



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

JOSÉ CARLOS GOMES DA COSTA

**OS LIMITES DA DISTINÇÃO DOS LITISCONSORTES EM RELAÇÃO
À PARTE ADVERSA**

**SOUSA - PB
2004**

JOSÉ CARLOS GOMES DA COSTA

**OS LIMITES DA DISTINÇÃO DOS LITISCONSORTES EM RELAÇÃO
À PARTE ADVERSA**

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Me. Manoel Pereira de Alencar.

**SOUSA - PB
2004**

JOSÉ CARLOS GOMES DA COSTA

**OS LIMITES DA DISTINÇÃO DOS LITSCONSORTES EM RELAÇÃO À
PARTE ADVERSA**

BANCA EXAMINADORA

**Prof. Manoel Pereira de Alencar
(Orientador)**

Prof.(a) Examinador(a)

Prof.(a) Examinador(a)

Dedico esta obra à minha mãe, Elizabete da Costa Batista, ao meu pai Heleno Gomes de Sousa ao meu irmão Jean Márcio Gomes da Costa e a todos aqueles que me apoiaram e incentivaram no transcorrer deste curso.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, por ter me dado a graça de estar vivo e oportunidade de ingressar e concluir o curso de Direito.

A minha mãe, Elizabete da Costa Batista e ao meu pai Heleno Gomes de Sousa, que não mediram esforços quando mais necessitei de apoio e incentivo para enfrentar as dificuldades adversas pelas quais passei nesta jornada acadêmica.

Ao orientador, Prof. Manoel Pereira de Alencar, e ao co-orientador Admilson Leite de Almeida Júnior pela colaboração que deram na elaboração desta obra.

Ao colega e amigo Laerte Cavalcante Moura Sobrinho, sem a ajuda do qual não teria concluído este trabalho.

Ao Prof. Ms. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira, coordenador do curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande.

“Teu dever é lutar pelo direito; porém quando encontrares o direito em conflito com a justiça, lute pela justiça”.

(Eduardo Couture).

RESUMO

O litisconsócio é o instituto de processo civil em que mais de uma pessoa figura como parte na relação processual seja no polo ativo, seja no polo passivo. O referido instituto é norteado por vários princípios processuais como o da economia processual, do contraditório, da isonomia processual entre outros. E dentre as inúmeras características e fundamentos deste instituto jurídico destacamos uma, que se refere autonomia dos litisconsortes em relação ao co-litigante. Esta disposição é trazida no caput do artigo 48 do Código de Processo Civil que afirma, salvo disposição em contrário, os litisconsortes serão considerados em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos; os atos e as omissões de um não prejudicarão nem beneficiarão os outros. No entanto ao analisarmos sua aplicabilidade e sua relação com o direito material chegaremos logo a um questionamento: quais os limites da aplicação da referida disposição? Afinal se analisarmos sistematicamente o dispositivo do artigo 48, veremos que é possível a existência de uma série de atos processuais, praticados por um litisconsorte, que podem atingir positiva ou negativamente o outro colitigante, a exemplo do levantamento de provas pelas partes. Estes atos não podem ser ignorados, pois, são norteados por outros princípios, tão relevantes a efetivação da justiça quanto os que fundamentam a disposição do artigo 48. Não obstante, não é difícil a compreensão de que a resposta, deve ser no sentido da possibilidade de existência de prejuízo ou benefício, por ser esta a melhor solução para o confronto de princípios que se trava no tema. Assim, não se deve perder de vista que a pergunta principal sobre o tema, não é quais atos intervirão realmente na atividade processual do co-litigante, nem se esta interferência é positiva ou negativa, mas sim, se a norma é ou não absoluta. Esta é pois, a maior razão do entendimento da existência de limitação da autonomia litisconsorcial, afinal, a relativização do dispositivo é o único campo, onde podem coexistir os princípios confrontantes.

