

O tratamento processual dos litisconsortes: do litisconsórcio *ad processum* ao litisconsórcio *ad actum*

Il trattamento processuale dei litisconsorzi: dallo litisconsorzio ad processum allo litisconsorzio ad actum

Ravi Peixoto*

Sumário

1. Introdução. 2. Litisconsórcio – noções gerais. 2.1. Litisconsórcio unitário. 3. O regime de tratamento do litisconsórcio. 3.1. Noções iniciais. 3.2. O reconhecimento jurídico do pedido. 3.3. Renúncia. 3.4. Revelia. 3.5. A produção probatória e o litisconsórcio. 3.6. A esfera recursal e o litisconsórcio. 3.6.1. A desistência, a renúncia e a aquiescência recursal. 3.6.2. Efeito expansivo subjetivo dos recursos. 3.6.2.1. Os limites subjetivos do efeito devolutivo recursal e as questões não meritórias incidíveis. 4. Conclusão. Referências.

Resumo

Este texto se propõe a fazer uma análise do regime processual do litisconsórcio. Em uma primeira parte, a proposta é a de analisar criticamente o regime especial e o comum do litisconsórcio a partir da perspectiva tradicional, do litisconsórcio *ad processum*. Posteriormente, em especial na seara recursal, passa-se a propor uma ideia de reformulação de um litisconsórcio *ad processum* para um litisconsórcio *ad actum* que estaria mais adequado às diferentes posições jurídicas ocupadas pelos litigantes na dinâmica do processo civil.

Sommario

Questo articolo si propone di analizzare il regime processuale dello litisconsorzio. In una prima parte, l'obiettivo è di analizzare criticamente il regime speciale e il comune dello litisconsorzio per una prospettiva tradizionale, quella dello litisconsorzio ad

¹ Agradeço às críticas dos amigos Carlos Frederico e Lia Carolina Batista Cintra, que foram essenciais para o aprofundamento dos temas tratados neste texto.

* Doutorando em direito processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo (ANNEP), do Centro de Estudos Avançados de Processo (CEAPRO), da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPRO) e do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Procurador do Município do Recife. Advogado.

processum. Doppo, nello articolo, in speciale per i recorsi, l'oggetivo è di proporre l'uso dello litisconsorzio ad actum, più adeguato a le diverse posizione giuridiche occupate per le parti nella dinàmica dello processo civile.

Palavras-chave: Litisconsórcio. Regime especial. Regime comum. Legitimidade *ad actum*. Litisconsórcio *ad actum*.

Parole chiave: *Litisconsorzio. Regime speciale. Regime comune. Legittimità ad actum. Litisconsorzio ad actum.*

1. Introdução

O litisconsórcio é um tema clássico, mas ainda envolto em diversas polêmicas. Sua adequada análise é imprescindível, especialmente em razão da repercussão da diferenciação entre seus regimes comum e unitário em diversos institutos processuais, desde a petição inicial até o trânsito em julgado da decisão.

Mesmo participando de um mesmo processo, existem diversas variações no tratamento dos litisconsortes a depender do regime a que estejam submetidos, comum ou unitário, o que não pode ser traduzido em uma fórmula simplista de total autonomia do regime comum e de total vinculação no regime unitário. O objetivo deste texto é analisar os principais momentos em que a diferenciação de tratamento entre os litisconsortes nos regimes comum e unitário é relevante e de que formas seus regimes acabam se confundindo.

O objetivo desse texto é analisar os principais momentos em que a diferenciação de tratamento entre os litisconsortes unitários e simples será relevante e de que formas elas influenciam umas nas outras.

Será perceptível, no decorrer deste texto, que a própria conceituação do fenômeno do litisconsórcio unitário tão apenas a partir do direito material e de forma estática deixa sem explicação satisfatória alguns reflexos processuais. Propõe-se, portanto, um redimensionamento do tema, especialmente na esfera recursal, permitindo que se analise o tema não apenas a partir da incidibilidade do objeto litigioso do processo, mas também a partir da incidibilidade das postulações de natureza processual.

2. Litisconsórcio – noções gerais

O processo litisconsorcial é um processo cumulativo subjetivo,² ou seja, uma situação em que estão reunidas mais de uma parte em um ou mais polos da relação processual. É imprescindível que elas guardem ao menos afinidade em relação ao objeto do processo, seja pela propositura, seja pela situação de demandados, seja

² Destaca Calmon de Passos que cumulação subjetiva seria um conceito sinônimo ao litisconsórcio (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Do litisconsórcio no processo civil*. Salvador, 1952. p. 10).

por terem ingressado no processo por ordem do juiz, por pedido das partes ou de forma voluntária. Justifica-se esse arranjo processual na economia processual e na harmonia de julgados, de forma que em um processo seja resolvida mais de uma demanda e, ao mesmo tempo, evita-se que, caso seja ajuizado mais de um processo, haja conflito entre as decisões.³

Fazer menção ao litisconsórcio não significa dizer que as partes possuem interesses iguais ou que elas terão o mesmo resultado no processo. Há certa variação no tema, como se verá. Enquanto de um lado tem-se o litisconsórcio unitário, no qual há necessidade de tratamento homogêneo das partes, é possível que um litisconsorte seja o maior adversário do outro, o que se dá, por exemplo, no litisconsórcio eventual ou no alternativo. A título de exemplo, se há um acidente envolvendo três veículos e o condutor de um deles ajuíza uma demanda contra os outros dois, cada um dos litisconsortes passivos pode querer tentar demonstrar que a culpa é do outro. Nesse sentido, o litisconsórcio não significa necessariamente que os litigantes tenham interesses convergentes.⁴

De forma geral, o litisconsórcio pode ser ativo, quando houver mais de um autor, ou passivo, quando houver mais de um réu, e ainda bilateral, quando há mais de um autor e mais de um réu. Trata-se aqui de um critério meramente topológico.⁵ Pode ainda ser inicial, quando formado desde a propositura da demanda, ou ulterior, quando formado posteriormente, seja por iniciativa do juiz, das partes ou mesmo do terceiro.

O litisconsórcio também pode ser facultativo ou necessário. A primeira possibilidade ocorre quando as partes têm a faculdade de optar por sua formação, ou não. Na obrigatoriedade, essa opção inexistente e, em tal situação, impõe-se a litigância conjunta.

Há ainda a diferenciação entre o litisconsórcio comum e o unitário. No litisconsórcio comum, há uma relativa independência entre os atos e as omissões dos litisconsortes, caso em que a decisão também pode oferecer resultados diversos para cada um deles. No litisconsórcio unitário, por sua vez, a incidência da relação jurídica material em discussão faz surgir a exigência de (ou demanda) um regime processual diferenciado em que os atos e omissões que beneficiarem um devem beneficiar a todos e os atos e omissões prejudiciais só podem ser eficazes se forem prejudiciais a todos.

Também não se confundem o litisconsórcio necessário e o unitário. Enquanto o primeiro está relacionado com a obrigatoriedade de duas ou mais pessoas terem de atuar em um mesmo processo, o segundo caso está relacionado com o fato de uma determinada decisão tratar, ou não, os litisconsortes de maneira uniforme. Nada impede que o litisconsórcio seja necessário e não unitário, podendo estar baseado no regime comum. Em tal situação, a lei pode vir a exigir a atuação de litisconsortes, de

³ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Do litisconsórcio no processo civil... cit.* p. 11-12; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 61.

⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio... cit.* p. 40-42.

⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972. p. 11.

forma que uma sentença defina todas as posições individuais, mas ao mesmo tempo cada uma das posições tenha inteira autonomia em relação às demais. E, por outro lado, nem todo litisconsórcio unitário será necessário, caso em que é denominado por Barbosa Moreira de impropriamente facultativo.⁶ Portanto, nem todo litisconsórcio necessário é unitário e nem todo litisconsórcio unitário é necessário.

2.1. Litisconsórcio unitário

No litisconsórcio unitário, há incidibilidade da relação jurídica entre os litisconsortes, posicionamento esse consagrado pelo art. 116 do CPC/2015.⁷ O litisconsórcio unitário pressupõe o mesmo objeto litigioso, não bastando que sejam apenas análogos, a exemplo de contribuintes que requerem ressarcimento em relação a um mesmo tributo.⁸ O que faz gerar a existência do litisconsórcio unitário é a possibilidade de contradição *prática* e não apenas *lógica* entre os capítulos de sentença, portanto, seria inviável que em uma ação de anulação de assembleia esta fosse invalidada para um dos acionistas e continuasse válida para os demais.⁹

Em regra, essa relação jurídica incidível advém do plano do direito material, a exemplo da ação de nulidade de casamento proposta pelo Ministério Público, caso em que o resultado há de ser idêntico para o marido e a esposa. No entanto, a relação jurídica pode ter natureza processual, a exemplo da propositura de ação rescisória para desconstituição de decisão por terceiro prejudicado, caso em que pode ser exigido litisconsórcio necessário e unitário no polo passivo e a matéria ser exclusivamente processual.¹⁰

No entanto, de uma forma ou de outra, o regime do litisconsórcio é sempre observado a partir do objeto litigioso do processo. Se, a partir do objeto litigioso, vislumbra-se que o resultado final há de ser uniforme para todos os litisconsortes, tem-se hipótese de litisconsórcio unitário; se o resultado pode ser diverso, o caso é de litisconsórcio comum. E é essa análise inicial que determinará qual será o regime processual das condutas processuais dos litisconsortes.

⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Litisconsórcio unitário... cit.* p. 132-134. No mesmo sentido: BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. v. I, p. 281.

⁷ “Observe-se, porém, que, mesmo nos casos em que o litisconsórcio seja unitário em virtude da natureza una e única da relação de direito material, haverá tantas relações processuais quanto sejam os litisconsortes, o que explica o fato de a causa prosseguir contra os litisconsortes restantes, se um ou alguns deles se retirarem do processo” (SILVA, Ovídio Baptista da. *Comentários ao código de processo civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005. vol. I. p. 200).

⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Litisconsórcio unitário... cit.* p. 134.

⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Litisconsórcio unitário... cit.* 144-145. Há quem entenda que o litisconsórcio unitário também ocorre nos casos em que há incidibilidade lógica: SICA, Heitor; BONICIO, Marcelo José Magalhães. Ensaio sobre os aspectos materiais e processuais do litisconsórcio unitário. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Orgs.). *O processo em perspectiva*. São Paulo: RT, 2013.

¹⁰ ARAÚJO, Fábio de Caldas. *Curso de processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016. Tomo I. p. 558.

Verifica-se, então, que todo o regime processual dos litisconsortes é observado a partir de dois extremos: a postulação inicial e a decisão de mérito. O regime do litisconsórcio será o simples caso o objeto litigioso seja cindível e a respectiva decisão de mérito possa ser diversa para cada um deles e o regime será o especial caso o objeto litigioso seja incindível e a decisão de mérito deva ser uniforme para todos eles. As demais postulações não possuem, em tese, relevância nessa análise e o regime litisconsorcial e seus reflexos processuais são únicos no decorrer do processo. Ou seja, o litisconsórcio é sempre *ad processum* e jamais *ad actum*, fazendo com que o regime do litisconsórcio seja o mesmo desde o início do processo, não admitindo variações.

3. O regime de tratamento do litisconsórcio

3.1. Noções iniciais

Em regra, no litisconsórcio, prevalece a regra da independência entre os litisconsortes, de forma com que a conduta de um não possa interferir na do outro, situação que inclusive permanece consagrada na primeira parte do art. 117 do CPC, segundo o qual: “Os litisconsortes serão considerados, em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos”. Trata-se de diretriz histórica do processo brasileiro¹¹ e, igualmente, das codificações estrangeiras, a exemplo da França, Itália e Alemanha.¹² Esse é o regime comum do litisconsórcio.

No entanto, essa é uma regra dirigida ao regime comum do litisconsórcio. Caso seja hipótese de litisconsórcio unitário, os litisconsortes estarão envolvidos em uma relação jurídica incindível com diversos reflexos processuais, influenciando de que forma a conduta de um interfere na dos demais. Relembre-se que, no litisconsórcio unitário, a decisão de mérito deve ser uniforme, fazendo com que seja necessária uma análise cuidadosa da eficácia de cada ato dos litisconsortes.

Em tal situação, tem-se o regime especial do litisconsórcio, regido pela segunda parte do art. 117 do CPC, segundo o qual “no litisconsórcio unitário (...) os atos e as omissões de um não prejudicarão os outros, mas os poderão beneficiar”. A disposição normativa não é tão simples e depende de aprofundamento doutrinário para que venha a fazer sentido, sendo esse justamente o objetivo deste texto.

Um conhecido critério de sistematização do regime geral do litisconsórcio foi desenvolvido por Barbosa Moreira. De um lado, têm-se os atos determinantes, que são aqueles a que a lei confere influência decisiva no desfecho do processo, podendo consistir em condutas comissivas ou omissivas. Um exemplo do primeiro caso seria a desistência do processo e, do segundo, a ausência de oposição dos embargos à ação

¹¹ Destaca Elie Pierre Eid que essa tendência era observada desde a época das codificações estaduais, a exemplo de Santa Catarina (art. 506) e do Espírito Santo (art. 350), e foi mantida nas legislações nacionais. (EID, Elie Pierre. *Litisconsórcio unitário*. São Paulo: RT, 2016. p. 169.)

¹² GUIMARÃES, Luiz Machado. *Litisconsórcio e desapropriação. Estudos de direito processual civil*. Rio de Janeiro/São Paulo: Jurídica e Universitária, 1969. p. 264-267.

monitória. Por outro lado, existiriam as condutas alternativas, as quais não teriam aptidão para predeterminar, mesmo que parcialmente, o conteúdo da decisão final. As condutas alternativas seriam aquelas que buscam *possibilitar* condições para a conquista de uma situação de vantagem no processo, a exemplo do oferecimento da contestação, do ajuizamento de um recurso etc.¹³

O autor vislumbrava uma natural complementariedade entre as condutas *determinantes* e as *alternativas*, afirmando que, para cada conduta determinante, haveria uma alternativa. Por exemplo, a conduta alternativa da revelia seria o oferecimento da contestação.¹⁴

No caso do litisconsórcio unitário, *as condutas determinantes, para produzirem efeitos típicos, dependeriam de que todos os litisconsortes a adotassem*. Se apenas um deles, por exemplo, for revel, a revelia não produziria seus efeitos diante da contestação de um ou mais litisconsortes.¹⁵ Essa mesma regra deveria ser adotada em relação aos atos determinantes da parte contrária em face dos litisconsortes.¹⁶ Por outro lado, os comportamentos alternativos teriam a aptidão de estender os seus efeitos a todos os litisconsortes, mesmo que praticados por apenas um deles.¹⁷

Há quem adote a mesma nomenclatura, mas se utilize de conceito diverso, afirmando que conduta determinante é aquela que leva a uma situação desfavorável e, por isso, potencialmente lesiva. Por outro lado, alternativa seria aquela situação em que a parte almeja a melhora de sua situação, mas, nesse caso, trata-se de uma melhora que pode, ou não, ocorrer.¹⁸

Barbosa Moreira expressamente rejeita tal ponto de vista, pois, segundo o autor: i) nem sempre é viável caracterizar o comportamento determinante como favorável ou desfavorável, a exemplo da transação; e ii) o objetivo da legislação não é o de *tutelar* os litisconsortes omissos, mas tão apenas o de garantir uma solução homogênea do litígio.¹⁹

Dinamarco parece adotar um posicionamento intermediário ao indicar que a regra geral é a de que os atos desfavoráveis seriam um conjunto de atos praticamente idêntico ao dos determinantes e os potencialmente favoráveis seriam praticamente sempre os alternativos. E que a efetiva valia da contribuição de Barbosa Moreira seria a de que o critério por ele proposto “destaca-se especialmente nos casos em que se mostre difícil saber se o ato é vantajoso ou desvantajoso”.²⁰

A lógica por trás do regime especial é a de manutenção da uniformidade da decisão de *mérito*. Em outros termos, ela atuará apenas sobre aqueles atos que possuem aptidão de colocar em risco o resultado do processo.²¹

¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio... cit.* p. 145.

