

NOTAS SÓBRE O LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO NO DIREITO BRASILEIRO E NO ALEMÃO

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA

1. "Liticonsórcio necessário" é expressão que não se depara no texto do Código de Processo Civil brasileiro. A doutrina, todavia, sempre a empregou, univocamente, para designar o liticonsórcio que as partes não podem dispensar, ou seja, cuja constituição é de rigor para que o contraditório se tenha como regularmente instaurado. O uso do qualificativo com tal acepção vê-se abonado, aliás, pela própria lei: o art. 294, I, quando alude a "liticonsortes necessários", quer referir-se justamente às pessoas cuja presença no processo, como co-autoras ou co-rés, se considera obrigatória.

Quanto ao fundamento dessa figura liticonsorcial — a prescindir-se dos casos em que regra jurídica especial a imponha expressamente —, indica-o o Código (art. 88) na "comunhão de interesses", fórmula que autorizadíssima doutrina, com melhor técnica, traduz por "comunhão de direito no objeto da demanda" (1). De acôrdo com semelhante exegese, o liticonsórcio será *necessário* — isto é, *não poderá deixar de ocorrer* — quando a relação deduzida em juízo, tal como a configura o pedido, se caracterizar pela pluralidade de titulares, no pólo ativo, no passivo ou em ambos, ressalvadas as hipóteses — como a da solidariedade — em que a lei mesma autorize a propositura da ação por um único (ou contra um único) dentre os co-titulares.

2. A expressão que em língua alemã corresponde literalmente à de "liticonsórcio necessário" — *notwendige Streitgenossenschaft* — aparece, no texto vigente da *Zivilprozessordnung*, como rubrica do § 62, cujo teor é o seguinte: "Kann das streitige Rechtsverhältnis allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden oder ist die Streitgenossenschaft aus einem sonstigen Grunde eine notwendige, so werden, wenn ein Termin oder ein Frist nur von einzelner Streitgenossen versäumt wird, die säumigen Streitgenossen als durch die nicht säumigen vertreten angesehen"; ou, em vernáculo: "Quando a relação jurídica litigiosa só puder ser declarada uniformemente quanto a todos os liticonsortes, ou por outra razão for necessário o liticonsórcio, os liticonsortes que tiverem deixado de comparecer a alguma audiência ou perdido algum prazo considerar-se-ão representados pelos comparecentes".

Como pontualmente assinala a unanimidade dos intérpretes, contempla o dispositivo transcrito dois grupos de casos entre si distintos e inconfundíveis.

(1) MACHADO GUIMARÃES, *As três figuras do liticonsórcio in Estudos jurídicos em honra de Soriano Neto*, vol. II, págs. 401-2.

No primeiro grupo, a nota comum reside apenas na circunstância de que a decisão de mérito tem de ser uniforme para todos os co-autores ou para todos os co-réus, sendo inconcebível que se acolha o pedido em relação a um deles e se rejeite em relação aos outros. Não quer isso dizer, entretanto, que o processo só se instaure regularmente com a presença de mais de uma pessoa no pólo ativo, no passivo ou em ambos. A ocorrência do litisconsórcio, aí, longe de ser obrigatória, pois, é ao contrário acidental, muito embora, *uma vez constituído*, ele se submeta ao especial regime cujo traço característico o § 62 faz consistir na "representação" dos litisconsortes omissos pelos atuantes (2).

A esse regime obedece também o litisconsórcio no segundo grupo de casos, a saber, quando necessário "por outra razão". Silencia a lei no tocante à natureza das razões ou fundamentos capazes de tornar, aqui, indispensável a pluralidade de autores, de réus ou de uns e outros; em sede doutrinária, geralmente se remete ao direito material o desate da questão (3). O importante, contudo, é assinalar que, neste passo, o adjetivo *notwendige*, aplicado no litisconsórcio, exprime realmente a *obrigatoriedade* de sua constituição, ou, em outras palavras, a *indamissibilidade da demanda singular* (4).

