

PUC-SP
COGEAE

GUILHERME AUGUSTO DE LIMA FRANÇA

DO LITISCONSÓRCIO ATIVO NECESSÁRIO
REFLEXOS PROCESSUAIS ANTE A RENITÊNCIA DO LITISCONSORTE

São Paulo
2015

GUILHERME AUGUSTO DE LIMA FRANÇA

DO LITISCONSÓRCIO ATIVO NECESSÁRIO
REFLEXOS PROCESSUAIS ANTE A RENITÊNCIA DO LITISCONSORTE

Trabalho de Monografia apresentado como parte das atividades para a obtenção do certificado de especialização em Direito Processual Civil, sob a orientação do Prof. Doutor Cassio Scarpinella Bueno, da PUC-SP Cogea.

São Paulo

2015

Boa é a lei, quando executada com retidão. Isto é: boa será, em havendo no executor a virtude, que no legislador não havia (Rui Barbosa).

RESUMO

Estuda a problemática existente na recusa do litisconsorte ativo necessário em compor o pólo ativo da demanda. Abordando o litisconsórcio, com a análise de seu conceito e classificações, fornece uma noção ampla do instituto. Enumera os tipos de litisconsórcio necessário, exemplificando-os com situações descritas na lei e advindas do direito material. À luz dos princípios constitucionais aplicáveis, analisa as diferentes correntes sobre o tema. Debate a problemática do litisconsórcio necessário ativo renitente. Sugere a citação atípica como meio apto a resolver a questão sem ofender os princípios do livre acesso à justiça e da liberdade. Aborda a matéria de acordo com o novo Código de Processo Civil.

Palavras-chave: Litisconsórcio. Litisconsórcio necessário ativo. Litisconsorte necessário ativo renitente.

ABSTRACT

Studies the existing problem of the refusal of the necessary joinder of plaintiff to join the lawsuit as a plaintiff. Investigating the joinder, with the analysis of its concept and classifications, provides a broad notion of the institute. Lists the types of necessary joinder of parties, illustrating with situations described in the law and coming from the substantive law. Under the applicable constitutional principles, analyzes the different understandings on the matter. Debates the issue of the renitent necessary joinder of plaintiff. Suggests the atypical summoning as a way to resolve the issue without offending the principles of the free access to the justice and freedom. Analyze the matter in accordance with the new Code of Civil Procedure.

Word-key: Joinder of parties. Necessary joinder of plaintiff. Renitent necessary joinder of plaintiff.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	7
2	O LITISCONSÓRCIO E OS ASPECTOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO.....	8
2.1	CONCEITO DE LITISCONSÓRCIO.....	8
2.2	CLASSIFICAÇÕES DE LITISCONSÓRCIO.....	10
3	LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO.....	14
3.1	CONCEITO.....	14
3.2	LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO POR FORÇA DE LEI.....	16
3.3	LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO POR FORÇA DA RELAÇÃO JURÍDICA.....	18
4	LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO ATIVO.....	21
4.1	INTEGRAÇÃO DO LITISCONSORTE NECESSÁRIO ATIVO RENITENTE.....	21
4.2	O POSICIONAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA.....	34
5	LITISCONSÓRCIO ATIVO NECESSÁRIO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	38
6	CONCLUSÃO.....	46
	REFERÊNCIAS.....	49

INTRODUÇÃO

A presente monografia é resultado da pesquisa desenvolvida sobre o instituto do litisconsórcio, com objetivo de verificar as possíveis soluções para a problemática a que nos deparamos na hipótese do litisconsorte necessário ativo renitente.

Antes de dedicarmos um capítulo sobre o litisconsórcio necessário ativo, elaboramos um estudo sobre instituto do litisconsórcio, com a análise de seu conceito e classificações.

Em seguida, estudamos o conceito e tipos de litisconsórcio necessário, exemplificando-os com situações descritas na lei.

Analizamos o conceito de litisconsórcio necessário ativo, bem como dos reflexos decorrentes da possibilidade de um dos litisconsortes não ter interesse na propositura de ação. Explanamos, ainda, as principais teses sobre o assunto levantadas por doutrinadores de grande peso, assim como o entendimento da jurisprudência.

Por fim, abordamos as alterações a respeito do tema no novo Código de Processo Civil, incluindo redações propostas no processo legislativo que não foram acolhidas no texto final.

2 O LITISCONSÓRCIO E OS ASPECTOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO

2.1 CONCEITO DE LITISCONSÓRCIO

São elementos da ação as partes, a causa de pedir (composta dos fatos e dos fundamentos do direito) e o pedido (o que o autor pretende obter do Estado-Juiz).

Em sentido processual, parte é aquele que pede (autor) e em face de quem se pede (réu) a tutela jurisdicional, sendo sujeito do processo, assim como o juiz, integrando a relação jurídica processual. Já em sentido material, parte é o titular da relação jurídica de direito material discutida em juízo e em face de quem se afirma essa titularidade.

A regra de normalidade no processo é que este seja composto por um único autor, contra um único réu. Entretanto, existe a possibilidade de cumulação subjetiva, ou seja, de pluralidade de sujeitos ou partes. Nesta hipótese, estaremos diante da figura do litisconsórcio.

Cassio Scarpinella Bueno define o litisconsórcio como “o fenômeno que diz respeito à reunião de mais de uma parte em, ao menos, um dos pólos da relação processual”¹.

Para Arruda Alvim,

¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 65.

uma das características marcantes do litisconsórcio é a existência de pluralidade de partes. O significado de pluralidade de partes, suscetível de servir utilmente para uma construção dogmática, é aquele significativo de que, em certos processos, vários litigantes encontram-se num dos pólos da relação jurídica processual, existindo entre eles afinidade, sob múltiplos aspectos².

Assim, quando estivermos perante uma situação em que se verifica a presença de mais de um autor (litisconsórcio ativo), mais de um réu (litisconsórcio passivo), ou mais de um autor e mais de um réu (litisconsórcio bilateral ou misto), estaremos diante de uma pluralidade de partes, o que caracteriza o instituto do litisconsórcio.

Nesse sentido, Scarpinella Bueno explica:

A lei processual, por vezes, autoriza que diversas pessoas reúnam-se como autoras para demandar, ao mesmo tempo, em face de um réu comum ou, inversamente, que um só autor demande, desde logo, em face de mais de um réu. Outras vezes, a lei processual impõe o litígio conjunto como decorrência natural da relação jurídica de direito material a ser deduzida em juízo ou porque alguma regra jurídica (de cunho material ou processual, pouco importa) assim o determina. Trata-se, pois, de vários autores demandando em face de vários réus ao mesmo tempo, porque estão autorizados ou porque estão obrigados a isto³.

No litisconsórcio há apenas um processo com mais de um autor ou réu, não havendo multiplicidade de processos, e as razões pelas quais a lei o admite são a economia processual e a harmonia dos julgados. Assim, haverá tão-somente um julgamento, evitando-se o risco de serem proferidas decisões diversas e conflitantes.

² ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. *Código de Processo Civil comentado*, vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 361.

³ BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 65.

Conforme preleciona Marcus Vinicius Rios Gonçalves, “o que justifica a formação do litisconsórcio é a existência de uma inter-relação entre as situações jurídicas de direito material dos litisconsortes”⁴. É o grau desta inter-relação, bem como a conexidade das pretensões que diferenciam os tipos de litisconsórcio.

2.2 CLASSIFICAÇÕES DE LITISCONSÓRCIO

O litisconsórcio pode ser classificado quanto ao momento de sua formação (inicial ou ulterior), quanto à obrigatoriedade legal ou não de sua formação (facultativo ou necessário), e quanto à sorte no plano do direito material e processual (unitário ou simples).

Entendemos ser de todo prudente fazer, desde já, a ressalva de Scarpinella Bueno, de que tais classificações são apenas critérios para melhor compreensão do instituto:

São diversas as classificações que os autores dão ao litisconsórcio. O que é importante frisar desde pronto é que estas nada mais são do que critérios para melhor compreender o instituto; distintas propostas para melhor se aproximar, para conhecer, analisar e sistematizar o litisconsórcio (...). Estas classificações, posto que predominantes em sede de doutrina, são propostas úteis para melhor compreender o instituto em análise. Nada mais do que isso⁵.

O litisconsórcio inicial é aquele constituído no momento da propositura da ação, ao passo que o ulterior é aquele formado após a propositura da demanda.

