

LITISCONSÓRCIO ATIVO NECESSÁRIO: APLICAÇÃO NA RELAÇÃO PROCESSUAL

Bruno Baldinoti¹
César Augusto Luiz Leonardo²

RESUMO

Em virtude dos diversos acontecimentos do dia a dia, determinado fato pode desencadear consequências que venham a atingir a esfera jurídica de mais de uma pessoa e, por consequência disso, quando esse fato é posto em uma relação jurídica processual, poderá acarretar na participação de mais de duas pessoas em um único, ou em ambos os polos do processo jurisdicional, de tal maneira que, nessa relação processual, haverá a coexistência de mais de um litigante no polo dessa situação jurídica, transcendendo a tradicional esquematização triangular de juiz, autor e réu no processo e, outrossim, ainda nessa relação processual, a eficácia da sentença pode depender da integração de todos os co-legitimados. Assim, haja vista o dissídio doutrinário sobre a aplicação do litisconsórcio ativo necessário na relação processual, em que analisa-se a colisão entre a liberdade de não-demandar com a garantia do direito de ação, o objetivo desta pesquisa é a análise sobre a obrigatoriedade da formação do litisconsórcio no polo ativo da relação processual à luz do Novo Código de Processo Civil. Será utilizada a metodologia de caráter hipotético-dedutivo, utilizando-se da pesquisa bibliográfica como fonte de observação teórica

PALAVRAS-CHAVE: Novo Código de Processo Civil; Relação Processual; Litisconsórcio Ativo Necessário.

ABSTRACT

Due to the multiple events of everyday life, certain fact can trigger consequences that may reach the legal sphere of more than one person and, by consequence, when this fact is put into a procedural legal relationship, may result in the participation of more two people in one, or both poles of the judicial process, so that in this procedural relationship, there will be the coexistence of more than a litigant in polo this legal situation, transcending the traditional triangular layout judge, plaintiff and defendant in the process, also, even this procedural relationship, the effectiveness of the sentence may depend on the integration of all co-legitimized. Thus, given the doctrinal bargaining agreement on the implementation of active joinder necessary in the procedural

¹ Acadêmico em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, orientado por César Augusto Luiz Leonardo e coorientado por Luís Henrique Barbante Franzé. Integrante do grupo de pesquisa “Constitucionalização do Direito Processual (CODIP)”, vinculado ao CNPq-UNIVEM. Monitor na Matéria de Direito Empresarial, no UNIVEM. Membro da AOM Assessoria e Consultoria Jurídica. E-mail: bruno.baldinoti@hotmail.com.

² Professor Orientador. Doutorando em Direito Processual Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade de São Paulo (2013). Graduado em Direito pela Associação Educacional Toledo de Presidente Prudente - SP (2006). Atualmente é Defensor Público - Defensoria Pública do Estado de São Paulo, na Regional de Marília, e leciona a disciplina de Direito Civil no Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM). E-mail: calleonardo@hotmail.com.

relationships, in which we analyze the collision between freedom of non-demand with the guarantee of the right of action, the objective of this research is the analysis of the requirement the formation of the joinder in the active pole of the procedural relationship in the light of the new Civil procedure Code. Moreover, the hypothetical-deductive character methodology will be used, using the literature as a source of theoretical observation.

KEYWORDS: New Civil Procedure Code; Procedural Relationship Active Joinder Necessary.

INTRODUÇÃO

O tema foi escolhido, porque um dos grandes obstáculos da ciência jurídica processual é a busca por mecanismos que venham a garantir a harmonia entre interesses constitucionais, especificamente, a liberdade de não-demandar com a garantia do direito de ação. Dessa maneira, este trabalho tem como objetivo, examinar a formação do litisconsórcio ativo necessário na relação jurídica processual.

Assim, sob à perspectiva do Novo Código de Processo Civil, em um primeiro momento, este estudo examinará a definição de Litisconsórcio, cujas disposições para a sua aplicação, além de estarem previstas no Código de Processo Civil, também são alicerces para a sua formação em processos jurisdicionais de naturezas diversas, nos quais o Código de Processo Civil têm aplicação subsidiária.

Ademais, será analisada, como pressuposto para a formação da litisconsorcialidade na relação processual, a legitimidade para agir em juízo de cada um dos litisconsortes, posteriormente, será analisada a admissibilidade do litisconsórcio no processo jurisdicional como instrumento de concretização da efetividade do processo em torno do direito material.

Após, será verificada a formação do litisconsórcio ativo necessário na relação processual, haja vista que, em virtude da liberdade de não-demandar colidir com a garantia do direito de ação, ainda há dissídio doutrinário sobre a sua aplicação no direito processual civil.