O fato de não se estender semelhante característica ao primeiro grupo de casos — igualmente compreendido, como todo o § 62, sob a rubrica "*notwendige Streitgenossenschaft*" — suscita curioso problema terminológico. Não se pode, com efeito, deixar de concluir que o adjetivo "necessário" (*notwendige*) aparece, no mesmo dispositivo, *com duas acepções diferentes*. Quando se refere ao litisconsórcio necessário "por outra razão", a lei está aludindo ao litisconsórcio *indispensável*; o sentido da expressão coincide, aqui, com o que se lhe atribui no direito brasileiro. Na rubrica, porém, "*notwendige Streitgenossenschaft*" significa outra coisa: é conceito que abrange *todo e qualquer litisconsórcio sujeito ao regime especial do § 62*, quer esteja, quer não, subordinada a regularidade do contraditório à presença de mais de uma pessoa em cada um dos pólos do processo, ou em ambos. Trata-se, assim, de uma figura definida *por seu peculiar efeito processual*, e não por sua razão de ser, ou por alguma característica estrutural.

(2) V., sobre a admissibilidade da "demanda singular" nos casos desse primeiro grupo, HELLWIG, *System des deutschen Zivilprozessrechts*, 1968 (re-impressão), vol. I, pág. 336; GOLDSCHMIDT, *Derecho Procesal Civil*, trad. esp., 1936, págs. 440-1; ROSENBERG, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, trad. esp. 1955, tomo II, pág. 103; LENT, *Diritto Processuale Civile Tedesco*, trad. Ital., páginas 311-2; LENT-JAUERNIG, *Zivilprozessrecht*, 13.^a ed., 1966, pág. 236; NIKISCH, *Zivilprozessrecht*, 2.^a ed., 1952, pág. 439; SCHWAB, *Die Voraussetzungen der notwendigen Streitgenossenschaft*, in *Festschrift für Friedrich Lent*, passim, esp. pág. 276.

(3) LENT, ob. cit., pág. 313, *verbis* "secondo le norme di diritto privato"; LENT-JAUERNIG, ob. e lug. cit., onde se chega a chamar ao litisconsórcio deste tipo *notwendige Streitgenossenschaft aus materiellrechtlichen Gründen*, em oposição ao *notwendige Streitgenossenschaft aus prozessrechtlichen Gründen* (o do primeiro grupo de casos); NIKISCH, ob. cit., pág. 437.

(4) HELLWIG, ob. e lug. cit.; ROSENBERG, ob. e t. cit., págs. 103, 105; LENT, ob. cit., pág. 312; LENT — JAUERNIG, ob. e lug. cit.; NIKISCH, ob. cit., pág. 437; BRUNS, *Zivilprozessrecht*, 1968, págs. 86-7; SCHWAB, ob. cit., pág. 273.

3. Atentos ao problema, e em particular à conveniência de distinguir terminologicamente o gênero (litisconsórcio sujeito ao regime especial do § 62) e cada uma das duas espécies (litisconsórcio caracterizado pela necessária uniformidade da decisão de mérito — 1.º grupo de casos — e litisconsórcio de obrigatoria constituição — 2.º grupo de casos), não lograram, no entanto, os processualistas alemães harmonizar-se na adoção de uma nomenclatura uniforme. Alguns, obedientes à dicção da lei, usam a expressão "litisconsórcio necessário" (*notwendige Streitgenossenschaft*) para designar a figura genérica (5), indicando às vezes a distinção entre os dois tipos específicos pelo emprego das denominações "litisconsórcio casualmente necessário" para o primeiro (litisconsórcio em que a decisão de mérito tem de ser uniforme), e "litisconsórcio propriamente necessário" para o segundo (litisconsórcio indispensável) (6). Outros preferem reservar para este último o *nomen iuris* de "litisconsórcio necessário", pura e simplesmente ou com o acréscimo das expressões "em sentido próprio" ou "em sentido estrito" (7).

Aparecem ainda na literatura as denominações "litisconsórcio especial" (*besondere Streitgenossenschaft*) e "litisconsórcio qualificado" (*qualifizierte Streitgenossenschaft*), usadas para designar ora o gênero — isto é, todo litisconsórcio submetido ao regime do § 62 (8) —, ora apenas a espécie de litisconsórcio caracterizada pela obrigatoriedade da declaração uniforme, ainda que desnecessária a demanda conjunta (9).

4. Três outros pontos merecem realce neste confronto entre o direito brasileiro e o alemão. O primeiro é que a circunstância vista por aquêles como bastante para tornar indispensável o litisconsórcio não produz necessariamente efeito idêntico no sistema tedesco. Realmente, a comunhão de direito quanto ao objeto da demanda refere-se a *Z.P.O.* no § 59, como fato que simplesmente *autoriza*, mas não *impõe*, a presença simultânea dos co-titulares no processo; a demanda singular é aí, portanto, em princípio admissível. Veja-se o teor da norma: "Mehrere Personen können als Streit-

(5) KISCH, *Elementos de Derecho Processal Civil*, trad. esp., 1932, pág. 318; ROSENBERG, ob. e t. cit., págs. 103 e segs.; SCHÖNKE, *Derecho Processal Civil*, trad. esp., 1950, págs. 96-8; BERNHARDT, *Grundriss des Zivilprozessrechts*, 2.ª ed., 1951, págs. 176-7; LENT — JAUERNIG, ob. cit., págs. 236-8; SCHWAR, ob. cit., *passim*.