¹⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Litisconsórcio unitário... cit.* p. 161-162.

¹⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Litisconsórcio unitário... cit.* p. 171-172.

¹⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Litisconsórcio unitário... cit.* p. 174.

¹⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Litisconsórcio unitário... cit.* p. 161-162.

¹⁸ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 19ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017. vol. 1. p. 528.

¹⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Litisconsórcio unitário... cit.* p. 175.

²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio... cit.* p. 147.

²¹ EID, Elie Pierre. *Litisconsórcio unitário... cit.* p. 173.

A questão da limitação da eficácia de alguns atos tem por base a noção de *legitimidade ad actum*, a qual teria relação com os atos determinantes e justificaria a necessidade de concordância de todos os litisconsortes unitários para que determinado ato fosse eficaz. O atributo da legitimidade vem deixando de ser verificado tão apenas *ad causam* para estar relacionado a cada ato processual específico, inclusive como forma de acompanhar o dinamismo da relação processual. Se o objetivo da legitimidade é o de verificar a pertinência subjetiva no exercício das funções processuais, trata-se de atributo que só pode ser verificado em “cada caso concreto e para cada ato processual”.²²

A legitimidade é um atributo que verifica se o sujeito tem a titularidade da situação jurídica a ser modificada, não podendo determinar, de forma isolada, alteração na situação jurídica alheia.²³ Tendo por base tal construção jurídica, torna-se mais lógica a acepção de que “inexiste legitimidade para atos desfavoráveis ou determinantes para além da esfera jurídica do agente”.²⁴

Feitas tais considerações introdutórias ao regime geral de tratamento dos litisconsortes no processo, com a diferenciação entre o regime comum e o especial, é o momento de avançar, de forma a verificar o efetivo funcionamento desses regimes.

3.2. O reconhecimento jurídico do pedido

O reconhecimento jurídico é uma espécie de negócio jurídico unilateral²⁵ em que o réu reconhece a procedência do pedido do autor. Aqui, o regime de unitariedade tem importância crucial, afinal, trata-se de fato jurídico que determina o resultado do processo.

No caso da unitariedade, justamente por conta da problemática da legitimidade *ad actum* e pelo fato de o reconhecimento jurídico de um pedido incindível provocar uma situação desfavorável para os outros titulares daquele direito, é preciso verificar de que forma tal reconhecimento será admissível. A regra nesse caso deve ser a de que se impõe a concordância de todos para que haja o reconhecimento jurídico do pedido, afinal, como o objeto litigioso é único, não se pode admitir que apenas um dos litisconsortes possa reconhecer a procedência do pedido interferindo indevidamente na esfera jurídica dos demais.

Podem existir, no entanto, exceções a essa regra. A razão é porque existem hipóteses em que há autorização normativa para que um ato praticado no plano do direito material por um ou mais sujeitos de direito, independentemente da concordância dos demais, possa vinculá-los, criando uma situação jurídica uniforme

²² CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo, legitimidade *ad actum* e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (Orgs.). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 51. Continua o autor tratando do tema ao afirmar que: “Na verdade, a colocação dos atos em sequência faz com que, com exclusão do primeiro ato da série, cada ato processual dependa, para ser praticado, de requisitos e pressupostos que somente poderão ser corretamente compreendidos a partir da análise da cadeia formativa dos atos anteriores e da múltipla e difusa implicação entre eles” (p. 51).

²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio... cit.* p. 128.

²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio... cit.* p. 132.

²⁵ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2016. vol. II. Tomo II. p. 989.

para todos. Uma vez que a lógica do regime especial do litisconsórcio unitário é baseada no regime do direito material, é bastante plausível que, se no plano do direito material, uma determinada decisão puder ser tomada sem a concordância de todos os partícipes de uma relação jurídica, esse resultado possa ser alcançado da mesma forma no processo.

Essa situação pode vir a ocorrer sempre que a lei vier a atribuir a alguém o poder de dispor da situação jurídica de outrem, caso que costuma ocorrer quando a legislação exige uma deliberação coletiva, mas em que não se exige a concordância de todos, a exemplo da ação de dissolução da sociedade, em que a maioria dos réus que representem a maioria do capital social viesse a concordar com o pedido do autor. Inclusive, em tais situações, haveria negativa de eficácia dos atos alternativos praticados pelos réus dissonantes.²⁶ Nessa conjuntura, o que se verifica é que o fato de se permitir a extensão aos demais participantes da relação jurídica de uma determinada decisão não é propriamente uma extensão do seu efeito jurídico, mas sim a adequada atribuição da esfera de eficácia que normalmente corresponde àquela decisão.²⁷

3.3. Renúncia

Importa também analisar o regime processual no caso do litisconsórcio quanto à renúncia, a qual, nos moldes do reconhecimento jurídico do pedido, também é um negócio jurídico unilateral, mas relacionado ao autor, em que este abdica do objeto litigioso sobre o seu alegado direito no qual fundado o pedido.²⁸ Ela pode ser total ou parcial e essa parcialidade tanto pode ser relativa ao objeto do processo quanto subjetiva.

No caso do litisconsórcio unitário ativo, apenas pode ser realizada – em regra – caso todos os litisconsortes com ela concordem, sob pena de ineficácia, exceto se houver alguma regra de direito material que possa ampliar a legitimidade *ad actum* de renúncia àquele direito.²⁹ Caso o litisconsórcio unitário esteja no polo passivo, a renúncia não poderá ser subjetivamente parcial, devido à exigência da decisão uniforme, apenas podendo ocorrer em relação à parcela do pedido, desde que abranja todos os litisconsortes. Se o litisconsórcio for simples, sendo necessário ou facultativo, inexistem óbices à renúncia parcial subjetiva, afinal, o objeto litigioso é cindível.

3.4. Revelia

A revelia é tida como uma espécie do gênero contumácia, a qual é caracterizada pela ausência de oferecimento da contestação.³⁰ Para o que interessa aos propósitos

²⁶ MESQUITA, José Ignacio Botelho de. Litisconsórcio unitário. Eficácia do reconhecimento do pedido por um só dos réus na ação de dissolução de sociedade. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: RT, 2005. vol. I. p. 198.

²⁷ MESQUITA, José Ignacio Botelho de. *Litisconsórcio unitário*. Eficácia do reconhecimento do pedido por um só dos réus na ação de dissolução de sociedade... *cit.* p. 192.

²⁸ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2016. vol. II. Tomo II. p. 1.026, 1.030.

²⁹ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*... *cit.* p. 1.028.