Ao final, será possível uma análise crítica e científica para a aplicação do litisconsórcio ativo necessário. No mais, esta pesquisa não tem a pretensão de esgotar o tema, mas apenas de trazer informações que instiguem o debate, notadamente, sobre a admissibilidade da formação do litisconsórcio no polo

ativo da relação jurídica processual, em virtude da colisão entre interesses constitucionais.

No mais, esta análise teórica não tem a pretensão esgotar o tema em si mesma, pretende-se, pelo contrário, não só trazer informações e contribuir para a discussão sobre a aplicação do litisconsórcio ativo necessário às relações processuais, haja vista a colisão entre a liberdade de não-demandar com a garantia do direito de ação, mas também fornecer subsídios teóricos para a atividade jurisdicional, especialmente àquele ocupada com as relações processuais e a formação do litisconsórcio.

1. DEFINIÇÃO DE LITISCONSÓRCIO.

Em virtude dos diversos acontecimentos do dia a dia, determinado fato pode desencadear consequências que venham a atingir a esfera jurídica de mais de uma pessoa e, por consequência disso, quando esse fato é posto em uma relação jurídica processual, poderá acarretar na participação de mais de duas pessoas em um único, ou em ambos os polos do processo jurisdicional, de tal maneira que, no(s) polo(s) dessa relação processual, haverá a coexistência de mais de um litigante, transcendendo assim, a tradicional esquematização triangular de juiz, autor e réu no processo.

Em vista disso, surge para o processo jurisdicional, o instituto do litisconsórcio, o qual é o resultado da coexistência de duas ou mais pessoas, em um dos polos, ou em ambos, de uma relação jurídica processual, cuja formação pode ocorrer inicialmente, nos termos requeridos na petição inicial ou ulterior (DINAMARCO, 2009a, p.80).

Ademais, importante destacar que, em virtude da pluralidade de partes, não é correto afirmar que, ao processo, sempre implicará na cumulação de demandas – também denominado por parte da doutrina, cúmulo de ações –, haja vista que, embora na relação processual esteja presente a aglutinação simultânea de duas ou mais pessoas em ambos os polos, ou somente em um deles, da relação jurídica processual, caso os consortes tenham no processo jurisdicional, uma pretensão cuja relação jurídica substancial seja incidível, inexistirá, portanto, o cúmulo de demandas, uma vez que, a relação jurídica material controvertida será uma só.

Em outras palavras, para que no mesmo processo jurisdicional haja, de forma concomitante, a pluralidade de partes e a cumulação de ações, esse dúplice efeito na relação processual “somente surgirá a partir da verificação de autonomia, ainda que com identidade em outros pontos, do direito material concernente às partes postas em litisconsórcio” (MAZZEI, 2009, p.224-225), isto é, na demanda, as pretensões dos litisconsortes deverão coexistir de forma autônoma.

Nesta esteira, para exemplificarmos, podemos citar a hipótese em que, dois demandantes pleiteiam em juízo, a declaração de nulidade de um contrato. Assim, nesta situação, embora haja a pluralidade de partes, inexistente o cúmulo de demandas, pois, seria paradoxo, quanto a um litisconsorte, ser declarado válido o contrato, e ao outro, nulo.

Assim sendo, concluímos que, no âmbito processual, haverá a formação do litisconsórcio quando duas ou mais pessoas vierem a litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa e/ou passivamente, não obstante, em virtude dessa pluralidade de partes no processo, nem sempre ocorrerá o cúmulo de ações, haja vista que, para a coexistência de ambas as situações jurídicas, imprescindível que, as pretensões dos consortes estejam fundadas em uma relação jurídica material cindível.

2. A ADMISSIBILIDADE DA FORMAÇÃO LITISCONSORCIAL NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.

Antes de analisarmos a admissibilidade da formação do litisconsórcio na relação processual, como pressuposto para a sua constituição³ no processo jurisdicional, torna-se necessária a análise da legitimidade para agir em juízo de cada um dos litisconsortes, haja vista que, “quem não pode entrar na porta, por faltar-lhe ingresso, não pode entrar indo com outrem” (PONTES DE MIRANDA, 1979, p.05).

Assim, em linhas gerais, a doutrina costuma classificar a legitimidade *ad causam* em: a) legitimidade ordinária e, b) legitimidade extraordinária. Neste contexto, “legitimado ordinário é aquele que defende em juízo interesse

³ “É preciso que todos os litisconsortes preencham os pressupostos da personalidade processual, capacidade processual, capacidade postulacional e *legitimação*.” (ASSIS, 2002, p.157)

próprio” (DIDIER JR., 2013, p.240) e, por conseguinte, “a regra geral da legitimidade somente poderia residir na correspondência dos figurantes do processos com os sujeitos da lide” (ASSIS, 2003, p.12).