(6) Assim o segundo e o último dos autores citados em a nota anterior. BRUNS, ob. cit., págs. 86-7, emprega também genericamente a denominação de *notwendige Streitgenossenschaft*, acrescentando a expressão "em sentido próprio" quando se refere ao litisconsórcio indispensável.

(7) HELLWIG, ob. e vol. cit., págs. 331 e segs.; GOLDSCHMIDT, ob. cit., página 441; LENT, ob. cit., pág. 313; NIKISCH, ob. cit., pág. 437 (com a ressalva, na pág. 439, de que também no tocante às hipóteses do primeiro grupo se costuma falar, em consonância com o teor da lei, de "litisconsórcio necessário").

(8) HELLWIG, ob. e vol. cit., pág. 336; GOLDSCHMIDT, ob. cit., págs. 439 e segs.; KISCH, ob. e lug. cit.; ROSENBERG, ob. e t. cit., pág., 103; SCHÖNKE, ob. cit., pág. 96; BERNHARDT, ob. e lug. cit. Os quatro últimos autores usam indiferentemente, para todo litisconsórcio regido pelo § 62, os adjetivos "necessário", "especial" e "qualificado".

(9) Assim, quanto à designação de "qualificado", LENT, ob. cit., pág. 312; quanto à de "especial", BRUNS, ob. cit., pág. 86.

genossen klagen oder verklagt werden, wenn sie hinsichtlich des Streitgegenstandes in Rechtsgemeinschaft stehen oder wenn sie aus demselben tatsächlichen und rechtlichen Grunde berechtigt oder verpflichtet sind"; isto é: "Várias pessoas podem demandar ou ser demandadas como litisconsortes quando se acham em comunhão de direito quanto ao objeto do processo, ou quando são credoras ou devedoras pelo mesmo fundamento de fato e de direito".

"Podem", diz a lei; *mas não estão a isso obrigadas*. A circunstância a que o direito brasileiro precisamente vincula, em regra, a indispensabilidade do litisconsórcio, no ordenamento alemão só o caracterizará — para usarmos nomenclatura entre nós consagrada — como litisconsórcio *facultativo*. Não há, portanto, identidade de fundamento, num e noutra sistema, para o litisconsórcio necessário (no sentido de indispensável): enquanto, aqui — sempre com ressalva das hipóteses expressamente previstas em regras especiais — êle repousa na existência de comunhão de direito quanto ao objeto da demanda, lá decorrerá de outras causas, não discriminadas na lei processual, insuficiente, para tal fim, a ocorrência da aludida comunhão, *que apenas permite, sem exigí-la*, a propositura da demanda conjunta.

5. Passemos ao segundo ponto. Conhece o direito brasileiro, como o alemão, o litisconsórcio caracterizado pela necessária uniformidade da decisão definitiva. Dêle trata o art. 90 do Código de Processo Civil, *verbis*: "Quando a relação jurídica litigiosa houver de ser resolvida de modo uniforme para todos os litisconsortes, os revéis, ou os que tiverem perdido algum prazo, serão representados pelos demais".

A redação, muito próxima da que se depara no § 62 da *Z. P. O.*, omite contudo a cláusula pertinente ao litisconsórcio necessário "por outra razão" — fonte, como já se mostrou, de indesejáveis complicações terminológicas. Graças à omissão, a figura do nosso art. 90 pode ser definida não apenas por um *efeito processual peculiar* — a "representação" dos litisconsortes omissos pelos comparecentes, *único* traço, consoante se viu, que o § 62 da lei tedesca aponta como *comum* a tôdas as hipóteses ali reguladas —, mas por mais íntima característica, enunciada no princípio do dispositivo, a qual constitui justamente a razão política de ter-se criado, para tais casos, o regime especial assinalado por aquêle efeito. Na verdade, é porque a decisão de mérito *não pode deixar de ser uniforme* — ou, em outras palavras, *para evitar-se o risco de ver quebrada essa necessária uniformidade* — que se pre-exclui, através do expediente da "representação", a ocorrência de efeitos normalmente ligados à revelia ou à omissão de alguma das pessoas consorciadas (10).