Palavras-chaves: Litisconsócio; Distinção; Autonomia Litisconsorcial; Relativa.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO 1 – SOCIEDADE, CONFLITO E JURISDIÇÃO.....	12
1.1. Histórico.....	12
CAPÍTULO 2 – DO LITISCONSÓRCIO.....	16
2.1. Conceito.....	17
2.2. Razões do litisconsórcio.....	17
2.3. Pluralidade da relação processual e processo.....	18
2.4. Observações importantes sobre o litisconsórcio.....	18
2.5. Classificação do litisconsórcio.....	19
2.5.1. Quanto à posição processual.....	19
2.5.2. Quanto à obrigatoriedade.....	20
2.5.3. Quanto ao momento em que se estabelece	24
2.5.4. Quanto à sentença proferida.....	25
2.5.5. Outras classificações.....	25
2.6. Distinção entre litisconsórcio e assistência.....	26
CAPÍTULO 3 – PRINCÍPIOS RELATIVOS AO LITISCONSÓRCIO.....	28
3.1. Princípio do devido processo legal.....	29
3.1.1. O devido processo legal na Constituição Federal.....	29
3.2. Princípio da economia processual.....	32

3.3. Princípio da isonomia.....	35
3.3.1. Igualdade das partes na Constituição Federal.....	35
3.4. Princípio do contraditório e a ampla defesa.....	39
3.4.1. O contraditório e a ampla defesa na Constituição Federal.....	39
CAPÍTULO 4 – A APLICAÇÃO DA AUTONOMIA DOS COLITIGANTES EM FACE DE OUTROS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	43
4.1. Princípio da aquisição processual.....	44
4.2. Princípio da apreciação racional das provas	46
4.3. Da exceção.....	47
4.3.1. Princípio da motivação das decisões.....	49
4.4 Da relativização da regra do art. 48 do CPC.....	51
CONCLUSÕES.....	53
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	56

INTRODUÇÃO

O instituto processual civil do litisconsórcio é o meio pelo qual, duas ou mais pessoas podem participar no mesmo pólo, seja ativo ou passivo, de uma relação processual.

O instituto tem a finalidade básica de promover a economia e por conseguinte a celeridade processual e tem como um de seus fundamentos a distinção dos litisconsortes em relação à parte adversa. Não podendo um deles (litisconsortes) ser prejudicado ou beneficiado pelas ações ou omissões do outro, apesar de estarem juntos no mesmo pólo processual.

Esta disposição acima citada é prevista no artigo 48 do Código de Processo Civil e a sua aplicação, bem como os limites de interpretação desta norma, é merecedora de questionamentos e alguns comentários, os quais, humildemente tentaremos levantá-los e tecê-los, respectivamente, na obra que se segue. Isto, embora sabendo os riscos do insucesso que acompanham tão árdua missão.

O trabalho que se segue tem como seus objetivos gerais, esclarecer eventuais dúvidas que possam surgir em relação a aplicação e limitações do instituto do litisconsórcio no processo civil e como objetivos específicos nortear aplicadores do direito no uso do instituto, evitando o mal uso do mesmo e consequentes injunções.

Para tanto, fazemos uso dos métodos: hipotético-dedutivo e dialético, através do levantamento de hipóteses que serão contrapostas para a obtenção de uma síntese, pretensiosamente, definitiva.

Quanto à pesquisa, é ela basicamente teórica, pois irá ater-se a um vasto arsenal bibliográfico, e prescritiva, já que propõe a prescrição de soluções para a interpretação da extensão de uma característica de um dispositivo processual.

A enorme aplicabilidade prática que tem o instituto do litisconsórcio, bem como as conseqüências desastrosas que interpretações equivocadas sobre o tema, sua aplicação e limitação podem trazer para o dia-a dia forense, justificam por si só um estudo um pouco mais minucioso sobre o assunto.

Não obstante, é de grande relevância também para o enriquecimento da ciência jurídica, em especial o processo civil, que só tem a ganhar força com a discussão.

Para tanto, tentaremos trazer uma considerável gama de informações, não só sobre o tema, mas também sobre o mundo jurídico que o rodeia e que com ele mantém estreita relação, não prescindindo menção aos mesmos.

Começaremos trazendo uma breve narrativa histórica sobre a sociedade, seus conflitos e a Jurisdição, sendo que, nesta última, dando ênfase ao litígio. Campo em que se encontra nosso tema.

Em seguida, dedicaremos um capítulo ao instituto do litisconsórcio para que, a partir deste conhecimento, possamos elaborar os devidos questionamentos referentes à que se propõe o presente trabalho.

