



José Rogério Tucci
advogado e professor da USP

litisconsorte necessário e nulidade da sentença

O litisconsórcio facultativo, que se caracteriza pela reunião de duas ou mais

pessoas no lado ativo e/ou no lado passivo da relação que se materializa no processo, tem a sua razão de ser na exigência de economia processual. A coexistência de sujeitos que aí se verifica é absolutamente voluntária e, em regra, concerne a relações jurídicas litigiosas que demandam tutela declaratória ou condenatória de natureza ressarcitória. Abstração feita de algumas raras exceções, nessa espécie de litisconsórcio, a regra do artigo 506 do Código de Processo Civil sempre prevalece. Aqueles que não figuraram como parte não são atingidos pela eficácia da sentença e muito menos pela imutabilidade do comando da decisão.

Há situações, pelo contrário, em que é a lei, *propter opportunitatem*, que impõe o litisconsórcio, sobretudo para preservar a harmonia de julgados e por isso resta “vedada” a legitimidade de um só sujeito para, isoladamente, demandar ou ser demandado. E existem ainda hipóteses nas quais, pela natureza da relação jurídica debatida, que geralmente reclama tutela constitutiva, é exigida a participação de mais de um réu ou mais de um autor no processo, ou seja, de todos que são titulares de um mesmo direito subjetivo ou ligados por um único vínculo jurídico, sendo a obrigatoriedade do litisconsórcio definida, não pelo direito processual, mas pelo direito material controvertido (*secundum tenorem rationis*). Nesses casos, sobrepondo-se à autonomia da vontade dos litigantes, o litisconsórcio desponta necessário (artigo 114 do Código de Processo Civil).

A respeito desse tema, é difundida a doutrina de Enrico Allorio (*La cosa giudicata rispetto ai terzi*, página 282), no sentido de aproximar o instituto do litisconsórcio necessário (especialmente o unitário), ao fenômeno da ampliação subjetiva da coisa julgada, visto que a finalidade de ambos é uma só: a obtenção de um julgado uniforme para relações jurídicas estritamente conexas. São, assim, de natureza prática as exigências para cujo atendimento a criatividade do legislador instituiu o duplo expediente da unitariedade do litisconsórcio, com o seu peculiar regramento, e da expansão da *res iudicata*.

Se o litisconsórcio for necessário, seja por força da lei, seja pela natureza incindível da relação jurídica, toda vez que o processo não for integrado pela totalidade dos sujeitos da relação de direito material



litigiosa haverá ilegitimidade de parte.

Verifica-se, destarte, que, no plano da *praxis*, inúmeros problemas derivam dessa situação marcada pela patologia.

Em primeiro lugar, admitindo-se a existência de litisconsorte ativo necessário, a ausência do co-legitimado no pólo ativo gera a extinção do processo sem julgamento de mérito, por falta de pressuposto processual de constituição válida do processo (artigo 485, inciso IV, do Código de Processo Civil). O defeito nesse caso concerne à falta de capacidade processual ativa.

Sendo hipótese de litisconsórcio passivo necessário, a teor do disposto no parágrafo único do artigo 115 do Código de Processo Civil, não sanado o defeito que contamina o processo no prazo determinado, porque não providenciada a citação de todos os litisconsortes, o processo será extinto por carência da ação, pela flagrante ilegitimidade passiva. Como bem destacou Ovídio Baptista da Silva (*Comentários ao Código de Processo Civil*, volume 1, página 214), a incompleta formação do litisconsórcio necessário e unitário constitui uma questão de *legitimatío ad causam*, sob a consideração de que, sendo única a relação litigiosa, a presença de todos os seus protagonistas é condição prévia para que se possa sobre ela controverter, pela simples razão de que a lide é igualmente uma e única.

No entanto, se apenas no momento da sentença vem detectado o vício, nada impede que o julgamento seja de improcedência, superando-se, assim, a falta de condição de admissibilidade da ação e a nulidade daí originada, até porque o resultado do processo favorece o terceiro cuja presença era obrigatória. A ausência deste do processo me parece irrelevante, visto que alcançado o resultado pretendido pela parte que foi demandada isoladamente.