³⁰ No mesmo sentido, indicando as várias posições doutrinárias: GIANESINI, Rita. *Da revelia no processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1977. p. 54-66.

desse texto, um dos seus efeitos – o material – implica presunção *relativa* da veracidade dos fatos narrados pelo autor.

Pela classificação entre atos determinantes e alternativos, a revelia seria um ato determinante, por gerar uma consequência desfavorável, enquanto o oferecimento da contestação seria um ato alternativo, pelo potencial de melhora, mas não necessariamente por ser capaz de fazê-lo.

De acordo com o art. 345, I, do CPC/2015: “A revelia não produz o efeito mencionado no art. 344 se: I - havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação”. O texto normativo não insere qualquer exigência acerca da espécie de litisconsórcio, interpretando-se que seja aplicável seja ao unitário, seja ao simples, desde que diga respeito a fato comum a todos os litisconsortes.³¹ Tem-se, aqui, uma situação em que o regime especial e o comum se comunicam quando haja fato comum.

A escolha legislativa, mantida desde o CPC/1973, mereceu a crítica de Barbosa Moreira ainda na época do anteprojeto, afirmando que ela só teria sentido caso houvesse um sistema coerente de normas aplicáveis aos processos litisconsorciais em que existisse maior rigor ao julgamento uniforme de mérito em face da totalidade dos colitigantes.³² Essa reflexão é importante, pois irá refletir no regime recursal, como se verá.

3.5. A produção probatória e o litisconsórcio

Na verificação da conexão entre a produção probatória e o litisconsórcio, trata-se de verificar a situação em dois momentos diversos, eis que, inclusive, as consequências serão diversas em cada um deles.

O primeiro momento é o do requerimento de produção probatória. A lógica que rege a iniciativa probatória é a de que se trata de atos alternativos, por isso, tendencialmente benéficos à parte, motivo pelo qual se entende que bastante ampla a legitimidade autônoma de cada litisconsorte para requerer provas.³³ Independente da espécie litisconsorcial, cada litisconsorte terá liberdade de estabelecer sua estratégia em termos probatórios.

A possibilidade de eventual divergência entre os litisconsortes não tem aptidão de limitar a atividade probatória dos demais. É preciso sempre ter como base a lógica de que as limitações à liberdade dos litisconsortes só são sustentáveis quando há possibilidade de violação à necessária uniformidade da decisão, o que não ocorre com o mero requerimento probatório.

Um momento que traz maiores dificuldades é o da produção efetiva da prova, em especial, a sua eficácia.

³¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Litisconsórcio unitário... cit.* p. 223; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017. Tomo III. p. 624; GIANESINI, Rita. *Da revelia no processo civil brasileiro... cit.* p. 87; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti de. *Comentários ao código de processo civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 32. Exigindo que para evitar a revelia no litisconsórcio é “imprescindível que o contestante impugne fato comum a ambos” (STJ, 4ª T., AgRg no REsp 557.418/MG, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 02/04/2013, DJe 16/04/2013).

³² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Litisconsórcio unitário... cit.* p. 223.

³³ EID, Elie Pierre. *Litisconsórcio unitário... cit.* p. 188-189.

O caso sempre discutido é o da confissão. Inicialmente, é importante que se defina no que consiste a confissão. Trata-se de um ato jurídico que consiste na declaração de ciência sobre determinado fato,³⁴ mais especificamente, quando há a admissão de verdade de fato, contrário ao seu interesse e favorável ao do adversário (art. 389, CPC/2015).

Em relação às *partes*, ela tem o efeito de: i) exonerar da prova do fato a parte contrária (art. 374, II, CPC/2015); ii) presunção *relativa* de veracidade do fato confessado; iii) impedir a produção de novas provas sobre aquele fato pela parte que confessou.³⁵ Trata-se de ato vinculativo *para as partes*, em que há uma afirmação convencional de que determinado fato ocorreu daquela forma,³⁶ limitando, de certa forma, sua conduta no restante do processo.

Por outro lado, a confissão não tem aptidão de vincular o juiz, o qual, nos termos do art. 371 do CPC/2015, apreciará as *provas*, entre elas a confissão, para a formação do seu convencimento. É evidente a importância da confissão no preenchimento do *standard* probatório³⁷ e, inexistindo elementos probatórios relevantes que desfaçam a presunção de veracidade gerada pela confissão, ela terá, por si só, aptidão para que haja o convencimento de que o fato ocorreu como descrito pela parte. Ocorre que nada impede que outras provas demonstrem que o fato confessado ocorreu de forma diversa, sendo possível que o juiz, analisando o material probatório, julgue de forma diversa da qual narrada o fato na confissão.³⁸ Há de se perceber que a confissão gera presunção *relativa* de veracidade do fato confessado e não presunção absoluta. Inclusive, nesse sentido, a parte que é beneficiada pela confissão, embora esteja exonerada da produção de novas provas, pode requerer a produção de outras provas como forma de melhor influenciar a convicção judicial.

Fixadas tais premissas, passa a ser possível analisar o tema sob o prisma do litisconsórcio e do regime entre os litisconsortes.

Primeiro, é de se verificar a eficácia da confissão em relação aos litisconsortes que não confessaram. Recorde-se aqui o que já fora mencionado: a questão da legitimidade *ad actum*. No caso da confissão, trata-se de um ato jurídico no qual a parte admite a veracidade de um fato a ela desfavorável e favorável à outra parte e, no caso, ela tem legitimidade para fazê-lo apenas em relação à sua esfera jurídica. Tal ato não pode interferir na esfera jurídica dos demais litisconsortes. Como destacado pela

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Prova e convicção*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2015. p. 497.

³⁵ Para Eduardo Cambi, a parte que confessou poderá trazer "outros elementos de prova para demonstrar que a confissão não gera os efeitos pretendidos pelo adversário" (CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006. p. 132).

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Prova e convicção... cit.* p. 498, 509.

³⁷ De forma bastante resumida, o *standard* probatório pode ser entendido como uma tese segundo a qual, se o juiz nem sempre pode alcançar um juízo de verdade, seria possível o desenvolvimento de graus de suficiência probatória requeridos para apoiar as decisões de fato tomadas pelo juiz a depender do tipo de litígio. Sobre o tema no direito brasileiro, entre outros, *cf.*: COSTA, Guilherme Recena. *Livre Convencimento e Standards de Prova*. YARSHELL, Flávio Luiz; ZUFELATO, Camilo. (Orgs.). *40 Anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: Passado, Presente e Futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013. Com mais detalhes sobre o tema, *cf.*: CLERMONT, Kevin M. *Standards of decision in law*. Carolina do Norte: Carolina Academic Press, 2014.

³⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Litisconsórcio unitário... cit.* p. 200.

doutrina: “A confissão de um litisconsorte não prejudica os demais, apenas porque não os vincula às consequências negociais da confissão”.³⁹

Portanto, correta é a previsão normativa do art. 391 do CPC/2015, o qual afirma que: “A confissão judicial faz prova contra o confitente, não prejudicando, todavia, os litisconsortes”. No entanto, essa previsão de limitação da eficácia da confissão apenas faz sentido para os casos de litisconsórcio simples, quando o fato confessado não seja comum.