Antes da problemática, no entanto, falaremos sobre os princípios que norteiam o litisconsórcio, por entendermos de fundamental importância o uso deste expediente para a melhor compreensão do escopo teleológico do objeto de estudo.

De posse das informações referidas, levantaremos os questionamentos necessários e, na medida do possível, suas respectivas conclusões.

Por fim, explanaremos sucintamente no último capítulo, sobre a questão levantada, enfatizando argumentativa e fundamentadamente sobre nosso posicionamento em relação à problemática, a fim de evitar-se mal entendidos sobre o tema.

CAPÍTULO 1

SOCIEDADE, CONFLITO E JURISDIÇÃO

1.1. Histórico

Teorias sobre a Origem do Estado (teoria da origem familiar, teoria da origem patrimonial, teoria da força) em estudos ou análises de autores como Jean Jacques Rousseau, Karl Marx, Friedrich Engels, Thomas Hobbes, Hans Kelsen, Darcy Azambuja, Sahid Maluf, ainda que tracejem por caminhos, idéias e concepções distintas sobre as relações humanas - o Estado como ampliação da família patriarcal ou matriarcal, Estado como dominação ou, ainda, como proteção da propriedade privada e regulamentação de relações patrimoniais – não dissociam a umbilical relação entre Sociedade e Direito.

Este binômio surgido em agrupamentos sociais simples – baseados na mútua cooperação entre seus membros comprometidos com o bem comum – que ganharam em complexidade na mesma proporção de seus avanços técnicos, científicos, culturais, econômicos e, não se podendo esquecer, políticos, visa, não obstante a variedade dos fins do Direito, a viabilidade deste convívio, mediante uma relativa paz social.

Na busca dessa paz encontramos os mecanismos de controle social, como a religião, a moral, as regras de trato social e o próprio Direito, que têm dependência

direta com a etapa do pensamento sociológico que permeie determinada comunidade¹.

Na Idade Média Européia, por exemplo, o cristianismo traçou regras de conduta que deveriam ser obedecidas, por ser este dominante na época. Durante a Renascença surgiram obras que propunham normas entrosadas com a política e a economia. No séc. XVIII apareceram obras de grande valor no campo da política, economia e sociologia.

Portanto, percebe-se que houve sempre uma tentativa, com relação aos estudos sociológicos, de se analisar as modificações que ocorreram na sociedade, seus conflitos e conseqüências. Muitas teorias surgiram para que se tivesse uma visão mais objetiva da sociedade, de sua formação, de sua estrutura, mas, esta sofre mutações todos os dias.

Desta forma, com essa constante modificação da estrutura social e conseqüente mudança no seio comportamental da sociedade, a paz social encontra-se comprometida, relativizada pela impossibilidade dos meios de controle acompanharem o ritmo desse processo.

Analisando por esta óptica, tem-se toda uma evolução dos meios utilizados para o alcance da paz social, passando, obrigatoriamente, pela pacificação dos conflitos que emanam do corpo social, sendo esta (a pacificação) a função primordial do Direito.

A simples existência do direito regulador não é suficiente para evitar ou prevenir os conflitos que podem surgir entre as pessoas que compõem a sociedade. E, sendo a insatisfação de uma pessoa um fator anti-social (situações de incerteza,

¹ As relações humanas no período helênico eram vistas ou como preceitos religiosos ou como teorias do direito. Por exemplo, pensadores helênicos como Platão, que escreveu "A República", e Aristóteles, que escreveu "A Política", foram os primeiros a sistematizar e a encarar os problemas sociais separadamente da religião, porém, ligando-os à política e à economia. Santo Agostinho, que teve como obra "A cidade de Deus", apresentou idéias e análises básicas para as modernas concepções jurídicas e até sociológicas.

angústia, tensão individual e social), exige-se do Direito os mecanismos aptos a dirimir tal tensão.

Os conflitos podem ser caracterizados por situações em que uma pessoa, pretendendo para si determinado bem da vida, não pode obtê-lo, seja porque aquele que poderia satisfazer sua pretensão não a satisfaz, ou por o próprio Direito proibir a satisfação voluntária da pretensão.