Por outro lado, na legitimação extraordinária, confere-se ao legitimado “o poder de conduzir o processo que versa sobre direito do qual não é titular ou do qual não é titular exclusivo” (DIDIER JR., 2013, p. 240). Outrossim, ainda sobre a legitimação extraordinária, ela ainda é subdividida em: a) legitimidade extraordinária subordinada e b) legitimidade extraordinária autônoma, que, por sua vez, ainda se subdivide em exclusiva e concorrente.

Surge a legitimidade extraordinária subordinada, quando, para o legitimado extraordinário agir em juízo, torna-se imprescindível a presença do legitimado ordinário na relação processual e, assim, pode haver a formação do litisconsórcio facultativo, que será examinado adiante, ou então, aquele que possui a legitimidade extraordinária, poderá atuar em juízo, como assistentes simples. A respeito da legitimidade extraordinária autônoma, o legitimado pode agir em juízo, independentemente da presença do titular da relação jurídica substancial e, por consequência, “o contraditório tem-se por regularmente instaurado com a só presença, no processo, do legitimado extraordinário” (MOREIRA, 1969, p.10).

Não obstante, na legitimação exclusiva, “quando o contraditório somente puder ser considerado regular e eficazmente formado com a presença de um determinado sujeito de direito – atribui-se o poder jurídico a apenas um sujeito” (DIDIER JR., 2013, p.241), por outro lado, na legitimação concorrente (co-legitimação), a lei autoriza que, mais de um sujeito possa agir em juízo (CÂMARA, 2008, p.118-119).

Por sua vez, a legitimidade para agir em juízo, ainda é classificada em isolada (simples) e conjunta (complexa), nas quais, respectivamente, “o legitimado puder estar no processo sozinho, e legitimação *conjunta* ou *complexa*, quando houver a necessidade de formação do litisconsórcio” (DIDIER JR., 2013, p.241). Finalmente, a legitimidade ainda é classificada em originária, a qual é verificada na própria demanda inicial e, derivada, a qual é “decorrente daquela e resultante de situações de sucessão na titularidade do direito alegado no pedido e na qualidade da parte processual” (ARMELIN, 1979, p.120).

Assim, a admissibilidade do litisconsorte e, por sua vez, até da sua existência em determinada relação processual, depende da análise da legitimidade para agir em juízo de cada litisconsorte, pois é preciso que, os sujeitos que atuarão em consórcio no processo jurisdicional tenham legitimidade para tanto, pois, é defeso que alguém leve a juízo, uma pretensão relacionada a um direito substancial, no qual não possua qualquer tipo de vínculo jurídico com a situação jurídica afirmada (DINAMARCO, 2009a, p.115.116).

A Constituição da República, observando a fórmula do direito anglo-saxônico, em seu Art.5º, inciso LIV, estabelece que, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988), ou seja, em decorrência da nossa própria experiência, bem como em observância aos registros históricos no direito estrangeiro⁴⁵, a Constituição Federal veio a consagrar a garantia fundamental do devido processo legal – *due process of law* –, segundo a qual, em nenhum processo, seja ele jurisdicional, administrativo ou legislativo, terão normas jurídicas produzidas sem que haja o devido processo legal, ou seja, o devido processo legal vem de encontro com a produção de normas jurídicas tirânicas em processos de quaisquer naturezas jurídicas.

Em outros termos, tendo em vista ser o processo um método pelo qual ocorre o exercício da função jurisdicional, o constituinte estabeleceu que, “o processo há de estar em conformidade com o Direito como um todo, e não apenas em consonância com a lei” (DIDIER JR, 2013, p.83), porquanto, o devido processo legal, em relação ao processo jurisdicional, representa para o ordenamento jurídico, uma garantia aos jurisdicionados contra o exercício abusivo da função jurisdicional do julgador sobre os direitos e liberdades de seus súditos (Ibidem), de tal forma que, a decisão judicial não seja

⁴ Um clássico exemplo em que prosperava o exercício tirano do poder, era no sistema inquisitório, e, nas lições de Fernando Capez, no referido sistema, o processo jurisdicional era “sigiloso, sempre escrito, não é contraditório e reúne na mesma pessoa as funções de acusar, defender e julgar. O réu é visto nesse sistema como mero objeto da persecução, motivo pelo qual práticas como a tortura eram frequentemente admitidas como meio para se obter a prova-mãe: a confissão.” (CAPEZ, 2008, p.46)

⁵ Segundo Fredie Didier Jr., “a *noção de devido processo legal* como cláusula de proteção contra a tirania é ainda mais antiga: remonta ao Édito de Conrado II (Decreto Feudal Alemão de 1037 d.C), em que pela primeira vez se registra por escrito a ideia de que até mesmo o Imperador está submetido às “leis do Império.” (DIDIER JR., 2013, p.47).

discricionária, conforme a consciência do soberano, isto é, à mercê da vontade do julgador.

