

O LITISCONSÓRCIO SUPERVENIENTE E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

ANTONIO CARLOS CAVALCANTI MAIA
Procurador do Estado do Rio de Janeiro

1. O tratamento que o novo Código de Processo Civil deu ao instituto do litisconsórcio merece um especial exame, pelo que representa de inovação.
2. Os mais abalizados comentadores do recente diploma legal¹ ressaltam a maneira pouco feliz como foi conceituado o litisconsórcio necessário, ao qual se atribuíram características que são próprias ao litisconsórcio unitário, confusão tão menos compreensível quando se sabe ter a doutrina,² com absoluta nitidez, fixado a radical diferença entre os dois institutos.
3. A preocupação deste trabalho, no entanto, é outra. Procurar-se-á aqui equacionar problema da maior relevância, concernente ao momento de instauração do litisconsórcio, o qual, a nosso ver, também não foi situado de maneira adequada no Código vigente.
4. Visando a uma colocação sistemática da matéria, é de transcrever-se os dispositivos legais pertinentes:

“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;

¹ Barbi, Celso Agricola — *Comentários ao Código de Processo Civil* — Rio, Forense, 1975 — vol. I, Tomo I, p. 276/7

² Moreira, José Carlos Barbosa — *Litisconsórcio Unitário* — S. Paulo, Borsoli, 1972.

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.

Art. 47 — 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.

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 processo.”

5. A redação do art. 46, ora transcrito, tem levado inúmeros intérpretes, em especial aplicadores da lei, a conclusões que se poderiam chamar de excessivamente liberais, fazendo-os admitir, de modo quase irrestrito, a cumulação subjetiva. Tal atitude, ressalte-se, tem apoio em respeitável pronunciamento doutrinário.³
6. O problema, no entanto, está a exigir uma colocação diversa, tornando-se indispensável um exame de diversos dispositivos do novo Código, para que se consiga chegar a um resultado que traduza a efetiva tomada de posição do legislador.
7. Antecipando as conclusões do presente estudo, deve ser dito que, contrariamente à interpretação antes mencionada, parece-nos haver uma intenção restritiva no que diz respeito à instauração do litisconsórcio, quando ela não ocorre no momento em que se estabelece a relação processual.
8. É de fazer-se, para melhor compreensão do tema, um confronto entre o antigo ordenamento jurídico e o atual.
Disponha o Código de 1939:
“Art. 88 — Admitir-se-á o litisconsórcio ativo ou passivo, quando fundado na comunhão de interesses, na cone-

³ Marques, José Frederico — *Manual de Direito Processual Civil* — São Paulo, Saraiva, 1974, vol. I, pag. 260.

xão de causas, ou na afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito. No primeiro caso, não poderão as partes dispensá-lo; no segundo, não poderão recusá-lo, quando requerido por qualquer delas; no terceiro, poderão adotá-lo, quando de acordo.

Parágrafo único — O herdeiro poderá intervir como litisconsorte nas ações em que a herança for autora ou ré.”

9. A letra do texto revela que havia, de logo, a previsão de ocorrer tanto a cumulação subjetiva originária como a superveniente.

10. De fato, quando se diz que as partes “não poderão recusá-lo”, desde que uma delas o requeira, no caso da conexidade, conclui-se que se idealizou um processo fluindo, entre determinadas partes, e um terceiro, alegando a existência daquela conexidade, pretendendo ingressar no processo.

11. O parágrafo único do artigo, de modo taxativo, previa a intervenção litisconsorcial voluntária do herdeiro, que é um caso de instauração de litisconsórcio superveniente.

12. A consequência dessa tomada de posição do legislador, ao admitir, como observado, que a cumulação subjetiva, de regra, não fosse somente a originária, é revelada no condicionamento previsto à possibilidade do ingresso de terceiros, disciplinando-o em cada uma das três hipóteses legais, do necessário, do irrecusável e do propriamente facultativo. É sempre prevista a audiência das partes, que poderão se opor à instauração, se comprovarem não ser caso de sua admissibilidade.

13. O novo Código adotou posição diversa, não se encontrando, no disciplinamento legal dos artigos 46 e seguintes, qualquer alusão à concordância das partes que já se encontram no processo, no que respeita à constituição do litisconsórcio superveniente.