Historicamente, nem sempre foi possível valer-se das normas jurídicas para a solução dos conflitos, ou pela inexistência das regras de direito ou pela falta de um ente capaz de satisfazer pretensões e garantir o direito, impondo-o acima das vontades dos particulares.

No evoluir histórico, ainda que não se tenha dado de forma linear, saindo da vingança privada, da composição de interesses pela autotutela (caracterizados pelo desforço próprio, ausência de juiz distinto das partes e imposição da decisão por uma das partes à outra), passando pela autocomposição (sob as formas da desistência, submissão ou transação), pelas arbitragens facultativas e, posteriormente, obrigatória, chegamos à jurisdição.

Assumindo o poder-dever de dizer o Direito, através da atividade jurisdicional, o Estado sepulta a justiça privada. Com esse monopólio, o único meio alternativo à resolução de um conflito de interesses por autocomposição passa a ser o processo.

Desta forma, aqueles que pretenderem ver realizados seus interesses legais, terão que deduzir em juízo tal pretensão. Do confronto dos interesses, da resistência da pretensão de uma parte por outra, surge o que chamamos de lide.

Nos dizeres do professor Humberto Theodoro Júnior (1999, p. 35): “Há *litígio* quando o conflito surgido na disputa em torno do mesmo bem não encontra uma solução voluntária ou espontânea entre os diversos concorrentes.”

O litígio abarcado pelo Estado Juiz, como se pode depreender, passa a ser composto por partes ou sujeitos principais: o autor, o réu e o próprio Estado, personificado na figura do magistrado.

Do vínculo jurídico criado pelas partes entre si e entre estas e o processo, não obstante a diversa gama de situações originadas pelas relações entre os sujeitos e a Lei processual brasileira, uma é a merecedora das linhas que se seguem neste texto, qual seja, a relação litisconsorcial, mais especificamente, os limites da distinção dos litisconsortes em relação à parte adversa.

CAPÍTULO 2

DO LITISCONSÓRCIO

Como se viu no capítulo anterior os conflitos de interesses que emergem no seio da sociedade são chamados de litígios, os quais devem ser solucionados pelo estado juiz.

Este litígio percorre um caminho que recebe o nome de processo e que se inicia com a ação do autor e a respectiva citação do réu e tem seu desfecho com a sentença, onde o juiz irá aplicar o direito ao caso concreto.

Observa-se assim, que o processo é composto pela tríade, juiz, autor e réu, sendo que estes dois últimos são chamados de partes.

Não se pode conceber um processo sem existência de partes. Vale lembrar que parte não é uma pessoa, mas um papel desempenhado por uma ou mais pessoas. Autor, quem pede, e réu, contra quem se pede prestação jurisdicional do Estado, são papéis que podem ser desempenhados por uma ou mais pessoas. Portanto, a existência das partes é constante em um processo.

Pode acontecer, porém, de existirem várias pessoas atuando como autor e/ou como réu. Tal evento de pluralidade de pessoas, tanto como autor e/ou como réu é o que se define como Litisconsórcio. Então, diz-se que Litisconsórcio é a reunião de várias pessoas nas mesmas condições, mas com interesse individualizado, por economia processual ou por maior facilidade de litigar, por exemplo.

Para concluir esta parte inicial, basta dizer que sempre que houver várias pessoas atuando como autor e/ou várias pessoas atuando como réu, simultaneamente em um mesmo processo, haverá Litisconsórcio, que podem ser

classificados em ativo ou passivo, facultativo ou necessário. E que seu regime jurisdicional pode ser simples ou unitário.

2.1. Conceito

É a reunião de vários interessados num mesmo processo, na qualidade de autores e/ou de réus, para a defesa de interesses comuns. O litisconsórcio não se confunde, evidentemente, com a cumulação de ações, pois se refere a pessoas que integram uma das partes no pleito.

Os diversos litigantes, que se colocam do mesmo lado da relação processual, chamam-se de litisconsortes.

2.2. Razões do Litisconsórcio

O fundamento de admissão de pluralidade de pessoas atuando como autor e/ou como réu é o vínculo existente entre as situações das diversas pessoas, a exigir a simultaneidade do processo, para evitar contradição entre as decisões judiciais e obter maior economia no desenvolvimento da atividade processual. Só a Lei dirá a possibilidade de haver litisconsórcio.