[...] o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro lado, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição. (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2008, p.88)

Portanto, a garantia do devido processo legal, conforme já registrou Fredie Didier Jr. (2013, p.36-41), é uma cláusula geral, de tal forma que, dela é possível extrair corolários ensejam na sua aplicação no direito processual⁶, dentre os quais, podemos citar os princípios da adequação, da efetividade e boa-fé processual. Neste contexto, em resultado da concretização da cláusula geral do devido processo legal jurisdicional, também se atrai, o denominado princípio da efetividade do processo, para o qual, “processo devido é processo efetivo” (DIDIER JR., 2013, p.83).

Neste contexto, tendo em vista que, processo devido é processo efetivo, por meio do princípio da efetividade, conforme lição de Kazuo Watanabe (1987, p.43), não se garante apenas o acesso formal ao judiciário, representado pelo “bater às portas do Judiciário”, mas, também, garante ao jurisdicionado o efetivo e justo acesso ao judiciário, e, porquanto, à ordem jurídica.

Desta forma, o princípio da efetividade para o Direito Processual, *mutatis mutandis*, garante e consiste “na exigência de um sistema completo de tutela executiva, no qual existam meios executivos capazes de proporcionar pronta e integral satisfação a qualquer direito merecedor de tutela executivo” (GUERRA, 2003, p.102).

⁶Acerca dos corolários do devido processo legal, Fredie Didier Jr. (2013, p.48), afirma que, “é preciso observar o *contraditório* e a *ampla defesa* (art.5º, LV) e dar tratamento paritário às partes do processo (art.5º, I, CPC); proibem-se provas ilícitas (art.5º, LVI); o processo há de ser público (Art.5º, LX); garante-se o juiz natural (art.5º XXXVII e LIII); as decisões não de ser motivadas (art.93, IX); o processo deve ter uma duração razoável (art.5º LXXVIII); o acesso à justiça é garantido (art.5º, XXXV) etc. Todas essas normas, princípios e regras, são concretizações do devido processo legal e compõem o seu conteúdo mínimo”.

Neste diapasão, a admissão da legislação processual em permitir a presença de duas ou mais pessoas em ambos, ou somente em um dos polos, da relação jurídica processual, torna-se uma das maneiras pelas quais concretiza-se o princípio da efetividade do processo, haja vista que, a admissão do litisconsórcio no direito processual justifica-se tendo em vista a instrumentalidade do processo, para a harmonia entre julgados e a economia processual (DINAMARCO, 2009a, p.69).

Assim, no que se refere sobre o processo sob ótica da instrumentalidade, nele deve ser extraído o máximo de resultados úteis em proveito dos jurisdicionados e, por consequência da sua função instrumental, proporciona-se uma efetiva tutela jurisdicional (DINAMARCO, 2009a, p.69). Em outros termos, “o processo serve ao direito material, mas para que lhe sirva é necessário que seja servido por ele” (CARNELUTTI, 1960, p.539-550). Desta forma, por conta dessa finalidade do processo, em relação ao litisconsórcio no direito processual brasileiro, decorrem a busca pela harmonia entre julgados, onde se consagra o Princípio do *Timor Ne Varie Dicetur*, bem como, a economia processual.

Quando se fala na *economia* como fundamento do litisconsórcio pensa-se na conveniência de se acumularem em um só processo diversas partes e suas respectivas demandas, evitando-se com isso a multiplicação de processos e a repetição de instruções em torno do mesmo contexto de fato. A *harmonia entre julgados* representa a conveniência de evitar o conflito entre sentenças, risco que ao menos em tese acompanha a pronúncia de duas delas, ou mais, em processos separados, sobre pretensões que assentam no mesmo fundamento ou em fundamentos análogos. (DINAMARCO, 2009a, p.69-70).

Desta forma, “por si só o litisconsórcio implica apenas a unificação de vários juízos em um só procedimento, com a possibilidade de um processamento e de uma instrução em conjunto” (LENT, 1959, p.310), e, desse modo, concretizando a função social do processo jurisdicional. Demais disso, no que diz respeito à abertura legislativa do instituto do Litisconsórcio no âmbito do Direito Processual Brasileiro, isso veio a ocorrer com o Código de Processo Civil (DINAMARCO, 2009a, p.94), que, por sua vez, é a “legislação

alicerce” sobre os casos de admissibilidade da pluralidade de partes ao processo jurisdicional.