⁴ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*, volume 1; teoria geral e processo de conhecimento. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 145.

⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 66.

Já por litisconsórcio facultativo, entende-se aquele em que a lei defere liberdade ao autor para constituí-lo ou não, não podendo o réu se recusar à sua formação, nem o juiz impor a sua constituição. Pode o magistrado, todavia, limitar a formação do litisconsórcio quanto ao número de litigantes, se for verificado que este compromete a rápida solução do litígio ou dificulta a defesa. Desta forma, dispõe o artigo 46 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 46. Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando:

I - entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide;

II - os direitos ou as obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito;

III - entre as causas houver conexão pelo objeto ou pela causa de pedir;

IV - ocorrer afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito.

Parágrafo único. O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa. O pedido de limitação interrompe o prazo para resposta, que recomeça da intimação da decisão⁶.

O litisconsórcio necessário, por sua vez, é aquele obrigatório por determinação legal ou pela relação jurídica discutida em juízo, independentemente da vontade da parte, estando disposto no artigo 47 do Código de Processo Civil. Tal modalidade de litisconsórcio, contudo, será estudada em capítulo próprio.

No litisconsórcio unitário, a lide deve ser decidida de forma idêntica para todos os litisconsortes; é, por conseguinte, a necessidade de “julgamento homogêneo que deve ser dispensado àqueles que estão no processo como litisconsortes”⁷. No litisconsórcio simples, por outro lado, o juiz pode decidir de maneira diversa

⁶ BRASIL. *Código de Processo Civil*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 547.

⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 112.

para cada um deles. Decorre, pois, da cindibilidade ou não do bem jurídico objeto da demanda.

No que tange aos tipos de litisconsórcio quanto à obrigatoriedade de sua formação e quanto à sorte no plano do direito material e processual, pode haver uma conjugação entre eles, podendo ser classificados em necessário simples, necessário unitário, facultativo simples ou facultativo unitário. É o que preleciona a doutrina:

É importante destacar que estas diversas espécies de classificação - como, de resto, ocorre com qualquer classificação - são cumulativas e dependentes umas das outras. É dizer: nada impede que haja um caso de litisconsórcio ativo inicial facultativo simples ou outro de litisconsórcio passivo ulterior necessário unitário⁸.

O litisconsórcio necessário simples é aquele obrigatório por força de lei, mas simples porque a sentença não precisa ser igual para todos os litisconsortes, tal como ocorre na ação de usucapião, na qual o pedido poderá ser acolhido no que concerne a alguns confrontantes, mas não a outros. Por outro lado, o litisconsórcio necessário unitário é aquele em que, além da lei exigir sua formação, ainda impõe que seja proferida sentença idêntica para todos os litisconsortes, já que a relação jurídica é uma e incindível. É a hipótese da ação de dissolução e liquidação de sociedade empresarial, na qual o Código de Processo Civil determina a citação da pessoa jurídica, assim como dos sócios.

Há situações, porém, em que o litisconsórcio é opcional e sem a imposição de sentença idêntica para todos os litisconsortes. É o denominado litisconsórcio facultativo simples. As hipóteses de constituição deste tipo de litisconsorte estão enumeradas no já mencionado artigo 46, do Código de Processo Civil.

⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 67.

Por sua vez, o litisconsórcio facultativo unitário se caracteriza pela existência de uma relação jurídica incindível, que pode ser postulada ou defendida em juízo por somente um dos seus titulares.

3 LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO

3.1 CONCEITO

Conforme dito anteriormente, o litisconsórcio necessário é aquele obrigatório por força de lei ou em razão da relação jurídica discutida em juízo. Ensina a doutrina que:

Em outras hipóteses, o litisconsórcio será obrigatório porque a lei assim determina ou porque, no plano do direito material, a relação jurídica pertence a mais de uma pessoa ao mesmo tempo. Transportando este dado para o plano processual, todas estas pessoas deverão estar em juízo em busca de sua tutela jurídica. É o caso do litisconsórcio necessário. Convém destacar, desde logo, que os casos de litisconsórcio necessário impõem a participação de todos os titulares da relação jurídica de direito material deduzida em juízo, porque não existe, para a espécie, nenhuma lei (de direito material ou de processo) que autorize que um só dos titulares aja, em juízo, em nome dos demais. São casos, pois, em que não existe regra de legitimidade extraordinária⁹.

Destarte, o litisconsórcio necessário se mostra como restrição ao poder de agir em juízo, já que, quando ocorre, não se admite a resolução do mérito da ação ajuizada só por uma das pessoas às quais a causa pertence nem com relação a apenas uma das pessoas em face das quais se pretende obter a tutela jurisdicional.

O Código de Processo Civil, em seu artigo 47, dispõe:

Art. 47. Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de

⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 66.

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.

Parágrafo único. O juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo¹⁰.

Vale ressaltar que, equivocadamente, o legislador confundiu o litisconsórcio necessário com o litisconsórcio unitário, de modo que pelo texto legal se depreende que todo litisconsórcio necessário é unitário. Todavia, como é cediço, mesmo nos casos em que o litisconsórcio é indispensável, não necessariamente o resultado é uniforme.

Sobre o dispositivo em questão, Cândido Rangel Dinamarco apresenta severa observação:

Esse mal redigido dispositivo (CPC, art. 47) dá a impressão, absolutamente falsa, de que o litisconsórcio unitário seria modalidade do necessário. Os dois conceitos não se confundem nem se colocam em relação de gênero a espécie. A unitariedade não é espécie da necessidade. Diz respeito ao regime de tratamento dos litisconsortes, enquanto esta é a exigência de formação do litisconsórcio. Há litisconsórcio unitário que não é necessário, e, vice-versa, necessário que não é unitário¹¹.

Como se explicará no capítulo 5 abaixo, o problema foi resolvido pelo novo Código de Processo Civil. O artigo 114 do novo CPC remove do texto legal o trecho contido no artigo 47 no sentido de que há litisconsórcio necessário quando “*o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme*”¹².

Confira-se a nova redação:

¹⁰ BRASIL. *Código de Processo Civil*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 548.

¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. II. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 349.

¹² BRASIL. *Código de Processo Civil*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 548.

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 litisconsortes¹³.

De todo modo, da leitura do referidos dispositivos legais, tanto do antigo código quanto do novo, é possível concluir que o instituto do litisconsórcio necessário é excepcional, haja vista que representa uma restrição ao poder de ação, o que, se ampliado, geraria um desequilíbrio no sistema em detrimento da garantia do direito de ação.

Por esse motivo, pondera Cândido Rangel Dinamarco que:

dizer que o litisconsórcio é necessário significa negar a legitimidade de uma só pessoa para demandar ou para ser demandada isoladamente, carecendo de ação o autor que insistir na demanda isolada¹⁴.

Para exigir o litisconsórcio em determinadas situações, a lei pondera certos fatores de aglutinação que em alguns casos tornam imprescindível a exigência e em outros recomendam o legislador a impô-la. Referidos fatores derivam:

das realidades disciplinadas pelo direito substancial (a incidibilidade da situação jurídica) ou da conveniência de que o processo tenha maior abrangência e portanto utilidade em relação a um número maior de sujeitos (o litisconsórcio por força de lei específica)¹⁵.

3.2 LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO POR FORÇA DE LEI

¹³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues (coordenadores). *Novo Código de processo civil comparado: artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 83.

¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 76.

¹⁵ *Ibid.*, p. 188.

Há litisconsórcio necessário por força de lei sempre que uma disposição legal determinar especificamente a presença de duas ou mais pessoas em um dos lados da relação jurídica processual. Assim, o legislador, em determinadas situações, exige que, estando em juízo uma relação jurídica material de certa categoria, seja formado o litisconsórcio entre pessoas por ele indicadas, sendo este indispensável, não por incindibilidade do objeto do processo, mas porque a lei assim o exige.

Por esta razão, em geral, o litisconsórcio necessário imposto pela lei não é unitário, de modo que não se trata de relação jurídica incindível.

São exemplos de casos de litisconsórcio necessário imposto pela lei o artigo 942 do atual Código de Processo Civil¹⁶, o qual manda citar os confinantes, assim como aquele em nome de quem se encontra matriculado o imóvel usucapiendo, e o artigo 10, § 1, II do mesmo diploma legal¹⁷, que manda citar ambos os cônjuges em ação na qual se discutam fatos que digam respeito a ambos os cônjuges ou atos praticados por eles.