2.3. Pluralidade da Relação Processual e Processo

O processo pode conter mais de uma relação processual. Podem-se formar várias relações processuais, com sujeitos diversos, caminhando em unidade procedimental, até uma decisão final, que deve ser una.

“Art. 46, caput. Duas ou mais pessoas podem, litigar no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente...”

No litisconsórcio, várias relações processuais são estabelecidas. O objeto do pedido pode até ser o mesmo. A identidade, porém, fica restrita ao objeto material do pedido, não havendo diferença fora dessa identidade. As várias relações existem entre os litisconsortes e a(s) outra(s) parte(s).

2.4. Observações importantes sobre Litisconsórcio

O litisconsórcio não se confunde com a cumulação de ações, pois se refere a pessoas que integram uma das partes no pleito.

Também não se confundem com litisconsortes os componentes de pessoas jurídicas ou de massas coletivas, como por exemplo, a herança. A parte no caso é simples, o espólio.

No caso de chamamento ao processo (que é o incidente pelo qual o devedor demandado chama para integrar o mesmo processo os coobrigados pela dívida para fazê-los também responsáveis pelo resultado do feito) pode ocorrer litisconsórcio

passivo entre o promovente do chamamento e o chamado, diante da posição processual ativa daquele que instaurou o processo primitivo.

2.5. Classificação do Litisconsórcio

2.5.1. Quanto à posição processual

a) Litisconsórcio Ativo

Será ativo quando os litisconsortes forem autores.

b) Litisconsórcio Passivo

Será passivo quando forem réus os litisconsortes.

c) Litisconsórcio Misto

Será misto ou recíproco, quando há pluralidade de autores e réus. Mas deve-se salientar que essa pluralidade de partes deve ocorrer no mesmo processo.

2.5.2. Quanto à obrigatoriedade

a) Litisconsórcio Facultativo

O litisconsórcio será facultativo quando a sua formação depender do mútuo consentimento das pessoas que formarão uma das partes. Depende exclusivamente da vontade das pessoas. Todas podem participar da lide em conjunto ou separadamente ou não litigar se quiser.

Os casos de litisconsórcio facultativo estão enumerados no art. 46 do Código de Processo Civil, não se admitindo hipóteses que ali não estejam expressas.

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

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

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

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

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

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

O primeiro caso de litisconsórcio facultativo (art. 46, I) se verifica quando, sem obrigatoriedade na formação do litisconsórcio, ocorrer comunhão de direitos ou obrigações referentes à lide. Exs.: reparação de danos em acidente sofrido por diversas pessoas (acidente comunitário), ao mesmo tempo, e com grau de gravidade diverso (litisconsórcio facultativo ativo); o autor pode demandar mais de um ou a

todos os devedores solidários, forçando a formação do litisconsórcio passivo, devido à comunhão de obrigações.

No segundo caso (art. 46, II), as causas do litisconsórcio são estabelecidas pela unidade do fundamento de fato ou de direito que a ação tem por objeto, englobando pluralidade de interesses com direitos e obrigações interdependentes. O fato pode ser o mesmo, mas diverso o fundamento de direito. Ex: alguém usa inseticida, causando danos ao vizinho, mas também infringindo cláusula contratual em relação à locação existente. Mesmo fato, mas fundamentos jurídicos diversos.

No inciso III, a formação do litisconsórcio pode se dar quando ocorrer conexão pelo objeto ou pela causa de pedir. O objeto, no caso, é sempre o mediato, ou seja, o bem sobre o qual a providência jurisdicional incidirá. Ex: quando o credor aciona o devedor principal e o fiador, ou executa devedor e avalista. A causa de pedir, *causa petendi*, é fundamento jurídico da ação, o fato constitutivo deduzido pelo autor em relação ao réu ou vice-versa. Se esses fatos constitutivos entre si são conexos, devem ser demandados unicamente, por imposição do princípio da economia processual. Ex: quando várias pessoas beneficiadas pleitearem, cada qual, mas em conjunto, a quota respectiva que lhes cabe em contrato de seguro, quando ocorre o fato jurídico que legitima as pretensões.