Assim, no âmbito do estatuto processual, no Art.113, do Código de Processo Civil, dispõe em quais hipóteses “duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente” (BRASIL, 2015). Portanto, a formação do litisconsórcio no processo jurisdicional ocorrerá quando houver: **a)** Comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide; **b)** Entre as causas houver conexão pelo pedido ou pela causa de pedir, e, **c)** Ocorrer afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito.

3. LITISCONSÓRCIO ATIVO NECESSÁRIO NA RELAÇÃO PROCESSUAL.

Em virtude da formação do litisconsórcio no processo jurisdicional, são estabelecidas classificações quanto à sua obrigatoriedade, a indispensabilidade de sua formação na relação jurídica processual, bem como, quanto às consequências decorrentes do julgamento do mérito de determinada demanda a cada litisconsorte. Assim, analisaremos a “indispensabilidade da integração de todos os co-legitimados na relação processual (litisconsórcio necessário ou facultativo)” (DINAMARCO, 2009a, p.143).

O Código de Processo Civil de 1973, na redação do seu Art. 47, *caput*, dispunha 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; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo”.

Assim, nota-se a má redação do aludido enunciado normativo, uma vez que, o estatuto processual de 1973 misturou a noção de obrigatoriedade de integração ao processo de todos os legitimados de uma lide, com a de regime de tratamento decorrente da formação litisconsorcial, outrossim, são comuns as críticas feitas pela doutrina ao referido dispositivo legal (SANTOS, 2013, p.48).

O Novo Código de Processo Civil não incorreu no mesmo erro que seu antecessor, visto que, a indispensabilidade da formação do litisconsórcio, bem como, qual será o tratamento estabelecido aos consortes no julgamento de

mérito do litígio, foram colocados em planos distintos, pois, respectivamente, houve, nos artigos 114 e 116, quando incidirá cada um dos fenômenos do instituto do litisconsórcio ao processo jurisdicional.

Seguindo a análise das classificações postas na formação do litisconsórcio, registra-se que, no que diz respeito à obrigatoriedade de sua existência na relação jurídica processual, o Art.114, estabelece duas situações em que é indispensável a constituição do litisconsórcio na demanda, quais sejam, quando por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da integração de todos os co-legitimados na relação processual. Assim, no que diz respeito à primeira hipótese na qual é necessária a composição do litisconsórcio no processo, a eficácia do provimento jurisdicional fica condicionada à participação de todos que devam ser litisconsortes, ela decorre de disposição legal.

Neste contexto, para exemplificar a hipótese de litisconsórcio necessário, temos o disposto no Art.73, §1º, no qual dispõe sobre o litisconsórcio passivo necessário entre os cônjuges, em razão de dívidas solidárias. Contudo, importante destacar que, a regra prevista no estatuto processual sobre as obrigações solidárias, é diferente daquela prevista no direito material civil, posto que, “o credor não pode escolher um dos devedores para demandar, sendo eles casados entre si – retira-se, aqui, o benefício do art.275 do CC-2002. O CPC impõe o litisconsórcio sem norma de direito material que dê qualquer indicação nesse sentido” (DIDIER JR., 2013, p.288).

Outrossim, no Código de Processo Civil de 1973, no Art. 1.113, a constituição do litisconsórcio necessário, na ocasião em que se pleiteava a alienação judicial da coisa comum indivisível – condomínio –, e por consequência disso, impunha-se, em virtude da realização da hasta pública, a citação de todos os condôminos, quando apenas um deles requeria a alienação judicial da coisa comum. Por outro lado, em relação ao litisconsórcio formado por força da relação jurídica, tem-se como exemplo, a propositura da ação pauliana, quando proposta pelo credor prejudicado em face dos celebrantes do negócio celebrado em fraude contra credores.

Ademais, acerca do litisconsórcio passivo, seja ele necessário, seja ele facultativo, em virtude de não ser mais possível a recusa peremptória do réu em estar na relação processual, como ocorria à época da vigência do Código

de Processo Civil de 1939, não há qualquer controvérsia, tanto doutrinária quanto na experiência concreta nos tribunais, sobre a sua formação (NERY JÚNIOR; NERY, 1997, p.324).

Entretanto, em relação ao litisconsórcio ativo necessário⁷, a problemática referente à obrigatoriedade da formação do litisconsórcio no polo ativo do processo jurisdicional, ainda é discutida pela doutrina. Assim, há autores, como Cândido Rangel Dinamarco, que defendem a existência do litisconsórcio ativo necessário⁸, e, segundo o autor, apesar de se reconhecer a existência da necessidade do litisconsórcio ativo na relação processual, a sua imprescindibilidade deve ser uma figura excepcional⁹ para o processo e, a necessidade do litisconsórcio ativo deve ser analisada caso por caso pelo juiz, justamente em virtude da liberdade de não demandar colidir com a garantia do direito de ação (DINAMARCO, 2009a, p.271-272).