Cumprido destacar que há na lei casos em que a instituição de litisconsórcio necessário é apenas ilusória. São hipóteses em que a lei determina tão-somente que se dê ciência a certa pessoa.

Litisconsorte, consoante já estudado, é somente aquele que for titular da pretensão deduzida em juízo ou que se apresente como possível destinatário direto dos efeitos da tutela jurisdicional. Sujeitos que não sejam parte principal, sem ter pedido a tutela jurisdicional, nem ter tido a tutela jurisdicional pedida

¹⁶ BRASIL. *Código de Processo Civil*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 682.

¹⁷ *Ibid.*, p. 540.

em relação a eles, poderão intervir de algum modo, mas não serão partes principais e, tampouco, litisconsortes necessários.

São exemplos de disposições legais em que há a inadequada informação de litisconsorte necessário: **a)** as ações referentes à posse de silvícolas sobre as terras que habitam, nas quais a Lei n. 6.001, de 19.12.1973, em seu artigo 36, parágrafo único¹⁸, informa que a União será litisconsorte necessário do órgão representativo dos indígenas. Trata-se, todavia, de assistente litisconsorcial e não de litisconsorte; e, **b)** o artigo 161 do Código Civil¹⁹, o qual insinua um litisconsórcio necessário envolvendo o devedor-alienante na ação pauliana. Contudo, não se trata de litisconsórcio necessário, já que o devedor é parte ilegítima em tal ação em razão de não ser diretamente afetado pela responsabilidade patrimonial incidente sobre os bens que já pertencem a terceiro.

3.3 LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO POR FORÇA DA RELAÇÃO JURÍDICA

Haverá litisconsórcio necessário por força da relação jurídica sempre que for incidível a relação jurídica material a ser objeto do julgamento. Tal necessidade do litisconsórcio decorre da futura inutilidade do provimento a ser prolatado sem a presença de todos, já que não seria oponível aos que não participaram do processo, representando, sobretudo, um desperdício das atividades jurisdicionais.

¹⁸ BRASIL. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 21dez.1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm. Acesso em: 20out.2015.

¹⁹ BRASIL. *Código Civil*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 265.

É exemplo de litisconsórcio necessário por força da relação jurídica a ação anulatória de um contrato, na qual devem ser partes todos os partícipes do mesmo contrato, uma vez que não será possível que a sentença que decidirá a lide anule o contrato para um dos contratantes e o declare válido para os outros que não constaram no processo como partes.

4 LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO ATIVO

No litisconsórcio necessário a ação é apenas uma, a ser proposta por todos em conjunto ou em face de todos os colegitimados passivos. Desta forma, é possível a ocorrência de litisconsórcio necessário tanto no pólo ativo quanto no pólo passivo da relação processual.

Entretanto, depreende-se da leitura do artigo 47 do atual Código de Processo Civil que o legislador parece insinuar a existência apenas do litisconsórcio necessário passivo, *in verbis*: “(...) caso em que a eficácia da sentença dependerá da **citação** de todos os litisconsortes no processo” (destacamos)²⁰. Ora, sabe-se que:

citação é a comunicação que se faz **ao sujeito passivo da relação processual** (réu ou interessado), de que em face dele foi ajuizada demanda ou procedimento de jurisdição voluntária, a fim de que possa, querendo, vir se defender ou se manifestar²¹.
(grifamos)

Logo, ao verificar no dispositivo supra que a eficácia da sentença dependerá da **citação** dos litisconsortes, poderíamos concluir que, na sistemática atual, somente será possível a figura do litisconsórcio necessário passivo. As alterações havidas no novo Código de Processo Civil serão abordadas no capítulo 5 abaixo.

Com efeito, pelo já exposto e, notadamente, pela impossibilidade de apenas um indivíduo obter determinado provimento jurisdicional quando duas ou mais pessoas devam participar da ação, entendemos ser plenamente possível o

²⁰ BRASIL. *Código de Processo Civil*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 548.

²¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 464.

litisconsórcio necessário ativo. É o entendimento da doutrina de Moacyr Amaral dos Santos²², Eduardo Arruda Alvim²³, Cássio Scarpinella Bueno²⁴ e Thereza Alvim, essa que preleciona que:

a necessidade foi estabelecida tanto para o pólo passivo da relação processual, quanto para o ativo. A adoção, pelo nosso sistema jurídico do princípio dispositivo, não impede o estabelecimento da necessidade no pólo ativo, pois o princípio vige na medida de sua adoção pelo sistema. Também, esse princípio cede lugar ao se defrontar com princípios outros de maior relevância. Por força da Constituição Federal é insuprimível o direito de submeter uma lesão ou ameaça de lesão à apreciação do Poder Judiciário, pelo que alguém não pode ficar impedido de acionar a jurisdição porque o co-titular da afirmação de direito não o quer²⁵.

É esta possibilidade, inclusive, que se torna um problema no âmbito processual quando se verifica que um dos litisconsortes não tem interesse na propositura da ação. Devemos, então, respeitar o direito de tal indivíduo e negar ao outro litisconsorte o direito de ação, ou devemos obrigar o litisconsorte renitente a compor a demanda, ainda que não seja este seu interesse?

4.1 INTEGRAÇÃO DO LITISCONSORTE NECESSÁRIO ATIVO RENITENTE

A ausência de litisconsorte necessário no pólo ativo da demanda acarreta a extinção do processo sem a resolução do mérito pela carência da ação, já que é

²² SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 6.

²³ ALVIM, Eduardo Arruda. *Curso de direito processual civil, vol. 1*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. pp. 241-242.

²⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 117.

²⁵ ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 144.

necessariamente conjunta a legitimidade ativa. Assim, ou estão todos presentes e há legitimidade da parte ativa, ou não estão e aquele que propôs a ação não dispõe de meios para coagir os demais a compartilhar de sua posição no processo. Vale destacar que cabe ao juiz fiscalizar se todos os litisconsortes foram integrados à lide, de modo que, caso seja proferida sentença sem que um deles tenha participado da demanda, a consequência será a nulidade absoluta do julgado quanto àqueles que participaram do processo, e a inexistência deste para aquele que não integrou a lide.

Segundo Cassio Scarpinella Bueno, “a sentença proferida sem que todos os litisconsortes necessários tenham participado da relação processual possui vício gravíssimo”²⁶.

Debruçando-se longamente sobre o tema, Teresa Arruda Alvim Wambier conclui que:

Rigorosamente, a sentença de mérito proferida apesar da falta de litisconsorte necessário padece de três vícios: ausência de pressuposto processual de existência (citação), ausência de condição da ação (legitimação para a causa) e ausência de pressuposto processual de validade (legitimidade processual).²⁷

O novo Código de Processo Civil altera as consequências pela não integração do litisconsorte necessário. As alterações serão abordadas no item 5 abaixo.

Seja como for, não se pode obrigar alguém a agir em juízo, como autor, contra sua própria vontade. O direito processual, inclusive, é informado, dentre outros, pelo princípio da ação, ou da iniciativa de parte, segundo o qual o Estado-Juiz somente se manifesta mediante precisa e específica provocação da pessoa

²⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 113.

²⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 378.

interessada. Não havendo interesse do indivíduo na composição do pólo ativo da lide, não haverá provocação do Estado, representado pela figura do juiz, nem tampouco tutela jurisdicional.

Desta forma, temos que a cada pessoa é resguardado o direito de escolher o momento no qual irá demandar, o fazendo apenas quando estiver segura dos meios e provas de que dispõe, de modo que não seria lícito violar esta liberdade. Esta é a opinião de Cândido Rangel Dinamarco:

A cada um é dado escolher o momento para demandar, pondo em ato a estratégia de ataque que lhe parecer mais oportuna, vindo apenas quando estiver seguro das provas de que dispõe, evitando despesas ou riscos de tê-las, escolhendo patrono de sua preferência; não se pode violar essa liberdade toda que tradicionalmente é deixada ao demandante e que, ao final, é a expressão do princípio da iniciativa de parte, já lembrado. Violar essas regras traria, se não outros (como se verá), o grave inconveniente de colocar a pessoa, contra a sua vontade, sob o risco de uma derrota e possível coisa julgada, que poderá comprometer irremediavelmente o direito que talvez tivesse²⁸.