Nos casos de litisconsórcio unitário e de litisconsórcio simples, em que o fato confessado é comum, o problema da legitimidade *ad actum* atua de forma diversa. Ocorre que, em tais situações, como a eficácia da sua confissão atingiria a esfera jurídica dos demais litisconsortes, o litisconsorte que confessa simplesmente não tem legitimidade para permitir que a confissão produza efeitos *entre as partes*.⁴⁰

No entanto, nada impede que, mesmo no caso do litisconsórcio unitário, possa haver a confissão. Ela apenas não terá os seus efeitos típicos, ou seja, manterá a controvérsia dos fatos sem que haja a presunção de veracidade do fato confessado. Em tal situação, ela atuará apenas como mais um elemento probatório a ser avaliado pelo magistrado.⁴¹

Havendo outros elementos probatórios, nada impede que o juiz possa concluir que o fato ocorreu tal qual confessado, apenas não se vem admitindo que ele possa basear o preenchimento do *standard* probatório requerido no caso concreto apenas a partir da confissão.⁴²

Nesse ponto, seria possível questionar essa conclusão doutrinária, partindo de outro ponto de vista.

A partir do momento em que a confissão deixa de ter eficácia, ela passa a ser considerada apenas como uma narrativa fática feita por um indivíduo. Em outros termos, tem-se um elemento probatório, mas que não gera incontrovérsia fática ou presunção de veracidade, tal qual seria com um depoimento de uma testemunha. No entanto, não parece haver vedação a que esse elemento probatório, caso seja suficiente, possa preencher um determinado *standard* probatório. Afinal, não há uma vedação legal a que o juiz, por exemplo, venha a julgar uma demanda procedente baseado tão apenas em uma prova testemunhal.

O que deve mudar no caso da confissão ineficaz é tão apenas a força da presunção relativa, passando a valer apenas como um elemento probatório como qualquer outro. De certa forma, no direito brasileiro, entende-se que a presunção relativa de veracidade dos fatos tem aptidão para atingir o *standard* probatório

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Prova e convicção...* cit. p. 521.

⁴⁰ Com a mesma conclusão: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Prova e convicção...* cit. p. 521-522.

⁴¹ CAMBI, Eduardo. *A prova civil...* cit. p. 135.

⁴² EID, Elie Pierre. *Litisconsórcio unitário...* cit. p. 191. Calmon de Passos indica que “é livre a convicção do juiz, pode este fundamentar a sua certeza, para o julgamento, nessa confissão unida a outro material de prova” (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Do litisconsórcio no processo civil...* cit. 63).

requisitado para os julgamentos na área cível, logo, bastaria a sua constatação para que um fato fosse considerado provado. É essa força que a confissão perde ao deixar de ser eficaz, mas ela permanece como um elemento probatório que pode ser coerente, adequado com a narrativa fática das partes e, mesmo sem a presunção, gerar o preenchimento do *standard* probatório requerido no caso concreto.

De fato, não é comum que um julgamento esteja baseado apenas em uma espécie de depoimento pessoal que é o que se torna a confissão ineficaz, no entanto, nada impede que, caso a narrativa da parte seja coerente com o que fora apresentado pelas partes, que o julgamento possa estar baseado tão apenas em um depoimento ineficaz.

3.6. A esfera recursal e o litisconsórcio

A teoria dos recursos, em diversos momentos, é influenciada pela necessidade de uniformidade presente no litisconsórcio unitário. Por conta disso, impõe-se a análise de alguns temas à luz do litisconsórcio, tais como a desistência, a renúncia, a aquiescência e o efeito expansivo subjetivo.

Um elemento base que servirá para o raciocínio a ser construído é o fato de que o recurso é uma espécie de ato *alternativo*, em que prevalece a liberdade das partes. Todos os litisconsortes, ou apenas um, ou alguns deles podem recorrer de uma mesma decisão que a eles seja prejudicial.

Mais ainda, destaque-se que, em face da necessidade da uniformidade na decisão de mérito ou relativa à exceção da coisa julgada, no caso do litisconsórcio unitário, o trânsito em julgado só pode ocorrer no mesmo momento para todos os litisconsortes. É irrelevante se os prazos são diversos, se um deles deixa de recorrer etc.⁴³

3.6.1. A desistência, a renúncia e a aquiescência recursal

A desistência é uma espécie de negócio jurídico processual unilateral, que tem, como consequência, a extinção do procedimento recursal e o eventual adiantamento do trânsito em julgado em relação ao recorrente. Em relação ao litisconsórcio, tem-se a necessidade de verificar a situação da desistência em relação aos que a requerem e em relação aos quais são beneficiados por ela.

Em relação aos que desistem, a primeira situação é caso apenas um litisconsorte venha a recorrer. Em tal situação, seja no litisconsórcio simples, seja no unitário, a situação é idêntica, podendo haver a desistência sem qualquer óbice, a qual refletirá perante os demais litisconsortes.⁴⁴ Destaque-se que, em relação ao litisconsórcio unitário, não se exige a concordância dos demais *que não recorreram* pelo fato de que a desistência do recurso não tem aptidão de alterar a decisão de mérito – objetivo do regime especial, que é o de haver uma decisão de mérito unitária. O recurso é um ato alternativo, que pode gerar uma melhora da situação do recorrente, mas a sua

⁴³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Litisconsórcio unitário...* cit. p. 209.

⁴⁴ No mesmo sentido: JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2015. p. 162.

desistência não tem aptidão de piorar a situação jurídica dos demais litisconsortes, não havendo, no ponto, discussão sobre legitimidade *ad actum*.

Caso haja recurso por mais de um litisconsorte, passam a existir diferenças entre o regime do litisconsórcio simples e o regime do litisconsórcio unitário. No litisconsórcio simples, não há nenhuma dificuldade na admissão da desistência sem que haja a necessidade da anuência dos demais litisconsortes, em especial pela previsão expressa do art. 998, *caput*, CPC/2015. Nessa situação, não há exigência de uma decisão de mérito uniforme.

No caso do litisconsórcio unitário, algumas particularidades devem ser destacadas. Em tal hipótese, caso mais de um litisconsorte haja recorrido, a desistência realizada por apenas um deles *terá uma limitação de sua eficácia*, ou seja, ela não terá aptidão para adiantar o trânsito em julgado em relação a ele⁴⁵ – em relação à parcela do mérito que deve ser decidida de maneira uniforme. A imposição do julgamento de mérito uniforme impede que se produza o efeito do trânsito em julgado apenas em relação ao recorrente que desiste, sob pena de se permitir o absurdo prático. Imagine-se ação de anulação de casamento em que os dois cônjuges recorrem e um deles desiste. Não se pode admitir que, provido o recurso, apenas um deles venha a ser beneficiado pela reforma da decisão.

Em tal situação, o que ocorre é que a desistência será admitida, mas, ainda assim, o desistente conservará a posição de parte e ficará sujeito ao julgamento que venha a ser proferido pelo órgão *ad quem*.⁴⁶ Para que o efeito do trânsito em julgado seja produzido, a desistência recursal há de ser manifestada por *todos os litisconsortes recorrentes*.⁴⁷ A manifestação de vontade daqueles que não recorreram será irrelevante.

A desistência, por mais que seja um ato determinante, não tem aptidão de prejudicar as esferas jurídicas dos demais litisconsortes, eis que a decisão recorrida não será alterada. Por isso que, mesmo no litisconsórcio unitário, embora possa haver um bloqueio de um de seus efeitos, a sua admissão não depende da concordância dos demais, a qual tem apenas o efeito de permitir que haja o trânsito em julgado imediato da decisão.⁴⁸

No entanto, a desistência manifestada por apenas um dos litisconsortes, embora não produza seus efeitos típicos, terá relevância processual, mas apenas em relação à responsabilidade pelas custas processuais e pelos honorários sucumbenciais do advogado da parte contrária.⁴⁹ Tal efeito recebe maior destaque no CPC/2015

⁴⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. vol. III. p. 338. Flávio Cheim Jorge afirma que a desistência simplesmente não será eficaz, posicionamento com o qual não se concorda, pois, embora não tenha aptidão de gerar o trânsito em julgado imediato, ainda assim haverá a produção de efeitos nas custas e nos honorários recursais (JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*... cit. p. 162).