14. Essa posição não significa, como antes se mencionou, que ocorrendo qualquer das hipóteses constantes do elenco do art. 46, e desde que alguém requeira sua admissão como parte, seja, como consequência necessária, alterada a estrutura subjetiva do processo, independentemente da anuência das partes primitivas.

15. A primeira observação a ser feita, no enfoque do problema, é a de que o novo Código, de modo muito mais nítido do que o anterior, manifesta uma rigorosa preocupação em evitar a alteração subjetiva do processo.

16. Dispõe o diploma de 1973:

“Art. 41 — Só é permitida, no curso do processo, a substituição voluntária das partes nos casos expressos em lei.

Art. 42 — A alienação da coisa ou do direito litigioso, a título particular, por ato entre vivos, não altera a legitimidade das partes.

§ 1.º — O adquirente ou o cessionário não poderá ingressar em Juízo, substituindo o alienante, ou o cedente, sem que o consinta a parte contrária.

§ 2.º — O adquirente ou o cessionário não poderá, no entanto, intervir no processo, assistindo o alienante ou o cedente.”

17. Óbvia é a preocupação do legislador em assegurar a imutabilidade subjetiva. Isso ele o faz de início proclamando o princípio geral, só derogável em casos excepcionalmente indicados. Ao depois, afastando-se da orientação do Código revogado, ao proibir que o adquirente ou cessionário ingressem no processo, salvo com a concordância da parte contrária, criando-se, no caso de não haver tal concordância, mais uma modalidade de substituição processual.

18. Reitera-se essa orientação, já na parte do Código em que se trata “da formação do processo”, ao preceituar-se:

“Art. 264 — Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei.”

19. A análise cuidadosa do art. 46 revela que, efetivamente, ali se pretendeu cogitar tão-só do litisconsórcio originário.

20. O *caput* do artigo, fazendo referência à possibilidade de que as partes litiguem em conjunto no mesmo processo, já parece de-

monstrar que essa cumulação subjetiva, proveniente de uma situação de direito material, que a antecede, permitirá que o processo se instaure de logo, com uma multiplicidade de partes.

21. No comum da vida jurídico-processual, essa pluralidade deve constituir-se de início. A esse propósito, pela adequação, vale ser invocado o ensinamento de Hélio Tornaghi:⁴

“Litisconsórcio originário e litisconsórcio superveniente. Em geral o litisconsórcio nasce com o processo. Pode ocorrer, entretanto, que ele advenha em meio a esse. Basta lembrar a hipótese do ingresso do assistente litisconsorcial (art. 54); de nomeação à autoria de vários proprietários ou possuidores (art. 62); de chamamento de um proprietário à autoria (arts. 70 e 74); do ingresso de vários herdeiros (art. 43, combinado com o § 1.º do art. 12) e assim por diante. De todos esses atos resulta o litisconsórcio.”

22. Na lição do ilustre processualista vemos que os exemplos por ele apontados representam, sem sombra de dúvida, situações de anormalidade no desenvolvimento comum de um processo, trazendo como resultado a quebra daquela permanência das partes originárias.

23. Ainda se analisando o art. 46, é da maior importância, para evidenciar a impossibilidade de ser aceita aquela concepção liberal aludida no início destas observações, atentar-se no preceituado em seu item IV.

24. Adotada que fosse a interpretação de que não mais existe a recusabilidade de instauração do litisconsórcio, desde que ocorrendo alguma das hipóteses dos itens do art. 46, chegar-se-ia à conclusão de que alguém seria obrigado a litigar em conjunto com terceiro, contra a sua vontade e eventualmente contra seu próprio interesse, desde que existisse simples afinidade, por um ponto comum de fato ou de direito, entre a sua pretensão e a que esse terceiro quisesse submeter a julgamento.

25. O intérprete há de concluir, para que não se chegue a um resultado que não se harmonize com os princípios emergentes do

⁴ Tornaghi, Hélio — *Comentários ao Código de Processo Civil* — S. Paulo, Revista dos Tribunais, 1974, vol. I, pág. 270.

nosso sistema processual, que a não ser no caso do litisconsórcio necessário, o do artigo 47, só é possível, de acordo com o novo Código, a *cumulação subjetiva originária*.