Contudo, não se pode olvidar que em se tratando de litisconsórcio necessário ativo, admitir como absoluto tal direito do colegitimado renitente acarreta a violação ao direito constitucional de ação do litisconsorte interessado na demanda, já que, conforme dito anteriormente, a ausência do litisconsorte necessário no pólo ativo impõe a extinção do processo.

Nesse sentido, quando for obrigatório o litisconsórcio ativo, mas um dos litisconsortes não quiser litigar em conjunto com o outro, tal atitude potestativa inibirá o colegitimado interessado de ingressar com a ação em juízo, ofendendo o direito constitucional de ação, garantido pelo artigo 5º, XXXV da Constituição

²⁸ DINAMARCO. Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1986. p. 168.

da República Federativa do Brasil²⁹.

Referido direito visa garantir a possibilidade de deduzir uma pretensão em juízo, obtendo uma resposta satisfatória, representada pela sentença de mérito, observando-se os princípios constitucionais do processo. No entanto, o direito de ação somente poderá ser exercido quando presentes as condições da ação, a saber, possibilidade jurídica do pedido (o ordenamento jurídico não proíbe o pedido expressamente), interesse processual (necessidade de a parte ir a juízo para alcançar a tutela pretendida) e legitimidade de parte (possibilidade e necessidade de ser autor ou réu na demanda).

Assim, a não integração do pólo ativo pelo litisconsorte necessário implica na inobservância de uma das condições da ação – a legitimidade de parte, acarretando a extinção do processo e violando, por conseguinte, o direito de ação em questão.

Partindo desse pressuposto, a doutrina clássica entende que o litisconsórcio necessário ativo é excepcional em nosso sistema processual, e que, verificada a presença de litisconsorte necessário ativo renitente, solução não há ao colegitimado interessado, que fica então impedido de acessar o judiciário.

A conclusão parte do pressuposto de que ninguém pode ser compelido a agir em juízo, o que contraria o princípio da liberdade e destoaria da lógica processual da iniciativa de parte.

Sendo assim, entende-se que solução outra não há em se tratando de litisconsórcio necessário ativo, pois não seria lógico no sistema processual vigente promover a citação do autor, tal qual ordena o art. 47 seja feito ao réu,

²⁹ BRASIL. *Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 29.

no caso de litisconsórcio necessário passivo.

Capitaneando tal corrente, leciona Cândido Rangel Dinamarco:

Se o litisconsórcio necessário passivo já é excepcional no sistema, de excepcionalidade ainda maior reveste-se a necessidade em relação ao pólo ativo da relação processual. As dificuldades para implementá-lo são mais graves e podem revelar-se até mesmo insuperáveis, o que se dará sempre que um colegitimado se negue a participar da demanda. Como ninguém pode ser obrigado a demandar contra sua própria vontade (*nemo ad agendum cogit potest*, princípio constitucional da liberdade), em casos assim o autor ficará em um impasse sem solução e não poderá obter a tutela jurisdicional pretendida.³⁰

Em sua obra específica sobre o tema, Dinamarco enfatiza:

As dificuldades mostram-se bem maiores, quando é necessariamente conjunta a legitimidade ativa, carecendo de ação o autor singular que não conte com a participação de todos os co-titulares da situação jurídico-substancial com relação à qual pretende o exame judicial de sua demanda. 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 da sua posição do processo.

Realmente, ninguém pode ser compelido a agir em juízo, sendo autor ou exequente contra sua própria vontade. Esse autêntico dogma corresponde à tradição que nos vem das fontes mais cristalinas e incontrastadas. É princípio no direito romano a liberdade de agir em juízo e geral a assertiva de que ou o litisconsórcio se forma, quando necessário, ou o juiz deve *respingere la domanda nos proposta da tutti a contro tutti*.

O direito, tradicionalmente, é avesso a constranger alguém a demandar como autor³¹.

E, mais adiante, conclui o renomado jurista:

³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. II. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 357.

³¹ Id. *Litisconsórcio*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1986. pp. 222-223.

Por isso é que, compelindo o co-legitimado a aderir a um pedido que não quis fazer, estaria o juiz, com a violação perpetrada contra a sua liberdade de agir, afrontando a garantia de liberdade e legalidade estabelecida no art. 5º, inc. II, da Constituição Federal. Considerá-lo integrado na relação processual a partir de quando citado (podendo, inclusive fazer-se revel e amargar as consequências disso) violaria de maneira muito grave as normas de um sistema solidamente apoiado na iniciativa de parte (CPC, arts. 2º, 128, 262, 460) e, com isso, a garantia constitucional do *due process of law*³².

A posição encontra guarida no Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que em célebre julgamento assim decidiu:

Processo Civil. Litisconsórcio ativo necessário. Exceção ao direito de agir. Obrigação de demandar. Hipóteses excepcionais. Recurso provido.

I – Sem embargo da polêmica doutrinária e jurisprudencial, o tema da admissibilidade ou não do litisconsórcio ativo necessário envolve limitação ao direito constitucional de agir, que se norteia pela liberdade de demandar, devendo-se admiti-lo apenas em situações excepcionais. II – Não se pode excluir completamente a possibilidade de alguém integrar o pólo ativo da relação processual, contra sua vontade, sob pena de restringir-se o direito de agir da outra parte, dado que o legitimado que pretendesse demandar não poderia fazê-lo sozinho, nem poderia obrigar o co-legitimado a litigar conjuntamente com ele. III – Fora das hipóteses expressamente contempladas na lei (*verbi gratia*, art. 10, CPC), a inclusão necessária de demandantes no pólo ativo depende da relação de direito material estabelecida entre as partes. Antes de tudo, todavia, é preciso ter em conta a excepcionalidade em admiti-la, à vista do direito constitucional de ação³³.

No corpo do acórdão, o relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira melhor explicita:

³² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1986. p. 225.

³³ Superior Tribunal de Justiça – Recurso Especial nº 141172/RJ – 4ª Turma – Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira – Julgado em 26.10.1999. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199700510298&dt_publicacao=13-12-1999&cod_tipo_documento=>> . Acesso em: 26out.2015.

É de acrescentar-se, outrossim, que não pode haver regra única que cerceie em absoluto, nem que permita sem restrições, o litisconsórcio ativo necessário. Aliás, a necessidade decorre da própria multiplicidade das relações que se travam no plano do direito material. Entretanto, antes de tudo, é preciso ter em conta a extrema excepcionalidade em admiti-lo, à vista do direito constitucional de ação³⁴.

Nada obstante Dinamarco seja célebre defensor da instrumentalidade do processo³⁵, entendemos que essa visão não confere a devida efetividade ao sistema processual, pois impede a prestação de tutela jurisdicional àquele que não pode contar com a participação de seu colegitimado.

Tal corrente é nomeada por Nelson Nery como negativista, criticando-a veementemente:

Essa solução, negativa, está em desacordo com o sistema e não deve ser prestigiada porque também contraria a instrumentalidade, mantendo o processo e o direito material em crise, o que conspira contra a efetividade do processo em sua função de meio para a realização do fim por ele buscado, que é a efetiva realização do direito material litigioso ou controvertido. Não basta falar-se em instrumentalidade do processo. É necessário que se utilize o processo como verdadeiro instrumento para a realização do direito material. A tese negativista usa o processo como um fim em si mesmo, olvidando-se de sua funcionalidade. Para que haja coerência na defesa da tese da instrumentalidade do processo, é necessário que se a exponha no antecedente e que se a aplique no consequente. A tese negativista é incoerente porque faz uso do processo para dar solução que desatende o direito material, porque o deixa não resolvido, isto é, mantém-se o processo e o direito material em crise. Vale dizer, o processo não terá sido instrumento, mas um fim em si mesmo. Para esse caso concreto, a tese negativista, na prática, rejeita a instrumentalidade do

³⁴ Superior Tribunal de Justiça – Recurso Especial nº 141172/RJ – 4ª Turma – Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira – Julgado em 26.10.1999. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199700510298&dt_publicacao=13-12-1999&cod_tipo_documento=> . Acesso em: 20out.2015.

³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

processo³⁶.

De fato, não se pode obrigar ninguém a demandar; no entanto, não pode o Estado quedar-se inerte ao perecimento do direito de um cidadão que necessita da tutela jurisdicional, não fornecendo oportunidade para a solução do conflito.