⁴⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*... cit. p. 339.

⁴⁷ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 14ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017. vol. 3. p. 121.

⁴⁸ Com raciocínio semelhante: EID, Elie Pierre. *Litisconsórcio unitário*... cit. p. 193.

⁴⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*... cit. p. 339.

devido à sucumbência recursal, a qual não afetará nem aquele(s) que desistira(m) do respectivo recurso e, igualmente, nem aqueles que não recorreram, embora ambos sejam considerados como partes no procedimento recursal.

Em relação aos recorridos, a situação é semelhante. Caso a situação seja do litisconsórcio comum, o recorrente poderá desistir em relação a um ou mais litisconsortes, com a produção de todos os seus efeitos normais, inclusive o do adiantamento do trânsito em julgado. Como o problema ocorre apenas do ponto de vista lógico, é possível a existência de diversidade de soluções. Sendo hipótese de litisconsórcio unitário, a desistência do recurso apenas surtirá seus efeitos típicos caso a desistência alcance todos os litisconsortes.⁵⁰

A renúncia recursal consiste em negócio jurídico unilateral no qual a parte manifesta a vontade em não recorrer de decisão que lhe seja prejudicial. Independe da aceitação da outra parte (art. 999, CPC/2015) e lhe é aplicável a regulação aplicável à desistência recursal no que toca ao litisconsórcio, ou seja, não depende da anuência dos demais litisconsortes. Assim, o raciocínio desenvolvido nos parágrafos anteriores aplica-se igualmente à renúncia, podendo ser realizada eficazmente no caso do litisconsórcio comum, no entanto, quando for hipótese de litisconsórcio unitário, dependerá da anuência dos demais litisconsortes *recorrentes* para que a decisão transite em julgado. Caso contrário, o litisconsorte permanece na situação de parte e apenas será exonerado das custas e dos honorários advocatícios recursais.⁵¹

A aquiescência, por sua vez, é a manifestação de vontade da parte que concorda com uma determinada decisão, podendo ser realizada tanto antes quanto após a interposição do recurso. Tem como efeito a extinção do direito ao recurso ou a inadmissibilidade de recurso já interposto, gerando o trânsito em julgado imediato da decisão. Mais uma vez, as considerações feitas tanto em relação à desistência quanto à renúncia são igualmente aplicáveis à aquiescência.

3.6.2. Efeito expansivo subjetivo dos recursos

Os recursos, em geral, apenas têm aptidão de modificar a esfera jurídica do recorrente e tão apenas em relação aos capítulos decisórios por ele impugnados. No entanto, em algumas situações, o recurso pode tanto acabar por ensejar decisão mais abrangente da que fora impugnada pelo recorrente – efeito expansivo objetivo interno ou externo⁵² – ou mesmo abranger litigantes que não recorreram da decisão – efeito expansivo subjetivo. Há também quem prefira a denominação de extensão subjetiva do efeito devolutivo, recusando a “existência de um efeito expansivo dos recursos capaz de justificar as situações em que o recurso interposto por um dos litisconsortes aproveita os demais que permaneceram inertes”.⁵³

⁵⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil... cit.* p. 339.

⁵¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil... cit.* p. 345.

⁵² Sobre o tema, cf.: NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2004. p. 477-479.

⁵³ JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis... cit.* p. 379.

No que interessa ao presente texto, importa verificar a relação entre o efeito expansivo subjetivo e o litisconsórcio. De acordo com o art. 1005: “O recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita, salvo se distintos ou opostos os seus interesses”. Embora o texto normativo não faça menção à espécie de litisconsórcio ao qual aplicável o efeito expansivo subjetivo, é posição majoritária na doutrina que ele é aplicável tão apenas ao litisconsórcio unitário, seja ele necessário, ou não.⁵⁴

A interpretação é a de que a regra geral está inserida ao fim do texto normativo, qual seja, “salvo se distintos ou opostos os seus interesses” e que essa hipótese apenas está correta no litisconsórcio unitário, em que há objeto litigioso único e não se admite que os litisconsortes estejam na defesa de interesses distintos e, muito menos, opostos.⁵⁵ Essa forma de interpretar o referido texto normativo não parece a mais adequada, eis que inexistente qualquer vedação a que, embora único o interesse litigioso, haja discordância de interesses entre os litisconsortes.⁵⁶ Imagine-se uma ação de nulidade de casamento em que um dos cônjuges coaduna com a decisão de anulação, havendo nítida oposição de interesses.

Há de se buscar outra justificativa, especialmente para que se possa legitimar a diferenciação da interpretação realizada em relação à revelia, a qual tem seus efeitos materiais impedidos pela contestação de outro litisconsorte, mesmo simples, desde que se refira a fatos comuns e à eficácia subjetiva do recurso, o qual, em tese, apenas poderá atingir outros litisconsortes *unitários*.

O que se pode buscar como justificativa é que, no caso da revelia e da contestação, o que se impede é uma presunção de veracidade em relação a *fatos* comuns e não às consequências jurídicas. Não há, na revelia, qualquer aquiescência aos pedidos da parte autora, mas a incidência de uma presunção de veracidade decorrente da não contestação.

Quando a análise passa aos efeitos do recurso, a situação é diversa, como adequadamente analisa Elie Eid:

A inconveniência em admitir a aplicação do art. 1.005, CPC/2015 no litisconsórcio simples é justificada pela lógica da impugnação dos capítulos de sentença. Em razão da configuração do objeto do

⁵⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil... cit.* p. 383; NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos... cit.* p. 479; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil... cit.* p. 173; JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis... cit.* p. 380; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio... cit.* p. 154; EID, Elie Pierre. *Litisconsórcio unitário... cit.* p. 194; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte. *Comentários ao art. 1.005. ROQUE, Andre; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz. Execução e recursos – comentários ao CPC de 2015. São Paulo: Método, 2017. p. 1.013; SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 112-113; RODRIGUES, Marco Antonio. Manual dos recursos, ação rescisória e reclamação. São Paulo: Atlas, 2017. p. 94; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil. 47ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Versão digital, tópico nº 745, III; BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao código de processo civil... cit.* p. 283.**

⁵⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio... cit.* p. 154.

⁵⁶ CINTRA, Lia Carolina Batista. *Intervenção de terceiro por ordem do juiz: a intervenção iussu iudicis no processo civil. São Paulo: RT, 2017. p. 195.*

processo em tal regime e, diante da singularidade de resultados alcançados por cada litisconsorte, eventual recurso interposto somente teria o poder de evitar o trânsito em julgado do capítulo da sentença que diga respeito ao recorrente, mesmo que em caráter prejudicial ou independente se questione fato comum. Por isso, parece-nos que, ao aceitar a aplicação desse artigo nos casos de litisconsórcio simples, haveria severa afronta à coisa julgada já formada e, por consequência, atribuir-se-iam efeitos rescisórios e rescisórios ao recurso apresentado.⁵⁷

Nota-se que a lógica recursal impede que haja a expansão subjetiva recursal nos casos do litisconsórcio simples, pois, aqui, a impugnação é, capítulo por capítulo, decisória e, naturalmente, a parte apenas poderá impugnar aqueles que lhe digam respeito. No litisconsórcio comum, como o objeto litigioso é múltiplo, a sua impugnação apenas atingirá o capítulo referente ao objeto litigioso que lhe envolve, o qual, pela natureza do litisconsórcio, é diverso dos demais. A possibilidade de reavaliação de um fato e da existência de decisões conflitantes entre a decisão no tribunal *ad quem* e o órgão *a quo* são decorrências do regime recursal e da multiplicidade de objetos litigiosos.