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (2006, p.224), admitem a possibilidade de litisconsórcio ativo necessário.

Quando, pelo direito material, a obrigatoriedade da formação do litisconsórcio deva ocorrer no polo ativo da relação processual, mas um dos litisconsortes não quiser litigar em conjunto com o outro, esta atitude potestativa não pode inibir o autor de ingressar com a ação em juízo, pois ofenderia a garantia constitucional do direito de ação (CF 5º XXXV). O autor deve movê-la, sozinho, incluindo aquele que deveria ser seu litisconsorte ativo, no polo passivo da demanda, como réu, pois existe lide entre eles, porquanto esse citado está resistindo à pretensão do autor, embora por fundamento diverso da resistência do réu. Citado, aquele que deveria ter sido litisconsorte necessário ativo passa a integrar de maneira forçada a relação processual. Já integrado no processo, esse réu pode manifestar sua vontade de: a) continuar no polo passivo, resistindo à pretensão do autor; b) integrar o polo ativo, formando o litisconsórcio necessário ativo reclamado pelo autor. Em qualquer dos dois casos, a sentença será dada em relação a ele, litisconsorte necessário, renitente, e

⁷ “Art.114. O litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes”. (BRASIL, 2015)

⁸ Homero Freire (1954, p.81) e Mathias Lambauer (1982, p.117), são alguns dos autores que admitem a existência do litisconsórcio ativo necessário na relação processual, outrossim, o primeiro deles, ainda sustenta que, sendo o litisconsorte renitente citado sobre a pendência de um processo, no qual também é co-legitimado necessário, caso permaneça omissivo, será considerado revel (FREIRE, 1954, p.80-81).

⁹ Do mesmo modo que Cândido Rangel Dinamarco entente ser a figura do litisconsórcio ativo necessário uma excepcional para o processo, é o entendimento de Celso Agrícola Barbi (1981, p.274).

produzirá normalmente seus efeitos. O que importa para que se cumpra a lei e se atenda aos preceitos do sistema jurídico brasileiro é que os litisconsortes necessários - isto é, todos os partícipes da relação jurídica material discutida em juízo - integrem a relação processual, seja em que polo for¹⁰.

Não obstante, ainda na ocasião de ocorrer o litisconsórcio ativo necessário à relação jurídica processual, há quem sugira que, haja a possibilidade de intervenção *iussu iudicis*¹¹, de maneira que, ocorrerá o ingresso de terceiro à relação processual pendente por determinação do juiz. Neste contexto, é o magistério de Luiz Guilherme Marinioni e Daniel Mitidiero (2010, pág. 133):

Obrigatoriedade da formação de litisconsórcio diz respeito à legitimação para agir em juízo, dependendo da citação de todos os consortes para a causa a eficácia da sentença. Estando ausente litisconsorte necessário ativo, tem o juiz de determinar a sua citação de ofício (intervenção *iussu iudicis*).

Outrossim, para admissibilidade da intervenção *iussu iudicis*, em lições à luz do Código de Processo Civil de 1973, haveria uma interpretação extensiva do disposto no parágrafo único, do Art.47, no qual previa que, juiz ordenaria ao autor para que promovesse a citação de todos os litisconsortes necessários. Assim, haveria uma semelhança ao regime do Código de Processo Civil que, em seu Art.91, autorizava, expressamente, a intervenção *iussu iudicis* (DIDIER JR., 2013, p.376-377).

No Novo Código de Processo Civil, o parágrafo único, do Art.115, em semelhança à redação do parágrafo único, do Art.47, do Código de 1973, prevê apenas a possibilidade do juiz determinar ao autor que requeira a citação de todos que devam ser litisconsortes passivos necessários. Em vista disso, apesar da redação do Novo Código de Processo Civil somente prever a citação dos litisconsortes necessários que devam compor o polo passivo da relação processual, sugere-se que, haja também uma interpretação extensiva do

¹⁰ Semelhante ao magistério de Nelson Nery Júnior e Rose Nery, são as lições de José Roberto dos Santos Bedaque (2004, p.115), "existe a alternativa de incluir o co-legitimado ativo no polo passivo do processo. Essa solução é factível, bastando que o autor, ao descrever a causa de pedir, impute a ele comportamento contrário à realização espontânea do direito".

¹¹ No mesmo sentido, Fredie Didier Jr. (2013, p.378-379) e Vicente Greco Filho (2003, p.124).

dispositivo legal e, por consequência, admitindo-se, a citação do co-legitimado necessário não apenas para o polo passivo, mas também para o ativo.