Partindo do pressuposto da instrumentalidade do processo, Nelson Nery rebate com contundência a tese negativista:

Essas duas objeções da tese negativista (coment. 7 CPC 47) à nossa solução (comente. 6 CPC 47) não devem ser aceitas porquanto não configuram obstáculo sério, já que podem ser rebatidas com facilidade. I – Objeção: ninguém pode ser coagido a mover ação (*nemo ad agendum cogi potest*); Repulsa a essa objeção: o potencial litisconsorte ativo necessário não será obrigado a demandar ativamente (iniciar a demanda, ser autor), pois será demandado, passivamente (réu), o que nem ele nem ninguém poderá evitar. II – Objeção: não se pode citá-lo sob pena de revelia; Repulsa a essa objeção: ninguém pode recusar-se a ser réu de ação judicial, quando estiver se opondo à pretensão do autor. A postura do litisconsorte necessário ativo renitente, de opor-se a que seu litisconsorte necessário ativo possa deduzir a pretensão em juízo configura condição puramente potestativa, proibida pelo direito brasileiro porque sujeita o autor ao arbítrio de seu consorte (CC 122; CC/1916 115). O absurdo seria permitir-se e dar-se validade a essa condição puramente potestativa, cuja ilicitude é expressa na lei, em detrimento do direito constitucional de ação que todos têm, inclusive o autor da ação no caso ora examinado (CF 5º. XXXV). Na situação recíproca é possível ao autor sujeitar o réu a responder à demanda, porque essa condição não é puramente, mas meramente (ou simplesmente) potestativa: a liberdade de cada um não obriga a mover ação em juízo (...), mas, ao revés, ninguém pode recusar-se a ser réu de ação judicial movida contra si. (...) Essa solução negativista conspira contra a instrumentalidade do processo e o mantém em crise, desservindo ao direito material³⁷.

³⁶ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 224.

³⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. pp. 224-225.

É forçoso concluir que existem, de fato, meios tecnicamente factíveis e processualmente aptos a garantir o direito de ação nos casos em que o potencial litisconsorte ativo necessário obstaculiza a pretensão, seja pelo motivo que for.

E, assim, surgem alternativas ao negativismo da doutrina clássica.

Adriano César Braz Caldeira oferece resposta que parece objetiva, atenta aos princípios da instrumentalidade do processo e do direito de ação, sem olvidar do princípio do devido processo legal.

Segundo Adriano Caldeira, havendo recusa do litisconsorte necessário ativo, deve o colegitimado notificá-lo extrajudicialmente a demandar consigo, sob pena de sofrer os prejuízos advindos da demanda que se recusou a compor. *In verbis*:

A mais complexa das situações parece-nos ser a hipótese em que há necessidade de participação de todos os litisconsortes, mas, da mesma maneira, há resistência de um deles em demandar, além do que a relação jurídica se mostra absolutamente indivisível. Nesse caso, sem termos a pretensão de pacificarmos o problema, entendemos deva ser o litisconsorte resistente notificado para que venha compor o pólo do processo, sob pena de sofrer todas as conseqüências do resultado do processo. A notificação que entendemos necessária bastaria ser extraprocessual, não sendo obrigatória a notificação intraprocessual³⁸.

Em posição mais ou menos conforme, Marcus Vinicius Rios Gonçalves entende que tal notificação deve ser intraprocessual, antes de citados os réus. Segundo ele, havendo um litisconsorte desinteressado na propositura da ação, o autor deverá expor ao juiz a situação para que esse determine, antes de citados os réus, a

³⁸ CALDEIRA, Adriano César Braz. *Litisconsórcio ativo necessário*. Revista IOB de direito civil e processual civil, v. 7, nº 37. Porto Alegre: Síntese, set./out. 2005. pp. 52-64.

citação do litisconsorte renitente para integrar o pólo ativo³⁹.

Frise-se que não seria hipótese em que o litisconsorte ativo renitente ocuparia o pólo passivo – já que a citação é o ato pelo qual se comunica ao réu a existência de uma ação movida em face dele, possibilitando a sua defesa. Na verdade, nessa linha de raciocínio, a citação terá como objetivo integrar o litisconsorte renitente ao pólo ativo.

O referido autor entende que, desta forma, ter-se-á garantido o direito de ação dos demais autores, asseverando que, citado, o litisconsorte renitente poderá: se omitir, o que não impedirá sua integração ao processo como parte; decidir participar como co-autor; ou, ainda, impugnar a sua qualidade de litisconsorte necessário ou “manifestar o seu inconformismo com a propositura da ação ou com o acolhimento do pedido”⁴⁰.

Trata-se da nomeada ‘citação atípica’, que encontra amparo também na doutrina de Thereza Alvim⁴¹, Eduardo Alvim⁴² e Cassio Scarpinella Bueno, que bem sintetiza o entendimento:

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

³⁹ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*, volume 1; teoria geral e processo de conhecimento. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 160.

⁴⁰ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*, volume 1; teoria geral e processo de conhecimento. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 160.

⁴¹ ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 144.

⁴² ALVIM, Eduardo Arruda. *Curso de direito processual civil*, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. pp. 241-242.

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 litisconsortes⁴³.

Reitere-se que Dinamarco rebate veementemente tais teses sob o entendimento de que “determinar a citação do colegitimado ativo para vir ao processo figurar como autor, sob pena de revelia, é um enorme absurdo. Citações fazem-se ao demandado e não a possíveis demandantes”⁴⁴.

Esse entendimento, novamente, é combatido por Nelson Nery, para quem “o absurdo seria permitir-se e dar-se validade a essa condição puramente potestativa, cuja ilicitude é expressa na lei, em detrimento do direito constitucional de ação que todos têm”⁴⁵.

Segundo o processualista, “o CPC 213 permite a citação não apenas do réu, mas também do interessado”⁴⁶, o que torna plausível a citação do litisconsorte ativo necessário renitente.

E, nesse compasso, sustenta, como solução da problemática apresentada, que o demandante possui meios para coagir os colegitimados que prefeririam estar inertes.

Sob sua ótica, deve o autor mover a ação sozinho, incluindo aquele que deveria ser seu litisconsorte ativo no pólo passivo da demanda, uma vez que existe lide

⁴³ BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 117.

⁴⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. II. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 357.

⁴⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 225.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 224.

entre eles em decorrência da resistência à pretensão do autor pelo litisconsorte renitente. Citado, este passa a integrar de maneira forçada a relação processual. Leciona o referido autor:

Quando, pelo direito material, a obrigatoriedade da formação do litisconsórcio deva ocorrer no pólo ativo da relação processual, mas um dos litisconsortes não quiser litigar em conjunto com o outro, esta atitude não pode inibir o autor de ingressar com a ação em juízo, pois ofenderia a garantia constitucional do direito de ação (CF, art. 5º, XXXV). O autor deve movê-la, sozinho, incluindo aquele que deveria ser seu litisconsorte necessário ativo, no pólo passivo da demanda, como réu, pois existe lide entre eles, porquanto este 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 a sua vontade de: a) continuar no pólo passivo, resistindo à pretensão do autor; b) integrar o pólo 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 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 pólo for.⁴⁷

Segundo o renomado jurista, o litisconsorte pode permanecer no pólo passivo, resistindo à pretensão do autor, ou integrar o pólo ativo, constituindo o litisconsórcio necessário ativo reclamado por este. Em qualquer das hipóteses, frisa o autor, será proferida sentença em relação ao litisconsorte renitente, a qual produzirá normalmente seus efeitos.

Tal entendimento pressupõe que, para que se cumpra a lei, atendendo aos preceitos do sistema jurídico brasileiro, é preciso apenas que os litisconsortes necessários integrem a relação processual, independentemente do pólo.

⁴⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 259.