26. Explicar-se-ia, deste modo, a omissão, no novo ordenamento jurídico, quanto à concordância das partes originárias. O litisconsórcio já se estabelecera de início, obviamente como resultado de um acordo de vontades, não havendo por que cogitar-se, *a posteriori*, de qualquer manifestação.

27. Há que antecipar-se, agora, a possível objeção no que concerne ao litisconsórcio passivo, certo que o artigo também cogita dessa hipótese.

28. De fato, o aspecto da concordância de vontades e do momento em que ela se manifesta, tão nítido no caso do litisconsórcio ativo, não se evidencia no caso de pluralidade de réus. Mas o problema pode ser equacionado de modo a não destruir a bondade da tese objeto deste trabalho.

29. É preciso, de início, distinguir-se as posições do autor e do réu, quanto ao exercício do direito de ação, mostrando-se como diferentemente sobre elas atua a jurisdição.

30. Dúvida não há de que o réu, tanto quanto o autor, tem o direito a uma sentença, ou seja, à prestação jurisdicional, pois pretende ele, ao se defender, uma decisão de conteúdo declaratório negativo. Mas as situações de autor e réu, no que diz respeito ao direito de ação, apresentam aspectos totalmente diversos.

31. O autor se submete à jurisdição quando o quer. O seu conflito de interesses só será apresentado ao Poder Judiciário, e composto através do processo, se ele manifestar sua vontade nesse sentido, exercendo o direito de ação. O réu, ao contrário, queira ou não, sendo irrelevante sua vontade, submeter-se-á à tutela jurisdicional do Estado, desde que contra ele, ou diante dele, alguém exerça o direito de ação, que é abstrato.

32. Dessa forma, o problema de manifestação de vontade do réu é sem importância alguma, pois ele será réu de qualquer forma, a não ser, é claro, nos casos excepcionais em que a petição inicial é liminarmente indeferida.

33. Se a vontade do réu não é sequer cogitada, quanto a ele figurar como pólo passivo de uma relação processual, muito me-

nos o seria, como é lógico, para situar-se nessa posição sozinho ou junto com terceiros. Ocorrendo qualquer das situações enumeradas nos incisos do art. 46, o réu apenas poderá defender-se, pretendendo sua exclusão do processo.

34. Um outro argumento ainda existe, esse de ordem prática, que também justifica um equacionamento diverso, quanto ao problema do litisconsórcio passivo.

35. Ao autor, no comum das vezes, a instauração de um litisconsórcio ativo é desinteressante, pois se reflete de modo negativo na celeridade processual, que é uma preocupação básica dos que invocam a tutela jurisdicional, certo que todas as reformas processuais visam a atingir tal objetivo. Quanto ao réu, no entanto, a existência de terceiros, juntamente com ele, no lado passivo da relação processual, prejuízo algum normalmente lhe traz. O legislador, no disciplinamento do litisconsórcio passivo, teve que se mostrar sensível a essa realidade, não atribuindo valor à vontade do réu, quanto a litigar isolado ou em conjunto.

36. Assim, não parece enfraquecer a tese ora sustentada o fato de não haver, quando da instauração do processo, qualquer manifestação de vontade do réu no concernente à constituição do litisconsórcio passivo, ao contrário do que acontece com o litisconsórcio ativo.

37. O problema de uma possível irrecusabilidade de instauração do litisconsórcio, na hipótese do item IV do art. 46, pelo absurdo que representa, impressionou Celso Agrícola Barbi,⁵ que enfocando a questão sob prisma diverso, sustentou ser cabível a impugnação ao litisconsórcio, com fundamento no que é disposto no art. 125 do Código.

38. Em reforço ao ponto de vista que vem sendo sustentado, cabe invocar-se, igualmente, o que resulta do tratamento dado, pelo Código de 1973, ao instituto da assistência.

39. Na vigência do antigo diploma processual acesa era a controvérsia⁶ sobre a natureza da assistência conceituada em seu ar-

⁵ Barbi, Celso Agrícola — *opus cit.*, pág. 266/7.