Em sentido contrário¹² à admissibilidade do litisconsórcio ativo necessário à relação processual, há autores, como Fredie Didier Jr., que entendem pela inadmissibilidade do litisconsórcio ativo necessário, ao passo que, “o direito de ir a juízo não pode depender da vontade de outrem. Se houvesse litisconsórcio necessário ativo, seria possível imaginar a situação de um dos possíveis litisconsortes negar-se a demandar, impedindo o exercício do direito de ação do outro” (DIDIER JR., 2013, p.369).

Por outro lado, sob o ponto de vista da experiência prática dos tribunais brasileiros, o Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2013), firmou o entendimento no sentido de admitir a formação do litisconsórcio necessário no polo ativo da relação processual, no entanto, de maneira excepcional, uma vez que, estão em colisão interesses constitucionais, a garantia ao direito de ação e a liberdade de não demandar. Assim, constatando a necessidade de integrar o co-legitimado à relação processual, deve o magistrado determinar, ainda que *ex officio*, a citação daquele que deveria compor o polo ativo, para cientificá-lo sobre a existência de lide, na qual haverá reflexo à sua esfera jurídica e, por conseguinte, oportunizando eventual integração no polo ativo da demanda, posicionando-se de acordo com os seus interesses.

Assim sendo, não se deve negar de modo absoluto do direito brasileiro a figura do litisconsórcio ativo necessário, uma vez que, no caso de legitimação concorrente-conjunta se, na relação jurídica processual estiver ausente um dos co-legitimados, não admitir a figura do litisconsórcio necessário ativo, ainda que excepcionalmente, em virtude da colisão com a garantia ao direito de ação e o direito de não demandar, ensejará em uma atividade jurisdicional que estará eivada de vício sob o ponto de vista de sua eficácia, pois, diante da ausência de um dos litisconsortes necessários, este terá a sua esfera jurídica diretamente afetada com o tutela jurisdicional, sem ao menos ter ciência da existência dessa lide e, portanto, poder defender seus interesses.

¹² Humberto Theodoro Júnior (2011, p.211) também segue a linha de entendimento, segundo a qual não se admite o litisconsórcio ativo necessário na relação processual, haja vista a sua limitação ao acesso à justiça”.

Desta forma, ligado à instrumentalidade da jurisdição e à economia de processo, além de admitir o litisconsórcio ativo necessário como uma exceção à relação processual, deve haver uma interpretação extensiva do parágrafo único, do Art.115, do Código de Processo Civil, no sentido de estender a sua aplicação ao litisconsórcio ativo necessário, bem como, ao juiz, ainda que *ex officio*, seja possibilitada a intervenção *iussu iudicis*, para determinar a citação do litisconsorte faltante, para cientificá-lo da existência da lide afetará sua esfera jurídica e, por consequência disso, oportunizando eventual integração ao polo ativo da relação processual; ficando omissos, além do prosseguimento do curso natural do processo, a ele, também sejam produzidos os mesmos efeitos da sentença, ou então, que possa resistir à pretensão do autor, juntamente com o réu.

A razão parece estar com aqueles que entendem que também para o litisconsórcio necessário ativo a 'convocação' do autor faltante faz-se necessária sob as penas do parágrafo único. A 'citação' a que a lei se refere pode ser entendida como mera integração de alguém à relação processual, sem que isto signifique qualquer prejuízo para o sistema. É suficiente que a alguém seja dada ciência de que há uma ação pendente para que esteja a ela vinculado. Basta esta providência para que a relação processual fique completa e isenta de qualquer espécie de vício ou defeito (parte plúrima). O agir em juízo deste autor, o litisconsorte necessário faltante, ademais, é, como todo agir, ônus, faculdade, nunca obrigatoriedade. Neste sentido, afasta-se a queixa de que alguém estaria sendo obrigado a efetiva e concretamente litigar em juízo. Eventuais prejuízos que aquele que vai a juízo causar para o litisconsorte que, não obstante "citado", deixou de atuar é questão que, eventualmente, pode ensejar a propositura de outra ação entre os litisconsortes. A extinção do processo, medida extrema reservada para a hipótese pelo final do parágrafo único do art. 47, só será decretada na inércia do autor quando a promover a 'citação' dos litisconsortes necessários. (BUENO, 2006, p.141-142)

Assim sendo, o Novo Código de Processo Civil, ao contrário do seu antecessor, descortinou a obrigatoriedade da formação do litisconsórcio à relação processual dos resultados decorrentes provimento jurisdicional aos litisconsortes. Desta forma, em relação à necessidade da existência do litisconsórcio ao processo, ela pode ser obrigatória ou facultativa, outrossim, acerca do litisconsórcio facultativo, a sua formação ficará à análise do autor quando da propositura da ação. Ademais, seja no litisconsórcio necessário,

seja no facultativo, ocorrendo a sua formação no polo passivo, será defeso ao réu recusar-se a estar na relação processual, como sucedia ao tempo do Código de Processo Civil de 1939.