Nessa linha, arremata com brilhantismo a questão aqui posta em debate:

Na verdade, não existe problema do litisconsórcio ativo não íntegro. O autor, que deveria agir na companhia de um litisconsorte necessário pode agir sozinho, desde que mova a ação também contra aquele que deveria ser seu litisconsorte necessário ativo. O problema se resolve com a simples solução da teoria geral do direito processual civil: ninguém pode recusar-se a ser réu de ação judicial. O autor pode, potestativamente (atitude lícita), colocar aquele que deveria ser seu litisconsorte ativo necessário na posição de réu no processo, porque este está se opondo, resistindo à sua pretensão. Há a lide, e o potencial litisconsorte ativo necessário, por haver oposto resistência à pretensão do autor, será réu da ação judicial. Com isso, supre-se a exigência do direito material, de que a sentença somente pode produzir efeitos se proferida em face de todos os partícipes da relação jurídica material e daqueles em face de quem a lei determina deva ser formada a relação jurídica processual. O importante é que, com essa providência (citação como litisconsorte “ativo” necessário), todos os partícipes da relação material estarão necessariamente, na relação processual. Em que pólo? É indiferente. Daí a tese negativista haver suscitado um falso problema: não se estará ‘obrigando’ alguém a mover ação, mas se estará movendo ação contra esse renitente. Em resumo: não existe o problema. O processo civil é mais simples do que se pretende fazê-lo parecer.⁴⁸

Cabe salientar que o entendimento acima exposto observa a instrumentalidade do processo (utilização do processo como instrumento para a realização do direito material), mantendo, por conseguinte, o direito material e o processo em harmonia e contribuindo para sua efetividade.

Ademais, por tal tese, o colegitimado não será coagido a figurar no pólo ativo da demanda, pois figurará como réu e ninguém pode se recusar a compor o pólo passivo de demanda por se opor à pretensão do autor. Como afirmado acima, a

⁴⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 225.

impossibilidade de propositura de ação pela existência de litisconsorte necessário ativo renitente representa uma condição puramente potestativa, por sujeitar o autor ao livre arbítrio do litisconsorte. Assim, não poderíamos aceitar tal postura em detrimento do direito constitucional de ação do autor.

Diante disso, concluímos que é possível ao autor propor ação sem que componha o pólo ativo o litisconsorte necessário ativo desde que este também figure como réu na demanda. Deste modo, teremos suprida, conforme leciona Nelson Nery Junior,

a exigência do direito material, de que a sentença somente pode produzir efeitos se proferida em face de todos os partícipes da relação jurídica material e daqueles em face de quem a lei determina deva ser formada a relação jurídica processual.⁴⁹

4.2 O POSICIONAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA

Travado o debate no plano doutrinário, entendemos ser importante a análise do entendimento das Cortes Superiores para, enfim, permitirmos ao operador do direito posição firme sobre a intrincada questão. Obviamente, a jurisprudência reflete a aplicação do Código de Processo Civil de 1973.

É o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que a admissibilidade do litisconsórcio ativo necessário envolve limitação a direito constitucional de agir e, assim sendo, somente excepcionalmente pode-se admiti-lo.

Dos casos mais célebres é o já mencionado julgamento do Recurso Especial nº

⁴⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 260.

141172/RJ:

Processo civil. Litisconsórcio ativo necessário. Exceção ao direito de agir. Obrigação de demandar. Hipóteses excepcionais. Recurso provido.

I - Sem embargo da polêmica doutrinária e jurisprudencial, o tema da admissibilidade ou não do litisconsórcio ativo necessário envolve limitação ao direito constitucional de agir, que se norteia pela liberdade de demandar, devendo-se admiti-lo apenas em situações excepcionais.

II - Não se pode excluir completamente a possibilidade de alguém integrar o pólo ativo da relação processual, contra a sua vontade, sob pena de restringir-se o direito de agir da outra parte, dado que o legitimado que pretendesse demandar não poderia fazê-lo sozinho, nem poderia obrigar o co-legitimado a litigar conjuntamente com ele.

III - Fora das hipóteses expressamente contempladas na lei (*verbi gratia*, art. 10, CPC), a inclusão necessária de demandantes no pólo ativo depende da relação de direito material estabelecida entre as partes. Antes de tudo, todavia, é preciso ter em conta a excepcionalidade em admiti-la, à vista do direito constitucional de ação.⁵⁰

Em outras decisões, verifica-se que, de fato, a Egrégia Corte de Justiça filia-se à teoria negativista:

Civil e processual civil. Recurso especial. Admissibilidade. Deficiência na fundamentação. Plano de saúde empresarial. Extensão a dependente do beneficiário desde a infância até a conclusão de curso de ensino superior. Legitimidade ativa configurada. Estipulação em favor de terceiro. Perda superveniente do interesse de agir não demonstrada.

(...)

O litisconsórcio necessário passivo deve decorrer de uma exigência legal ou do próprio caráter unitário da relação jurídica. Não há lei que exija que a pessoa beneficiada por plano de saúde coletivo venha litigar conjuntamente com seu dependente. No mesmo sentido, não se vê unitariedade a exigir que o pai e filho recebam a mesma prestação jurisdicional.

- O tema da admissibilidade ou não do litisconsórcio ativo

⁵⁰ Superior Tribunal de Justiça – Recurso Especial nº 141172/RJ – 4ª Turma – Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira – Julgado em 26.10.1999. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199700510298&dt_publicacao=13-12-1999&cod_tipo_documento=>> . Acesso em: 20out.2015.

necessário envolve limitação ao direito constitucional de agir, que se norteia pela liberdade de demandar, devendo-se admiti-lo apenas em situações excepcionais. Não se inclui entre essas situações o litígio que envolve o filho, dependente de pessoa beneficiada por plano de saúde coletivo, e a companhia responsável pela cobertura contratual.⁵¹

Processual civil e previdenciário. Recurso especial. Pensão por morte. Litisconsórcio ativo necessário. Desnecessidade. Lei 8.213/91. Princípio da economia e finalística processual. Nulidade não configurada.

1. Somente há que se falar em litisconsórcio ativo necessário em situações excepcionais, uma vez que ninguém pode ser compelido a comparecer nos autos como autor.⁵²

No Supremo Tribunal Federal fora localizado uma única decisão sobre a matéria. Citando Dinamarco, a Corte Suprema decidiu pela excepcionalidade do litisconsórcio ativo necessário:

Ação cível originária. Competência. Lei de registros públicos. Litisconsórcio ativo necessário. I. Impertinência da invocação do art. 213, par-2. da lei de registros públicos. II. Não cabe cogitar de litisconsórcio ativo necessário, na falta de evidência da sua inevitabilidade. Agravo regimental desprovido⁵³.

Em seu voto, justifica o Ministro Relator Francisco Rezek:

No mínimo, pois, resulta claro que o litisconsórcio ativo necessário reclama excepcional evidência de sua inevitabilidade,

⁵¹ Superior Tribunal de Justiça – Recurso Especial nº 976679/SP – 3ª Turma – Relatora Ministra Nancy Andriahi – Julgado em 08/09/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=5299668&sReg=200701982370&sData=20091002&sTipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 20out.2015.

⁵² Superior Tribunal de Justiça – Recurso Especial nº 956136/SP – 5ª Turma – Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho – Julgado em 14/08/2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=3177661&sReg=200701231763&sData=20070903&sTipo=51&formato=PDF> Acesso em: 20out.2015.

⁵³ Supremo Tribunal Federal – ACO 330 AgR/MS - Tribunal Pleno - Relator Ministro Francisco Rezek – Julgado em 10/11/1984. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=382302>>. Acesso em: 20out.2015.

o que não se consegue vislumbrar na hipótese dos autos⁵⁴.

Verificou-se então que as Cortes Superiores valem-se da teoria negativista, fazendo, inclusive, frequente utilização da doutrina clássica de Dinamarco.

⁵⁴ Supremo Tribunal Federal – ACO 330 AgR/MS - Tribunal Pleno - Relator Ministro Francisco Rezek – Julgado em 10/11/1984. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=382302>>. Acesso em: 20out.2015.

5 LITISCONSÓRCIO ATIVO NECESSÁRIO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Como se sabe, a Lei Federal nº 13.105⁵⁵, de 16 de março de 2015, institui o novo Código de Processo Civil. O novo CPC entra em vigor 17 de março de 2016.

O texto final aprovado o novo CPC corresponde ao Projeto do Senado, com algumas poucas alterações. O Projeto da Câmara não foi aproveitado, o que recebeu críticas da doutrina, que vinha entendendo que o Projeto da Câmara contemplava soluções seguras a problemas evidenciados na prática, como anota Cassio Scarpinella Bueno⁵⁶.

Em relação ao tema do presente trabalho, alguns problemas são resolvidos, e, em relação a outros, lamentavelmente perdeu-se oportunidade para solucioná-los, em especial o tema do litisconsorte ativo renitente.