Em outros termos, a forma de se admitir interpretações diversas para textos normativos relativamente semelhantes decorre do diferente funcionamento da revelia e do recurso. Enquanto a revelia refere-se a fatos, que podem ser comuns, o recurso tem por objetivo impugnar um capítulo da sentença e o seu respectivo objeto litigioso, que é diverso para cada litisconsorte comum.

Essa situação é diversa no caso do litisconsórcio unitário, em que o objeto litigioso é *uno*, permitindo que a impugnação de apenas um litisconsorte impeça o trânsito em julgado em relação aos demais. É por isso que o art. 1.009 do CPC/2015 é aplicável apenas ao litisconsórcio unitário, pela indivisibilidade do objeto litigioso.

Há doutrina que aponta como possível a expansão subjetiva no caso do litisconsórcio simples, desde que “as teses defendidas pelos diversos sujeitos integrantes do litisconsórcio sejam comuns”.⁵⁸ Não parece adequado tal posicionamento, em face das explanações já apontadas: o recurso impugna o capítulo decisório, não propriamente a fundamentação – a causa de pedir – e, por isso, não é possível a expansão subjetiva do efeito devolutivo tão apenas pelo fato de as teses da defesa serem comuns.

⁵⁷ EID, Elie Pierre. *Litisconsórcio unitário...* cit. p. 194, nota de rodapé nº 72.

⁵⁸ KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Sistema recursal CPC 2015*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 133; NUNES, Jorge Amaury. *Comentários ao art. 1005*. NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). FREIRE, Alexandre (Coords.). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1.363; MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2015, versão digital, comentários ao art. 1.005. Para Calmon de Passos: “No litisconsórcio unitário, somente aproveitará aos litigantes não recorrentes o recurso do colitigante, quando este versar sobre parte da sentença que seja a mesma com relação a todos os litisconsortes ou se essa sentença foi a mesma (a mesmidade da sorte material não era necessária, mas ocorreu). (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Do litisconsórcio no processo civil...* cit. p. 66.)

A única hipótese em que há a expansão do efeito devolutivo em litisconsórcio simples é no caso da solidariedade passiva, por força de expressa disposição legal (art. 1.009, parágrafo único, CPC/2015), desde que as teses de defesa sejam comuns. Destaque-se que a solidariedade passiva pode ter como base tanto um litisconsórcio simples (no caso da divisibilidade da obrigação) quanto um litisconsórcio unitário (no caso de a obrigação ser indivisível).

Aplicando-se a possibilidade de expansão subjetiva do efeito devolutivo apenas ao litisconsórcio unitário e às exceções legais, ainda são possíveis algumas considerações acerca do tema. A primeira é a de que os litisconsortes não recorrentes devem ser considerados como partes do procedimento recursal e, inclusive, podem recorrer da decisão do recurso.⁵⁹ Por outro lado, como não interpuseram o recurso, não geraram a causalidade que permite a incidência dos honorários recursais, exceto se optarem por atuar no procedimento recursal. Parece viável interpretar que, mesmo não tendo interposto o recurso, poderão ser condenados em conjunto com o litisconsorte recorrente em honorários recursais caso venham a participar ativamente do procedimento recursal.⁶⁰

3.6.2.1. Os limites subjetivos do efeito devolutivo recursal e as questões não meritórias incidíveis

Um detalhe que não pode ser ignorado no tratamento da matéria é o fato de que o regime especial do litisconsórcio unitário é motivado pela indivisibilidade do objeto litigioso, estando relacionado à decisão de mérito. O regime processual do litisconsórcio unitário tem por base uma construção voltada à manutenção da unidade da *decisão de mérito*. Ou seja, o referencial da indivisibilidade é focado apenas no objeto litigioso do processo.

Não há muita preocupação com a (des)necessidade de unidade no julgamento de questões processuais, que escapam, em geral, das preocupações na análise do litisconsórcio (e que não fazem parte do objeto litigioso do processo). Toda a legitimidade dos atos praticados é verificada apenas em relação ao direito material, ignorando que, dentro do feixe de relações processuais, há, também, situações processuais incidíveis, em que haverá, igualmente, um eventual litisconsórcio unitário de natureza processual dentro de um processo em que o direito material é cindível e o litisconsórcio é comum.

Barbosa Moreira demonstra certa preocupação no tema ao afirmar que, em certas hipóteses, o julgamento de um recurso necessariamente acabará por repercutir em “todas as partes igualmente: não só os litisconsortes, mas a totalidade dos litigantes”. O exemplo por ele trazido é o de agravo contra decisão que suspenda o processo por força maior que venha a ser provido, caso em que o processo retomará a sua marcha

⁵⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Litisconsórcio unitário... cit.* p. 213-214; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil... cit.* p. 386-387.

⁶⁰ No mesmo sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio... cit.* p. 158.

em relação a todos os participantes. Sustenta que “são hipóteses estranhas ao art. 509 (art. 1.005, CPC/2015): nelas, a repercussão sobre os não recorrentes independe de qualquer pressuposto especial”.⁶¹

Seria possível, especialmente no caso da esfera recursal, pensar em uma figura dinâmica do litisconsórcio, uma espécie de *litisconsórcio ad actum*, a partir da lógica da legitimidade *ad actum*, aqui baseada tanto no direito processual quanto no material, refletindo nos limites do efeito devolutivo recursal. O litisconsórcio deixa de estar conceituado tão apenas a partir do direito material, mas para significar “uma pluralidade de sujeitos em um polo de uma relação jurídica processual”⁶² de forma a estar mais condizente com a própria dinâmica do direito processual.

É possível que se repense um pouco a existência do litisconsórcio unitário a partir da noção de legitimação *ad actum*. Quando a doutrina aborda a existência de litisconsórcio unitário e comum, sempre parte da (in)cindibilidade do objeto litigioso do processo. Mesmo quando há análise do regime comum do litisconsórcio e as situações em que a conduta de uma afeta os demais, esse estudo é tratado como uma exceção ao regime processual comum do litisconsórcio.

Se a análise do regime comum e especial do litisconsórcio passar a ser analisada não a partir do objeto litigioso, mas a partir de cada postulação, não haverá necessidade de se discutir se o fato de determinado ato processual afetar o outro litisconsorte seria uma exceção ao regime do litisconsórcio comum. Nas situações em que o objeto *da postulação* é incindível, o litisconsórcio será unitário, nas demais, será comum. Note-se que essa deixa de ser uma análise apenas a partir do objeto litigioso do processo para ser uma análise a partir do objeto de cada uma das postulações.

Seguindo essa lógica, *o regime do recurso poderia ser analisado a partir do objeto litigioso recursal*. Imagine-se um caso de litisconsórcio passivo comum, envolvendo ação de responsabilidade civil em que os dois réus são responsabilizados e apenas um deles recorre da sentença sob o argumento de que há nulidade por indeferimento de prova pericial. Note-se que o objeto litigioso do processo é cindível, mas o objeto do recurso não, afinal, a prova, caso admitida, *pertence ao processo e não à parte que requereu a sua produção*. Produzida a prova, caberá ao juiz avaliá-la não apenas em relação a quem a requereu, mas em relação a todas as partes. Esse recurso deveria seguir o regime do litisconsórcio unitário, não do regime comum.

Note-se que, em tal caso, não se admitindo uma alteração no regime litisconsorcial, haveria a permissão de uma situação bastante prejudicial ao litisconsorte não recorrente. Em tese, tendo como causa de pedir *error in procedendo*, seria o caso de anulação da decisão do juízo *a quo* para que seja reaberta a fase probatória, o que, naturalmente, atingiria todas as partes. No entanto, com a permissão da utilização da teoria da causa madura (art. 1.013, §3º, CPC/2015), esse litisconsorte não seria beneficiado pela decisão pelo simples fato de que o próprio tribunal poderia produzir a prova.