(10) Como assinala BERNHARDT, *ob. cit.*, pág. 177, a propósito da "representação" prevista no § 62 da *Z. P. O.*, "só assim se consegue assegurar uma decisão uniforme". A maneira tecnicamente mais precisa de construir o instituto é a que põe a tônica na pré-exclusão excepcional de certos efeitos, previstos em normas cuja incidência, nos casos de que se trata, geraria o perigo de soluções diversas para o litígio, em relação a cada um dos litisconsortes. Exatamente, ao propósito, LENT — JAUERNIG, *ob. cit.*, pág. 238, após o registo de que a sentença, "sejam quais forem as circunstâncias", há de ter conteúdo

Tanto mais feliz foi a supressão da cláusula, em nosso art. 90, quanto é certo que aquela *razão política* não prevalece, em absoluto, para tôdas as hipóteses de indispensabilidade do litisconsórcio. Há casos em que, não obstante seja êle indispensável, necessidade alguma ocorre de solução uniforme do litígio: na ação de usucapião, por exemplo, nada obsta a que o juiz acolha a contestação de um dos confinantes, ou as de alguns, e rejeite a de outro, ou as de outros, apesar de figurarem todos, obrigatoriamente, como litisconsortes passivos (art. 455). Ora, sendo irrelevante a possibilidade de decisão não-uniforme, de modo nenhum se justificaria o recurso ao expediente técnico da "representação", cuja finalidade precípua é afastá-la.

No direito alemão, por força da cláusula "oder ist die Streitgenossenschaft aus einem sonstigen Grunde eine notwendige", a figura do § 62 abrange, sem exaurir-se nêles, todos os casos de litisconsórcio necessário (no sentido de *indispensável*). No direito brasileiro, inexistente cláusula análoga, a fórmula do art. 90 traduz conceito que não coincide, nem na compreensão nem na extensão, com o de litisconsórcio necessário. Como esperamos ter demonstrado cumpridamente alhures (11), há litisconsórcios necessários que não caem sob a incidência do regime especial disciplinado no art. 90, e há litisconsórcios que a tal regime se submetem a despeito de não serem necessários. Ou — o que é dizer o mesmo —, enquanto no ordenamento tedesco a indispensabilidade do litisconsórcio é condição *suficiente* (embora não *necessária*), no ordenamento pátrio ela não é condição necessária *nem suficiente* para a incidência do regime especial. Ainda *de lege ferenda*, e por paradoxal que isso se afigure, é manifestamente superior a sistemática do nosso direito.

Para designar a figura do art. 90, vem-se generalizando na doutrina brasileira o *nomen iuris* de "litisconsórcio unitário" (12), equivalente vernáculo de *einheitliche Streitgenossenschaft*. Esta última expressão não aparece nos escritos dos processualistas alemães que temos consultado, mas na literatura austríaca (13), com referência à espécie de que trata o § 14 do estatuto processual civil do seu país — norma afim, conquanto não idêntica, à do § 62 da lei alemã. À luz do exposto, fica extreme de dúvida que o nosso litisconsórcio unitário — caracterizado pela obrigatória uniformidade da

igual para todos: "Zu diesem Zweck müssen daher alle Vorschriften des Prozessrechts ausser Kraft gesetzt werden, die die Gefahr einer abweichenden Entscheidung gegenüber einem Streitgenossen heraufbeschwören. (Com êsse fim, portanto, devem considerar-se inaplicáveis tôdas as prescrições do direito processual de que decorra o perigo de decisão divergente em face de um dos litisconsortes)".

(11) V. nosso art. *O litisconsórcio e seu duplo regime*, in *Rev. Tribunais*, vol. 393 (julho 1968), pág. 13 e segs., esp. 16-7, e *Rev. Forense*, vol. 225 (janeiro-março 1969), págs. 26 e segs., esp. 28-9.

(12) Introduzido entre nós, salvo engano, por PONTES DE MIRANDA: v. já a 1.^a ed. dos *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, págs. 338, 347, 350, 351 e *passim*.