O artigo 114 do novo CPC parece resolver o equívoco legislativo atual de considerar que todo litisconsórcio necessário é unitário. Com efeito, como visto no capítulo 3.1 deste trabalho, o artigo 47 do atual CPC confunde o litisconsórcio necessário com o litisconsórcio unitário, de modo que pelo texto legal se depreende que todo litisconsórcio necessário seria unitário. Sabe-se que “Há litisconsórcio unitário que não é necessário, e, vice-versa, necessário que não é unitário”⁵⁷.

O artigo 114 do novo CPC remove do texto legal o trecho contido no artigo 47

⁵⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues (coordenadores). *Novo Código de processo civil comparado: artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

⁵⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 120.

⁵⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. II. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 349.

no sentido de que há litisconsórcio necessário quando “*o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme*”⁵⁸. Confira-se a nova redação:

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 litisconsortes⁵⁹.

A corroborar a alteração legislativa, o artigo 116 vem a prever o litisconsórcio unitário em separado e especificamente:

Art. 116. O litisconsórcio será unitário quando, pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir o mérito de modo uniforme para todos os litisconsortes⁶⁰.

De fato, fica agora disposto que o litisconsórcio necessário pode ser tanto unitário quanto simples, pois o legislador cuidou de separar os conceitos. Nesse sentido, anota Cassio Scarpinella Bueno:

“O art. 114 conceitua o litisconsórcio necessário querendo evitar as críticas que, tradicionalmente, são dirigidas ao caput do art. 47 do CP atual que, se não interpretado corretamente, dá a (falsa) impressão de ter embaralhado aquela modalidade litisconsorcial com outra, o litisconsórcio unitário, afirmação que ganha maior relevo, no novo CPC, diante da expressa previsão desta espécie de litisconsórcio no art. 116.

Não há, contudo como deixar de reconhecer que a tarefa de conceituação do litisconsórcio necessário não foi de todo bem-sucedida. De qualquer sorte, é possível extrair do dispositivo que o litisconsórcio necessário é aquele imposto por disposição legal ou pela natureza da relação jurídica”⁶¹.

Ocorre que o artigo 114 deixou de estabelecer ou ao menos conceituar quais são

⁵⁸ BRASIL. *Código de Processo Civil*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 548.

⁵⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues (coordenadores). *Novo Código de processo civil comparado: artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 83.

⁶⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues (coordenadores). *Novo Código de processo civil comparado: artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 84.

⁶¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 122.

as origens, causas e/ou fundamentos do litisconsórcio necessário. Limitou-se a dizer que o fenômeno ocorre quando “a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes”⁶².

Ora, a necessidade de se citar todos os litisconsortes é uma consequência do fato do litisconsórcio ser necessário, e não a causa ou fundamento.

Além do desvio conceitual, verifica-se que o dispositivo em nada acrescenta na dificuldade prática em se estabelecer se o litisconsórcio é ou não necessário nos casos em que ele não decorre expressamente da lei, mas sim da natureza da relação jurídica.

Ainda, curioso notar que o próprio artigo 115 contempla hipóteses em que há litisconsórcio necessário sem a integração do litisconsorte no processo. Confira-se da redação do dispositivo:

Art. 115. A sentença de mérito, quando proferida sem a integração do contraditório, será:
I - nula, se a decisão deveria ser uniforme em relação a todos que deveriam ter integrado o processo;
II - ineficaz, nos outros casos, apenas para os que não foram citados⁶³.

De todo modo, a redação merece elogios ao prever as consequências da falta de integração do litisconsorte no processo. Como se vê, se o litisconsórcio era necessário e unitário, a sentença será nula. Nada mais natural, afinal, se a sentença é uniforme, o litisconsorte que deixou de integrar o processo teve sua esfera jurídica atingida sem que o direito ao contraditório lhe fosse oportunizado.

⁶² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues (coordenadores). *Novo Código de processo civil comparado: artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 83.

⁶³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues (coordenadores). *Novo Código de processo civil comparado: artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 84.

Parte da doutrina ainda continua a considerar que sentença proferida nessas hipóteses não teria aptidão material para transitar em julgado, ficando sujeitas à impugnação via ação declaratória, pois se verifica nesse caso vício que equivale à ausência de citação⁶⁴.

Questão interessante se colocará no caso em que o litisconsorte não integrado não sofreu prejuízos no processo, ou seja, se a ação, a despeito de seu não comparecimento, não afetou sua esfera jurídica ou patrimonial. Nesse caso, parece que se aplicaria o parágrafo 1º do artigo 282 do novo CPC⁶⁵, que prescreve que o ato não será repetido quando não houver prejuízo à parte que lhe aproveita. Poderia se cogitar também a aplicação do parágrafo 2º⁶⁶, que prescreve que o juiz não pronunciará a nulidade se puder decidir o mérito em favor de quem a aproveita⁶⁷.

Em relação ao litisconsórcio necessário e simples, a sentença será apenas ineficaz em relação aos litisconsortes que não foram integrados ao processo. Andou bem o legislador, pois observou o princípio do aproveitamento dos atos processuais e dos resultados obtidos pelos litisconsortes⁶⁸.

Ainda a respeito das consequências da falta de integração do litisconsorte necessário, andava bem o Projeto da Câmara ao estabelecer que, no caso de litisconsórcio necessário e simples, seria válido o capítulo da sentença que não

⁶⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenadora). *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 209/210.

⁶⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues (coordenadores). *Novo Código de processo civil comparado: artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 153.

⁶⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues (coordenadores). *Novo Código de processo civil comparado: artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 153.

⁶⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenadora). *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 211.

⁶⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 122.

diz respeito ao litisconsorte que não foi citado⁶⁹.

Especificamente em relação ao litisconsórcio ativo necessário, lamentavelmente nada disse a redação aprovada no novo CPC, deixando de resolver a problemática envolvendo a renitência do litisconsorte necessário em integrar o processo.

O Projeto da Câmara continha dispositivo que determinava ao juiz “*a convocação de possível litisconsorte unitário ativo para, querendo, integrar o processo*”, nos termos do parágrafo 2º do art. 116 daquele Projeto⁷⁰.

De fato, tratava-se de solução adequada para a problemática abordada neste trabalho, na linha do que defendido em sede doutrinária pela doutrina de Nelson Nery.

Adequada a inserção do termo “possível litisconsorte”, autorizando o juiz que assim o procedesse até mesmo em caráter de cautela, e não necessariamente apenas quando verificasse ser hipótese de litisconsórcio necessário (o que muitas vezes aconteceria apenas na sentença).

Também adequada a inserção do termo “querendo”, no sentido de que o litisconsorte não será obrigado a integrar o polo ativo, o que importaria ofensa ao princípio da liberdade de ação e princípio dispositivo, como visto acima.

⁶⁹ “Art. 116. A sentença de mérito proferida sem a citação daquele que deve ser litisconsorte necessário é nula, quando se tratar de litisconsórcio unitário. Nos demais casos de litisconsórcio necessário, é válido o capítulo da decisão relativo àquele que foi citado; é nulo o capítulo que diz respeito ao que não o foi”. Proposta de redação final elaborada pela Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei nº 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/3/art20140326-01.pdf>>. Acesso em: 20out.2015.

⁷⁰ Proposta de redação final elaborada pela Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei nº 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/3/art20140326-01.pdf>>. Acesso em 20out.2015.

Ademais, também correta aquela redação ao estabelecer que ao litisconsorte caberia, se quisesse, “integrar o processo”. Assim, poderia o litisconsorte adotar a postura que bem entendesse: integrar o polo ativo, defender-se como réu ou, até mesmo apenas acompanhar o processo como mero interessado ou quedar-se inerte. Também por isso, aquele Projeto utilizara o termo “convocar”, ao invés de “citar”.

A respeito da supressão desse dispositivo no texto aprovado, critica Cassio Scarpinella Bueno:

“O Projeto da Câmara trazia interessante dispositivo que determinava ao juiz que convocasse possível litisconsorte unitário ativo para, querendo, integrar o processo. A regra, lamentavelmente, não foi preservada pelo Senado na última etapa do processo legislativo (art. 116, § 2º, daquele Projeto)”⁷¹.