Considere-se, por outro lado, que se a sentença for de procedência do pedido, impõe-se, em qualquer hipótese, a anulação do processo, determinando-se, com apoio na regra do mencionado parágrafo único do artigo 115, a integração do litisconsorte necessário preterido. Esse é também o posicionamento que prevalece na nossa jurisprudência.

Todavia, se a sentença transitar em julgado, duas situações devem ser sobrelevadas.

Se o litisconsórcio necessário decorrer de disposição legal e for simples ou comum quanto ao resultado, haverá nulidade da sentença, que restará sanada com o trânsito em julgado. O litisconsorte preterido não suportará a imutabilidade da decisão (conforme Dinamarco, *Litisconsórcio*, 7ª edição, página 308).

Tratando-se, por outro lado, de litisconsórcio necessário legal, cuja relação jurídica seja incindível (artigo 73, parágrafo 1º, inciso I, do Código de Processo Civil), ou, em especial, de litisconsórcio necessário unitário, o julgamento é, em princípio, ineficaz, ou seja, na clássica acepção de Chiovenda, *inutiliter datus* para todos, inclusive para aqueles que figuraram no processo. Por exemplo: não é possível conceber que a sentença anulatória do casamento desconstitua o vínculo em relação ao cônjuge que participou do processo e mantenha o matrimônio em relação ao outro que deixou de ser validamente citado...

A doutrina, de um modo geral, sustenta que a ineficácia, pela preterição do litisconsorte necessário, é



absoluta. Sintetizando a moderna e predominante orientação sobre o ponto focado, Giovanni Fabbrini (*Litisconsorzio, Enciclopedia del diritto*, 14, 1974, página 827) explica que a privação de efeitos aí verificada é consequência direta da violação da garantia do contraditório (“*contraddittorio non integro*”).

Em outras palavras, a afronta ao direito de defesa daquele que não foi citado tem como antídoto a ineficácia da sentença proferida contra o seu interesse.

Interpretando corretamente o artigo 114 do Código de Processo Civil, ao examinar um caso de falta de citação de litisconsorte necessário no âmbito de ação real imobiliária, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no recente julgamento do Recurso Especial 1.677.930-DF, da relatoria do ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, assentou que:

“A controvérsia gira em torno das seguintes questões: (i) necessidade de a esposa do recorrido integrar o polo ativo da ação; (ii) ocorrência de cerceamento de defesa por não ter sido deferida a produção de prova testemunhal; (iii) cabimento da ação declaratória de nulidade de sentença para desconstituir julgado em que não houve a intimação de litisconsorte passivo necessário; (iv) verificação da exigência de formação de litisconsórcio passivo necessário nas ações originárias(...)

O objeto da ação declaratória de nulidade, também denominada querela nullitatis, é declarar a inexistência de uma sentença proferida em processo no qual não estejam presentes os pressupostos processuais de existência. Sob esse aspecto não se pode falar em lide que versa sobre direitos reais imobiliários para fins de formação do litisconsórcio ativo necessário a que alude o artigo 10 do CPC/1973 [atual artigo 73], ainda que o processo em que proferida a sentença tida por inexistente tenha essa natureza.

Se o provimento da demanda principal depende da prévia declaração de nulidade de registro público de compra e venda de imóvel, é imprescindível a citação do proprietário que consta na matrícula, pois terá sua esfera jurídica diretamente atingida pela sentença. Trata-se de hipótese de litisconsórcio passivo necessário.

Nos termos da jurisprudência desta Corte, a *querela nullitatis* é instrumento hábil para debater a falta de citação de litisconsorte necessário em demanda transitada em julgado”.

Parece claro que a mens legis que norteou a redação da supra referida regra legal, secundando a mesma diretriz traçada pelo velho Código, é direcionada a uma dupla finalidade: de um lado, garantir ao autor da demanda que estejam presentes no processo todos aqueles sujeitos aos quais a sentença deve ser oponível e, com isso, assegurar a utilidade desta; e, de outro, preservar a homogeneidade da situação de direito material, evitando, dessa forma, qualquer prejuízo àqueles que deveriam ser, mas não foram parte no processo. O *risco de efetivo* ou *potencial prejuízo* à posição jurídica do litigante ausente constitui o substrato implícito da lei processual.

Date Created

07/11/2017