⁶¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil...* cit. p. 386. O texto entre parênteses é nosso.

⁶² DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil...* cit. p. 509.

Semelhante lógica deve ser observada caso o objeto do recurso esteja voltado à anulação do processo, em face da constatação de vício insanável como a incompetência absoluta.⁶³ É inegável que, mesmo que o direito material discutido seja incindível, a questão processual não o é.

O art. 116 do CPC não pode ser inserido como uma espécie de óbice intransponível a tal interpretação. Veja-se o seu conteúdo: “O litisconsórcio será unitário quando, pela *natureza da relação jurídica*, o juiz tiver de decidir o *mérito* de modo uniforme para todos os litisconsortes”. Há de se perceber que a natureza da relação jurídica mencionada pelo texto normativo pode ter natureza processual e o mérito, que exige a decisão uniforme, pode ser o mérito do recurso, o qual *pode, ou não, coincidir com o mérito da causa*.⁶⁴ Afinal, a causa pode versar sobre anulação de casamento e o mérito do recurso estar relacionado com o problema da competência.

Note-se que a proposta aqui encampada não se confunde com a que permite a ampliação do objeto do art. 1.005 do CPC/2015 para além das hipóteses de litisconsórcio unitário, abrangendo hipóteses em que as teses de defesa são semelhantes. Tal proposta ignora a lógica recursal que é a de impugnação de capítulos da sentença e não propriamente da fundamentação. Imagine-se a seguinte situação: em ação de responsabilidade civil, os réus litisconsortes alegam culpa do autor e têm uma sentença desfavorável. O fato de um deles recorrer da sentença com base na culpa do autor não pode beneficiar o outro réu, eis que o objeto litigioso do processo é cindível e é admissível que as decisões sejam diversas para cada um dos réus.

A verdade é que a impugnação de um capítulo decisório, mesmo que a causa de pedir do recurso seja idêntica à tese da defesa do litisconsorte não pode gerar a ampliação do efeito devolutivo recursal para além do recorrente – salvo litisconsórcio unitário. A proposta é a de que a diferenciação entre o regime especial e o comum na esfera recursal tenha por objeto não apenas a incindibilidade do direito material, mas também das decisões processuais. Por exemplo, uma prova inadmitida, caso a decisão seja revertida, necessariamente influenciará na decisão relativa aos demais litisconsortes, mesmo que, no mérito do processo – não do recurso –, haja cindibilidade do objeto litigioso.

Como já se apontou no decorrer desse texto, o processo é formado por um feixe de relações jurídicas, muitas delas derivadas de fenômenos de natureza processual, não propriamente conexos com o direito material. E tais relações jurídicas processuais podem ser incindíveis, fazendo com que eventual postulação relativa a elas deva ser regida pelo litisconsórcio unitário, embora essa não seja a mesma situação do ponto de vista do direito material. Tal constatação permite que o regime do litisconsórcio possa se adequar melhor à própria natureza dinâmica do fenômeno processual.

⁶³ Com a mesma conclusão: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Breves notas sobre o litisconsórcio no novo Código de Processo Civil. *Revista Brasileira da Advocacia*. São Paulo: Ed. RT, out./dez. 2016. vol. 3. p. 205.

⁶⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis*. Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado da Guanabara. Rio de Janeiro, 1968. vol. 19. p. 110; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil... cit.* p. 267; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil... cit.* p. 159; JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis... cit.* p. 87.

4. Conclusão

O regime do litisconsórcio, por ter como base a (in)divisibilidade do objeto litigioso, tem naturalmente reflexos processuais. É imprescindível que o processo se adapte ao direito material e, no caso, em relação ao litisconsórcio unitário, passe a ser dirigido para que a decisão de mérito seja uniforme. Por outro lado, em tese, no litisconsórcio comum, deve prevalecer a autonomia dos litisconsortes em decorrência da divisibilidade do objeto litigioso.

No entanto, essa simples formulação traz algumas dificuldades, em decorrência da própria dinâmica processual. Nota-se que a problemática inicia na revelia, em que há certa comunicação entre os dois regimes, as dificuldades existentes na valoração probatória e, especialmente, na esfera recursal. Nesse último ponto, o próprio tratamento doutrinário dado ao litisconsórcio traz problemas, eis que excessivamente focado no direito material e alheio às diversas postulações de natureza processual e que são, também, indivisíveis. Passa, então, a ser necessária uma revisão do próprio conceito de litisconsórcio para a esfera recursal para que ele possa estar de acordo com a natureza dinâmica do processo, que abrange diversas postulações de origens diferentes e que podem ser divisíveis, ou não.

Referências

- ARAÚJO, Fábio de Caldas. *Curso de processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016. Tomo I.
- ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2016. vol. II. Tomo II.
- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. vol. I.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. III.
- _____. *A conexão de causas como pressuposto da reconvenção*. São Paulo: Saraiva, 1979.
- _____. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972.
- _____. *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis*. Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado da Guanabara. Rio de Janeiro, 1968. vol. 19.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Breves notas sobre o litisconsórcio no novo Código de Processo Civil. *Revista Brasileira da Advocacia*. São Paulo: Ed. RT, out./dez. 2016. vol. 3.
- CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo, legitimidade ad actum e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (Orgs.). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006.

CINTRA, Lia Carolina Batista. *Intervenção de terceiro por ordem do juiz: a intervenção iussu iudicis no processo civil*. São Paulo: RT, 2017.

CLERMONT, Kevin M. *Standards of decision in law*. Carolina do Norte: Carolina Academic Press, 2014.

COSTA, Guilherme Recena. Livre Convencimento e Standards de Prova. YARSHELL, Flávio Luiz; ZUFELATO, Camilo. (Orgs.). *40 Anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: Passado, Presente e Futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. vol. VII.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 19ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017. vol. 1. _____; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 14ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017. vol. 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017. Tomo III.

_____. *Litisconsórcio*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

EID, Elie Pierre. *Litisconsórcio unitário*. São Paulo: RT, 2016.

GIANESINI, Rita. *Da revelia no processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1977.

GUIMARÃES, Luiz Machado. Litisconsórcio e desapropriação. *Estudos de direito processual civil*. Rio de Janeiro/São Paulo: Jurídica e Universitária, 1969.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2015.

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Sistema recursal CPC 2015*. Salvador: Juspodivm, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Prova e convicção*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2015. Versão digital.

MESQUITA, José Ignacio Botelho de. Litisconsórcio unitário. Eficácia do reconhecimento do pedido por um só dos réus na ação de dissolução de sociedade. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: RT, 2005. vol. I.

NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2004.

NUNES, Jorge Amaury. Comentários ao art. 1005. NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). FREIRE, Alexandre (Coords.). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte. Comentários ao art. 1.005. ROQUE, Andre; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz. *Execução e recursos – comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Método, 2017.

- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Do litisconsórcio no processo civil*. Salvador, 1952.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti de. *Comentários ao código de processo civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- RODRIGUES, Marco Antonio. *Manual dos recursos, ação rescisória e reclamação*. São Paulo: Atlas, 2017.
- SICA, Heitor; BONICIO, Marcelo José Magalhães. Ensaio sobre os aspectos materiais e processuais do litisconsórcio unitário. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Orgs.). *O processo em perspectiva*. São Paulo: RT, 2013.
- SILVA, Ovídio Baptista da. *Comentários ao código de processo civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005. vol. I.
- SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 47ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Versão digital.