito que surge entre o princípio da liberdade de agir em juízo e o direito de ação, sendo certo que haverá de se levar em conta não apenas na solução de tais questões as de cunho material, mas, sobretudo, dever-se-á, para a justa medida, ater-se a uma equilibrada ponderação entre o valor da ação e outros valores.

Tais preocupações não devem, porém, chegar ao ponto extremo de excluir por completo a figura do litisconsórcio ativo necessário.

Há realmente casos em que o respeito à garantia da ação impede a exigência do litisconsórcio ativo apesar da incindibilidade das situações permeadas por vários sujeitos, mas, há outros casos em que o resultado a ser obtido mediante o processo há de ser necessariamente desejado por todos, sob pena de não poder se obter o resultado pleiteado por nenhum.

Pode-se, assim, por fim, concluir que a partir de tudo que fora aqui analisado, as duas premissas básicas que disciplinam e delimitam a necessidade do litisconsórcio ativo sempre que se trate de uma situação daquelas de incindibilidade que em tese tornam o litisconsórcio necessário segundo a regras legais, sem que haja qualquer específica disposição legal dispensando-o no polo ativo, são a garantia constitucional da ação e o caráter instrumental do processo.

Na primeira, é buscado freio a fim de se evitar que a necessidade ativa tenha a mesma amplitude que a passiva, posto o repugno do senso comum em tolher a cada um dos interessados o acesso individual ao Poder Judiciário, ao mesmo tempo em que se lhe negam meios para compelir os demais a participar de sua demanda.

Na segunda premissa, tem-se que essa garantia não deva ser estendida ao ponto de permitir possa um dos cointeressados, sem, o consenso de todos, promover em juízo algum resultado que, no plano do direito substancial, lhe seria vedado produzir individualmente.

Pressionados, assim, por tais comandos vetoriais antagônicos, a necessidade do litisconsórcio ativo acaba por se exilar em área bastante limítrofe, pois se o litisconsórcio necessário em si já constitui uma exceção no sistema processual, as peculiaridades da legitimidade conjunta ativa a submetem a mais essa exigência que é a de tratar-se de caso onde tenha o cointeressado, ou possa ter, interesse em manter o estado jurídico anterior.

Apesar de ser o tema bastante delicado e permeado de dúvidas e incertezas, pautadas na dubiedade de razões que ora se posicionam a aconselhar, ora a desaconselhar a exigência de litisconsortes no polo ativo da relação processual, tem-se que a prática que melhor se afigura com os ditames do moderno processo civil é a técnica de ponderação de interesses, direcionando o juízo a, diante dessa situação, a convocar o legitimado a integrar a relação jurídica processual, seja, no polo ativo ou no polo passivo, bastando para isso ocorrer que passe a figurar na demanda como parte.

Há desta forma a conclusão lógica de que inadmitir a possibilidade desse litisconsórcio, ou ainda optar pela extinção do feito ao com ele se deparar, acarretaria ao titular de direito severa punição e violação aos seus direitos constitucionais, cerceando seu direito de ação, bem como, trazer a força o colegitimado ao processo, integrando o polo ativo da demanda sem o seu desejo, seria uma afronta à liberdade de agir, e, conseqüentemente se estaria vivendo um retrocesso em nosso Estado Democrático de Direito.

Diante disso parece solução adequada que se estando diante de tal conflito processual, de cunho material e subjetivo, tem-se que a fim de preservar tanto o direito singular do titular de direito que pretende ajuizar a ação, quanto daquele colegitimado que não deseja demandar, e, assim, preservando os direitos de ambos, possa ser proposta a demanda pelo autor singular, e, que o colegitimado seja notificado a cerca da demanda, para que em caso de aderência possa se filiar ao autor no polo ativo, e, em caso contrário, resistindo a sua pretensão, passe a constar do polo passivo como réu.

Reitera-se, porém, o caráter excepcionalíssimo do instituto do litisconsórcio necessário, e, sobretudo, do litisconsórcio necessário ativo.

E, sobretudo, ratifica-se neste estudo a primazia dos princípios constitucionais assegurados ao jurisdicionado, que não podem ser privados do regular exercício de ação, bem como, em contra partida, não podem ser levados a integrar o polo ativo de uma demanda de forma coercitiva, quer seja, sem o seu desejo e iniciativa pessoal, sob pena de retrocesso social e de afronta às leis máximas de nossa sociedade.

Motivo pelo qual tende nossa jurisprudência e nosso moderno processo a entender pela ponderação dos interesses opostos envolvidos entre a preservação do direito de ação daquele que pretende ajuizar a ação em oposição ao interesse do cotitular de se manter inerte frente à mesma, passando esse a enfrentar, então, a ação ajuizada na posição de réu.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 14. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 out. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RE. n. 80.852. Relator Thompson Flores. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com/jurisprudencia/navegue/STF/1975/Maio/> >. Acesso em: 17 mar. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE. n. 85.774. Relator Min. Cunha Peixoto. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com/jurisprudencia/14616978/recurso-extraordinario-re-85774-mg> >. Acesso em: 12 mai. 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 14. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Marcia da Conceição Alves. *Direito processual civil: teoria geral do processo e processos de conhecimento*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo*. 5. ed. São Paulo: RT, 2013.