⁶ Ver, por todos, José Carlos Barbosa Moreira, *Direito Processual Civil (Ensaios e Pareceres)* — Borsoi, Rio de Janeiro, 1971, págs. 24 e seguintes, com farta remissão doutrinária.

tigo 93, havendo concordância, no entanto, quanto a essencial distinção entre tal assistência e o litisconsórcio.

40. O novo Código, em seu art. 54, incluiu no direito positivo brasileiro a figura do assistente litisconsorcial que, segundo preleciona Hélio Tornaghi, é “verdadeiro litisconsorte”.⁷

41. Apesar de persistir-se no erro de técnica legislativa, não se incluindo a assistência no capítulo pertinente à intervenção de terceiros, ela é, em qualquer de suas formas, a simples ou a litisconsorcial, uma intervenção voluntária de terceiro, pretendendo ingressar em processo que já se acha em andamento.

42. O art. 42 do Código em vigor somente admite a intervenção ali prevista quando “a sentença houver de influir na relação jurídica entre ele (o assistente) e o adversário do assistido”. Indispensável, assim, é que esse assistente, para que possa vir a tornar-se litisconsorte, seja titular de uma relação jurídica que o vincule ao adversário da parte a quem assiste.

43. Resulta necessariamente que, se ao assistente litisconsorcial há de exigir-se ocorra aquele vínculo, para legitimar seu ingresso em um processo, *a fortiori* não se pode dispensar tal exigência a quem deseje litisconsorciar-se. A simples afinidade, por uma questão de fato ou de direito, não iria possibilitar a instauração de um litisconsórcio ulterior, quando é insuficiente para **HABILITAR ALGUÉM A INGRESSAR COMO MERO ASSISTENTE LITISCONSORCIAL.**

44. Finalmente, não se pode deixar de levar em conta, no equacionamento da questão, o que é disposto no parágrafo único do art. 53, *in verbis*:

“Aplica-se ao assistente litisconsorcial, quanto ao pedido de intervenção, sua impugnação e julgamento do incidente, o disposto no art. 51.”

45. Assim, enquanto todas aquelas formalidades previstas no art. 51 (autuação em apenso da impugnação, contraditório, eventual fase probatória e decisão) são cabíveis quando há um pedido de intervenção, nada se disciplinou quanto ao requerimento de

⁷ Tornaghi, Hélio — *opus cit.*, pág. 231.

instauração posterior de um litisconsórcio facultativo. Tal omissão só pode significar, como de fato significa, que o legislador nada dispôs, porque não concebeu a ocorrência dessa hipótese.

Parece-nos, dessa forma, que a interpretação sistemática dos dispositivos pertinentes do novo Código de Processo Civil, feita em consonância com os princípios gerais dele emergentes, leva à conclusão de que, de fato, salvo na hipótese do litisconsórcio necessário, *só é possível a ocorrência da cumulação subjetiva originária.*

A ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA NA EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 1 E NA FUSÃO RJ — GB

A. B. COTRIM NETO

Professor da Faculdade de Direito da U.F.R.J. — Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros e da Academia Nacional de Direito

1. O artigo 144, § 5.º da E.C. n.º 1/69.
2. O que é “resolução”, no quadro das normas jurídicas.
3. A “resolução” — do artigo 144, § 5.º da E.C. n.º 1/69 — é mera “regra construtiva ou técnica”.
4. O que é “organização judiciária”, para João Monteiro.
5. Idem, para João Mendes.
6. Idem, para Moacyr Amaral Santos.
7. Organização Judiciária e “jurisdição voluntária”.
8. Conflito potencial na matéria dos artigos 144, § 5.º e 111, da E.C. n.º 1/69.
9. Complexidade jurídica do encerrado em o nomen “organização judiciária”.
10. A execução do § 5.º do artigo 144 da E.C. n.º 1/69 carece de Lei Complementar.
11. Conceito e finalidade da “lei complementar”.
12. A Lei Complementar n.º 20/74 e os poderes do Governador do novo Estado no primeiro quadriênio, sobretudo no pertinente à organização da Justiça.