De todo modo, como bem anota Cassio Scarpinella Bueno⁷², embora a redação final não contemple o litisconsórcio ativo necessário, a ele é aplicável a hipótese do artigo 115. Isso porque a nova sistemática positiva o conceito de citação como o ato em que se convoca não só o réu ou o executado, mas também o interessado, para integrar o processo⁷³, nos termos do art. 238:

Art. 238. Citação é o ato pelo qual são convocados o réu, o executado ou o interessado para integrar a relação processual⁷⁴.

Assim, leciona o processualista que “é irrecusável que o litisconsorte faltante, mesmo quando no polo ativo mereça ser tratado como interessado para aquela

⁷¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 123.

⁷² BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 143.

⁷³ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 202.

⁷⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues (coordenadores). *Novo Código de processo civil comparado: artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 135.

finalidade”⁷⁵.

E não há, segundo Scarpinella Bueno, inconstitucionalidade alguma. De fato, não há ofensa ao princípio constitucional da liberdade de agir (*nemo ad agendum cogit potest*), pois não se está obrigando ninguém a litigar como autor. Está, na dicção do artigo 238, dando ciência ao interessado para que, querendo, integre a relação processual como autor. Nas palavras de Scarpinella Bueno:

“Seria, contudo, constitucional a figura? Alguém pode ser obrigado a litigar? Supondo que alguma relação de direito material imponha o litígio conjunto, as respostas devem ser no sentido de que não há qualquer agressão ao “modelo constitucional” justamente porque não se trata de obrigar alguém a litigar. Menos que isso, é bastante dar ciência ao “interessado” para que, querendo, atue no processo”⁷⁶.

Também a esse respeito, doutrina coordenada por Teresa Arruda Alvim Wambier anota que, quanto ao litisconsórcio ativo, o legislador disse menos do que gostaria. No entanto, entende-se na citada obra que persiste no novo CPC a aplicabilidade da doutrina no sentido de que ao juiz cabe citar o litisconsorte renitente para que, querendo, integre a lide como autor:

Aqui, mais uma vez, o legislador foi por um caminho que permite a manutenção da construção doutrinária correta, no sentido de que esta integração deve-se dar seja o litisconsórcio necessário no polo ativo ou passivo. Não pode o autor ser negado o direito de ação. Deve este mandar citar o que deveria estar ao seu lado, como autor, em litisconsórcio necessário, e este, uma vez citado, decide de remanesce como réu ou passa para o polo ativo.

O legislador aqui *dixit minus quam voluit*: limitou esta necessidade à circunstância de se tratar de litisconsórcio

⁷⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015. São Paulo: Saraiva, 2015.* p. 143.

⁷⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015. São Paulo: Saraiva, 2015.* p. 143.

necessário passivo⁷⁷.

No mesmo sentido, em outra obra coordenada por Teresa Arruda Alvim Wambier:

“O juiz tem o poder de integração para determinar a presença de litisconsortes ativos faltantes ou a convocação de litisconsortes passivos, sob pena de extinção do processo sem análise do mérito”⁷⁸.

⁷⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenadora). *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 212.

⁷⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenadora). *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 396

CONCLUSÃO

Analisados o conceito e classificações do instituto do litisconsórcio, notadamente, o litisconsórcio necessário ativo, verificamos que, na hipótese de ausência de um dos litisconsortes, a ação carece de uma de suas condições, qual seja, a legitimidade de parte, devendo ocorrer a extinção do processo sem a resolução do mérito.

Assim, ausente um dos litisconsortes, ainda que tão-somente por sua recusa em compor o pólo ativo da lide, ficarão os demais colegitimados impossibilitados de obter a devida tutela jurisdicional, já que, conforme ensinam diversos doutrinadores de renome, dentre eles, Cândido Rangel Dinamarco, não se pode obrigar alguém a agir em juízo contra sua própria vontade (princípios da liberdade de agir e da iniciativa de parte).

Entretanto, não obstante tal tese seja adotada, inclusive, pelos Tribunais Superiores, entendemos não ser a solução mais adequada à problemática do litisconsorte necessário ativo renitente, sobretudo, pela conseqüente violação ao direito constitucional de ação do litisconsorte interessado na propositura da demanda.

Diante disso e das diversas alternativas à doutrina negativista acima mencionada, dentre elas, a do douto Professor Mestre Adriano César Braz Caldeira e de Marcus Vinicius Rios Gonçalves, concluimos ser mais razoável a tese defendida por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery.

Entendemos que, de fato, deve-se permitir a integração do litisconsorte necessário ativo renitente por meio de sua inclusão na demanda como réu, com a

ressalva de que, uma vez citado, tem possibilidade de optar por integrar o pólo ativo da demanda, ou permanecer no pólo passivo, resistindo à pretensão do autor.

Tal tese nos parece a mais adequada para a solução da problemática apresentada, na medida em que não ofende o princípio da liberdade de agir, já que não se estará obrigando alguém a promover ação, e garante o direito constitucional de ação do colegitimado interessado na demanda, observando, ainda, a instrumentalidade do processo.

A posição persiste mesmo à luz da crítica de Dinamarco, que a qualifica como absurda sob o entendimento de que não seria razoável promover a citação de um autor.

Inicialmente, porque, segundo Nery, a legislação processual em vigor permite a citação do interessado, nos parecendo que se enquadra com perfeição o litisconsorte necessário ativo renitente. A isso, some-se o entendimento de Scarpinella Bueno de que basta seja dada ciência da ação pendente para que esteja vinculada a ela o litisconsorte renitente.

Ademais, porque, ainda que diferente fosse, a crítica de Dinamarco vai de encontro com a instrumentalidade do processo, utilizando-o como um fim em si mesmo e deixando o direito material em crise, sem solução ao conflito que o originou.

Por derradeiro, porque a teoria negativista, sob o pretexto do tecnicismo e rigorismo processual, sobrepõe o direito infraconstitucional ao direito constitucional do livre acesso ao judiciário.

Entendemos, ainda, que o novo Código de Processo Civil perdeu a oportunidade de resolver certas questões práticas envolvendo o litisconsórcio, em especial o problema tratado neste trabalho, acerca da renitência do litisconsorte ativo em integrar o processo.

De todo modo, entendemos que as conclusões doutrinárias acerca do tema, acima defendidas, permanecem plenamente aplicáveis ao novo Código, de modo que a solução defendida por Nelson Nery deve, na nossa visão, prevalecer.

Essa conclusão se reforça, ainda, com o novel conceito de citação, entendido como o ato pelo qual se convoca não só o réu ou o executado, mas também o interessado, a integrar o processo. É o caso, pois, do litisconsorte ativo renitente, que poderá ser convocado para, querendo, integrar, como autor ou como réu, o processo.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda. *Curso de direito processual civil*, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999;

ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996;

ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. *Código de Processo Civil comentado*, vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976;

BRASIL. *Código Civil*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010;

BRASIL. *Código de Processo Civil*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010;

BRASIL. *Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010;

BRASIL. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 21dez.1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm. Acesso em: 20out.2015;

BRASIL. Proposta de redação final elaborada pela Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei nº 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/3/art20140326-01.pdf>>. Acesso em: 20out.2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 141172/RJ. 4ª Turma. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgado em 26.10.1999. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=1997>

00510298&dt_publicacao=13-12-1999&cod_tipo_documento=> . Acesso em: 26out.2015;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 956136/SP. 5ª Turma. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 14/08/2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=3177661&sReg=200701231763&sData=20070903&sTipo=51&formato=PDF> Acesso em: 20out.2015;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 976679/SP. 3ª Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 08/09/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=5299668&sReg=200701982370&sData=20091002&sTipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 20out.2015;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ACO 330 AgR/MS. Tribunal Pleno. Relator Ministro Francisco Rezek. Julgado em 10/11/1984. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=382302>>. Acesso em: 20out.2015;

BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003;

CALDEIRA, Adriano César Braz. *Litisconsórcio ativo necessário*. Revista IOB de direito civil e processual civil, v. 7, nº 37. Porto Alegre: Síntese, set./out. 2005;

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007;

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998;

_____. *Instituições de direito processual civil. V II*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005;

_____. *Litisconsórcio*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1996;

_____. _____. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2009;

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*, v. 1: teoria geral e processo de conhecimento. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006;

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, v. 1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007;

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006;

_____. _____. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007;

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*, v. 2. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003;

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 16.

ed. São Paulo: Saraiva, 1994;

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006;

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenadora). *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____ (coordenadora). *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____; WAMBIER, Luiz Rodrigues (coordenadores). *Novo Código de processo civil comparado: artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.