Já no inciso IV, a afinidade é a qualidade daquilo que é afim, uma das formas da conexão. Tem, porém, um sentido mais restrito, não se referindo ao amplo conceito da causa de pedir, mas a um ou diversos pontos em que estejam interessados duas ou mais pessoas, que, por isso, se reúnem como litisconsortes.

A lei no. 8.952, de 13/12/1995 tornou implícito o litisconsórcio facultativo onde ao juiz é conferido o poder de controlar a formação e o volume do litisconsórcio facultativo.

Considera-se a possibilidade de impugnação do litisconsórcio, provando o réu prejuízo à defesa, quando, então o juiz, fundamentado no art. 125, I, CPC, poderá atendê-la. Isto pode ocorrer nos casos de conexão e, com muito maior razão, nas hipóteses dos incisos II e IV do art. 46 CPC.

Isto será feito através da limitação do número de litigantes sempre que a rápida solução do litígio ou a defesa do réu estiverem sendo prejudicadas. Isto ocorre para assegurar o direito de igualdade de tratamento às partes.

“Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo – lhe:

I – assegurar às partes igualdade de tratamento;”

Limitar litisconsórcio não significa extinguir o processo com relação a alguns e determinar o prosseguimento com relação a outros, mas apenas desmembrar os efeitos, de forma que um ou alguns dos processos cumulados possam correr separadamente ou em conjunto com outros também desmembrados.

A limitação do litisconsórcio facultativo, quando conveniente, é também faculdade do juiz, que poderá fazê-la de ofício.

b) Litisconsórcio Necessário

Há litisconsórcio necessário quando por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme pelas partes. Com este conceito, verificamos que o litisconsórcio necessário confunde-se com o unitário.

Devemos salientar que o litisconsórcio unitário nem sempre é necessário. O prof. Humberto Theodoro Júnior nos dá como exemplo os casos em que os

condôminos reivindicam a coisa comum de credores solidários frente à cobrança de dívida única. Agindo em conjunto, ou separadamente, o resultado será uniforme para todos os interessados, mas o litisconsórcio não é obrigatório.

No nosso código, o litisconsórcio ativo necessário é sempre fruto de exigência de lei, e no caso de litisconsórcio passivo, é aplicada a segunda parte do art. 47 (necessidade de decisão uniforme para todas as partes).

Se mesmo não tendo sido requerida a citação de todos os litisconsortes necessários o processo tiver curso até sentença final, esta não terá efeitos nem para os que participaram nem para os que não participaram do processo. Mas, o juiz pode evitar que o processo se desenvolva inutilmente. Por isso, quando isso acontecer o juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo (o chamamento a juízo é condição da regularidade subjetiva do processo).

Existem duas correntes a respeito da citação dos litisconsortes necessários, uma que defende sua possibilidade tanto em relação a sujeitos ativos quanto passivos e outra que só admite perante litisconsortes passivos. Esta é a mais aceita, já que o direito é avesso a constranger alguém a demandar como autor.

Em síntese, ocorre quando a lei o determinar expressamente (podendo ser ativo ou passivo), ou quando frente a vários interessados, pela natureza da relação jurídica, a lide tiver de ser decidida de forma uniforme para todas as partes (só ocorre com o litisconsórcio passivo).

De acordo com o Código de Processo Civil:

“Art. 47. Há litisconsórcio necessário, quando por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo”.

2.5.3. Quanto ao momento em que se estabelece

a) Litisconsórcio Inicial

Diz-se inicial quando ele já nasce com a propositura da ação, quando vários são os autores que a intentam ou os réus convocados pela citação inicial. É também inicial o litisconsórcio que decorre de ordem dada pelo juiz, para que sejam citados os litisconsortes necessários não arrolados pelo autor na petição inicial (artigo 47, parágrafo único).

Art. 47 [...].

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

b) Litisconsórcio Incidental

É incidental o Litisconsórcio que surge ao decorrer do processo em razão de fato posterior à propositura da ação.