Por sua vez, em relação ao litisconsórcio ativo necessário, ao contrário da obrigatoriedade de sua formação no polo passivo, no qual não existiu conflitos doutrinário e jurisprudencial sobre a sua admissibilidade no processo, entendemos que, ainda que ele conflite com a garantia do direito de ação, ele deve ser aceito de maneira excepcional, visto que, não o admitindo na relação processual, em virtude da ausência de um dos legitimados concorrentes, este terá a sua esfera jurídica diretamente afetada com o tutela jurisdicional, sem ao menos ter ciência da existência dessa lide e, portanto, poder defender seus interesses. Assim, o haverá a ineficácia absoluta do provimento jurisdicional, ao passo que, um dos litisconsorte não participou do contraditório.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, havendo uma situação jurídica substancial discutida em um processo jurisdicional, tal relação poderá atingir a esfera jurídica de mais de uma pessoa e, conseqüentemente, quando esse fato é posto em uma relação jurídica processual, poderá acarretar na participação de mais de duas pessoas em um único, ou em ambos os polos do processo jurisdicional, de tal maneira que, nessa relação processual, haverá a coexistência de mais de um litigante no polo dessa relação jurídica, transcendendo assim, a tradicional esquematização triangular de juiz, autor e réu no processo.

Dessa maneira, haverá na relação processual, a formação do litisconsórcio, o qual, além de suas disposições no Código de Processo Civil ser o alicerce para a sua aplicação em processos jurisdicionais de naturezas diversas, nos quais o processo civil tenha aplicação subsidiária, pode decorrer de uma formação obrigatória, isto é, o litisconsórcio necessário, que, por sua vez, pode suceder em um, ou ambos os polos da relação jurídica processual. No entanto, no que diz respeito à sua necessidade no polo ativo da relação jurídica, há certo dissídio doutrinário, uma vez que, implica em uma restrição ao acesso à justiça e, por consequência disso, havendo uma colisão entre

interesses constitucionais, a garantia ao direito de ação e a liberdade de não demandar.

Em vista disso, apesar de haver entendimentos contrários à sua admissibilidade na relação processual, não se deve negar de modo absoluto do direito brasileiro a figura do litisconsórcio ativo necessário, uma vez que, no caso de legitimação concorrente-conjunta se, na relação jurídica processual estiver ausente um dos co-legitimados, não admitir a figura do litisconsórcio necessário ativo, ainda que excepcionalmente, em virtude de sua colisão com a garantia ao direito de ação, ensejará em uma atividade jurisdicional que estará eivada de vício sob o ponto de vista de sua eficácia, pois, diante da ausência de um dos litisconsortes necessários, este terá a sua esfera jurídica diretamente afetada com o tutela jurisdicional, sem ao menos ter ciência da existência dessa lide e, portanto, poder defender seus interesses.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

ASSIS, Araken de. **Substituição Processual**. In: Revista Dialética de Direito Processual, nº09. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. **Cumulação de Ações**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1981.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Código de processo civil interpretado**. Coord. Antonio Carlos Marcato. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil Brasileiro. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1068355/PR**. Relator: Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma. Diário da Justiça. Brasília, 06 dez. 2013.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 out. 1988.

_____. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Código de Processo Civil Brasileiro. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 jan. 1973.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Partes e terceiros no processo civil brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

CARNELUTTI, Francesco. **Profilo dei rapporti tra diritto e processo**. Rivista di Diritto Processuale, 1960.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil - Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**. São Paulo: Editora Malheiros, 2009a.

FREIRE, Homero. **Litisconsórcio Necessário Ativo**. Recife: Livraria Literatura Jurídica Internacional, 1954.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil**. São Paulo: RT, 2003.

LAMBAUER, Mathias. **Do Litisconsórcio Necessário**. São Paulo: Editora Saraiva, 1982.

LENT, Friedrich. **Zivilprozessrecht**. Munique, 1959 (trad. Ital.: Diritto processuale civile tedesco, por Edoardo F. Ricci. Nápoles, Morano, 1962).

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MAZZEI, Rodrigo Reis. **Litisconsórcio sucessivo: breves considerações**. In: DIDIER JR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo (Org.). **Processo e direito material**. Salvador: JusPodivm, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Apontamentos para um estudo sistemático de legitimação extraordinária**. Em: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº404, 1969.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. São Paulo: RT, 1997.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil [de 1973]**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1979.

SANTOS, Silas Silva. **Litisconsórcio Eventual, Alternativo e Sucessivo**. São Paulo: Atlas, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil - Teoria Geral do direito Processual civil e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.