(13) POLLAK, *System des Österreichischen Zivilprozessrechts*, 2.^a ed., 1932, pág. 200; WOLF, *Grundriss des Österreichischen Zivilprozessrechts*, 2.^a ed., 1947, pág. 125; PETSCHKE, *Der Österreichische Zivilprozess*, atualizado por STAGEL, 1963, pág. 302.

decisão de mérito, e por isso mesmo sujeito ao regime especial cuja nota típica a letra da lei identifica na "representação" dos litisconsortes revéis ou omissos pelos comparecentes ou atuantes — *não é espécie do gênero litisconsórcio necessário* (14), *nem gênero de que este seja espécie*.

6. Ainda um contraste digno de nota é o que diz respeito à posição do órgão judicial em face da não-integração do contraditório por alguma (ou algumas) das pessoas que hajam de figurar no processo, como co-autoras ou co-rés. Segundo o código pátrio, assiste ao juiz o poder-dever de determinar a citação dos litisconsortes necessários (art. 294, I), que a partir desse momento assumem a qualidade de parte, mesmo que se conservem omissos. Esposou o nosso legislador, nesse ponto, a orientação do direito italiano, onde o art. 102 do *Codice di Procedura Civile* dispõe: "Se la decisione non può pronunciarsi che in confronto di più parti, queste debbono agire o essere convenute nello stesso processo. Se questo è promosso da alcune o contro alcune soltanto di esse, il giudice ordina l'integrazione del contraddittorio in un termine perentorio da lui stabilito".

Oposta é a diretriz da lei alemã, que recusa ao juiz semelhante iniciativa. A consequência de não se formar o litisconsórcio necessário (no sentido de indispensável) é, no sistema tedesco, a decretação da inadmissibilidade da demanda, proposta só por uma ou algumas (ou contra uma ou algumas) das pessoas que obrigatoriamente haviam de demandar (cu ser demandadas em conjunto) (15).

7. As considerações até aqui feitas autorizam algumas conclusões, que põem em relêvo a diversidade dos dois ordenamentos na matéria versada:

a) — No direito brasileiro, "litisconsórcio necessário" significa, sempre e apenas, litisconsórcio de formação indispensável; no direito alemão, a expressão é usada em dois sentidos distintos: um que coincide com o nosso, outro que compreende todo e qualquer litisconsórcio subordinado ao regime especial do § 62 — o que quer dizer que *a mesma designação se aplica ora ao gênero, ora a uma de suas espécies*.

b) — No direito brasileiro, com a habitual ressalva dos casos previstos em normas especiais, a necessariedade do litisconsórcio funda-se na existência de comunhão de direito quanto ao objeto da demanda; no direito alemão, tal circunstância, por si só, não torna necessário o litisconsórcio, nem na aceção de indispensável, nem na de sujeito ao regime especial.

(14) No sentido do texto, PONTES DE MIRANDA, *ob. e t. cit.*, pág. 351; CALMON DE PASSOS, *Do litisconsórcio no Código de Processo Civil*, 1952, pág. 54; *id.*, *Da Revelia do Demandado*, 1960, págs. 64 e segs. *Aliter*, JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Instituições de Direito Processual Civil*, 2.^a ed., 1962, vol. II, págs. 241-2; MOACIR AMARAL SANTOS, *Direito Processual Civil*, 1.^a ed., 1962, vol. I, pág. 18; GUILHERME ESTELITA, *Do litisconsórcio no direito brasileiro*, 1955, págs. 345-347; LUIS RODOLFO DE ARAUJO JUNIOR, *Do litisconsórcio necessário passivo em mandado de segurança*, 1964, pág. 97; e, ainda, recentissimamente, VALDEMAR MARIS DE OLIVEIRA JÚNIOR, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I (*Teoria Geral do Processo*), 1968, págs. 267, 268.

(15) LENT, *ob. cit.*, pág. 312; LENT-JAUERNIG, *ob. cit.*, pág. 236; NIKISCH, *ob. cit.*, pág. 437.

c) — Não é lícito transpor para o nosso sistema, pura e simplesmente, afirmações feitas pela doutrina alemã no tocante ao "litisconsórcio necessário", sem verificar, pelo contexto, se a expressão está sendo usada ou não em sentido coincidente com o que a ela se dá entre nós e, ainda no caso afirmativo, se é idêntica em ambos os ordenamentos a disciplina da matéria; em particular, descabe atribuir ao litisconsórcio necessário, como efeito peculiar, a incidência do regime especial caracterizado pela "representação" de que fala o art. 90: êsse regime aplica-se ao litisconsórcio *unitário*, conceito estranho à dicotomia "litisconsórcio necessário — litisconsórcio facultativo".