2.5.4. Quanto à sentença proferida

a) Litisconsórcio Unitário

Quando a sentença for uniforme para todas as partes, ou seja, litisconsórcio unitário é aquele em que o juiz tem de decidir a questão de modo igual para todos os

autores e todos os réus, não podendo ser a sentença procedente para uns e improcedente para outros. Ex: anulação de partilha - a sentença atinge a todos os litisconsortes na mesma proporção.

b) Litisconsórcio Simples

Quando a sentença for diferente para cada litisconsorte. Ex.: o acidente comunitário, quando cada litisconsorte sofre uma gravidade de dano - a sentença atinge a cada um de acordo com o dano sofrido.

2.5.5. Outras classificações

a) Litisconsórcio Facultativo Unitário

O litisconsórcio unitário pode ser também facultativo. Como exemplo podemos citar a sucessão, ou seja, feito testamento em favor de A, ficaram excluídos da sucessão legítima B e C. B e C litisconsorciados, podem pleitear a nulidade do testamento e, assim o fazendo, a sentença que profira com relação a eles terá de ser uniforme. Mas a formação do litisconsórcio não é obrigatória, pois tanto B como C poderão sozinhos, pleitear a nulidade. O litisconsórcio é unitário, mas facultativo.

b) Litisconsórcio Necessário Simples

Como exemplo de litisconsórcio necessário simples, temos o caso do procedimento de usucapião, onde a lei exige a citação daquele em nome de quem está o imóvel, dos confrontantes e dos eventuais interessados. O litisconsórcio é necessário simples, pois a decisão não precisa ser a mesma para todos. Havendo defesa, por exemplo, o juiz pode acolher a de um e desacolher a de outro, proferindo decisão heterogênea. Se alguns dos litisconsortes não foram citados, a sentença é eficaz, pois não produz nenhum efeito ilógico e contraditório. Apenas os que não foram citados não ficam sujeitos à "definitividade" da decisão, à coisa julgada, podendo discutir novamente a questão.

c) Litisconsórcio Necessário Unitário

Se o litisconsórcio necessário e unitário não se formar e a sentença for de improcedência, não é ela eficaz.

2.6 Distinção entre Litisconsórcio e Assistência

O litisconsórcio distingue-se da assistência, enquanto que, os litisconsortes são considerados partes, com poderes de iniciativa, o assistente atua como mero auxiliar da parte principal, salvo se a assistência se reveste em litisconsórcio,

surgindo então a assistência litisconsorcial, ocorrendo toda vez que a sentença houver de influir na relação jurídica entre o assistente e o adversário do assistido.

CAPÍTULO 3

PRINCÍPIOS RELATIVOS AO LITISCONSÓRCIO

Os *princípios* constituem-se em fontes basilares para qualquer ramo do direito, influenciando tanto em sua formação como em sua aplicação. Em relação ao Direito do Processual Civil não poderia ser diferente, já que os princípios estão presentes naqueles dois instantes, em sua formação e na aplicação de suas normas.

Toda forma de conhecimento filosófico ou científico implica na existência de *princípios*.

Diante disso, através das peculiaridades dos princípios inerentes a cada ramo do direito e da importância de sua influência, é que se torna extremamente necessário o estudo de tais princípios.

A fim de desenvolver um estudo mais completo, é necessário averiguar qual o significado do vocábulo *princípios* dentro do ordenamento jurídico.

Para Miguel Reale (1991, p. 300) os princípios são “certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber”.

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos

princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Resta assim, revelada a gigantesca importância de um princípio no sistema jurídico, de maneira que, insofismavelmente, pode-se concluir que, ao se ferir uma norma, diretamente estar-se-á ferindo um princípio daquele sistema, que na sua essência estava embutido.

Portanto, conclui-se, das definições trazidas acima, que os princípios são os pontos básicos e que servem de base para a elaboração e aplicação do direito.

Depois de verificada a importância dos *princípios* dentro do ordenamento jurídico, passa-se doravante a analisar os princípios constitucionais de processo civil inseridos na Constituição Federal.

3.1. Princípio do devido processo legal

3.1.1. O devido processo legal na Constituição Federal

O *princípio do devido processo legal* encontra-se expressamente consagrado na Constituição Federal, insculpido no artigo 5º, inciso LIV, com a seguinte redação:

“ Art. 5º [...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; ”

Uma grande parte da doutrina entende que os demais princípios processuais constitucionais atinentes ao processo civil possuem a sua gênese no *princípio do devido processo legal*.

Derivam do devido processo legal outros princípios tais o da isonomia, do juiz natural, da inafastabilidade da jurisdição, do contraditório, da proibição da prova ilícita, da publicidade dos atos processuais, do duplo grau de jurisdição e da motivação das decisões judiciais.

Dentre os autores que admitem a tese apresentada, pode-se indicar Nelson Nery Júnior (1996, p. 29) em sua obra *Princípios de processo civil na Constituição Federal*, pois, entende, que bastando a adoção do devido processo legal, já decorrerão todos os outros que ensejam a garantia de um processo e de uma sentença justa.

Passa-se, portanto, a analisar os aspectos atinentes ao *princípio do devido processo legal*.

O princípio do devido processo legal pode ser encontrado sob outras definições, tais como o *princípio do processo justo* ou *princípio da inviolabilidade da defesa em juízo*.

Não basta que o membro da coletividade tenha direito ao processo, tornando-se, pelo contrário, inafastável também a absoluta regularidade deste, com a verificação de todos os corolários daquele, para o atingimento da referida meta colimada.

O princípio do devido processo legal está inserido no contexto, mais amplo, das garantias constitucionais do processo, e que somente mediante a existência de normas processuais, justas, que proporcionem a justeza do próprio processo, é que se conseguirá a manutenção de uma sociedade sob o império do Direito.

O devido processo legal é uma garantia do cidadão, constitucionalmente prevista em benefício de todos os cidadãos, assegurando tanto o exercício do direito de acesso ao Poder Judiciário, como o desenvolvimento processual de acordo com normas previamente estabelecidas.

Por fim, é necessário fazer menção às brilhantes palavras de Cintra, Grinover e Dinamarco (2002, p. 82) acerca do princípio do devido processo legal:

Entende-se, com essa fórmula, o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimamente do exercício da jurisdição.

Destarte, é possível notar que o mais importante dos princípios é o do devido processo legal, já que assegurando este, estar-se-á garantindo os demais princípios elencados na Constituição Federal.

Assim, tendo em vista a amplitude deste princípio, é fácil identificar sua relação com o instituto do litisconsórcio.

A existência, aplicação, efeitos, características, peculiaridades e exceções, referentes, não só ao litisconsórcio, mas a todos os institutos jurídicos nacionais, dependem de expressa previsão legal, pois no Brasil, é a lei a primeira fonte do direito. Daí a relação do litisconsórcio com o devido processo legal, pois, por ser um instituto devidamente regulado pelo Código de Processo Civil, o seu descumprimento, sob qualquer aspecto, significa gritante afronta ao princípio do devido processo legal.

Ademais, por ter este princípio relação intrínseca com os outros de natureza processual, considera-se, até, que os demais são verdadeiras derivações daquele. E como alguns desses, a exemplo do contraditório, da ampla defesa, da proibição da prova ilícita, da isonomia, da motivação das decisões judiciais são também informativos do instituto do litisconsórcio, não se poderia falar deste tema sem se referir ao devido processo legal.

3.2 Princípio da economia processual

Dentre os princípios constitucionais dos direitos e garantias fundamentais é assegurado a todos no âmbito judicial e administrativo a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação bem como a observância pelos magistrados aos princípios da efetividade, economia e acesso à jurisdição.

Entende-se que o texto constitucional tem como premissa a obtenção de maior operacionalidade, maior rendimento, maior celeridade na prestação jurisdicional.

Diante de tal afirmação, infere-se que objetivo maior do processo é a efetivação concreta da justiça, competindo aos operadores do Direito, permitirem aos consumidores finais do processo o acesso a uma ordem jurídica justa, e não mais apenas a uma ordem jurídica legal.

Assim, para que o acesso à justiça pela população se dê da forma mais completa possível, é de suma importância o aprimoramento da efetividade do processo, que é o grau de eficácia que o mesmo possui para atingir a paz social.

Para melhor compreensão do Princípio da Economia Processual, faz necessário um breve relato da história do direito processual, que é dividida em três fases metodológicas fundamentais.

A primeira fase é a primitiva, caracterizada pelo sincretismo. Durante essa fase o direito processual era desconhecido como ramo autônomo do direito, era um simples meio de exercício de direitos.

A segunda fase, a autonomista, foi marcada por grandes construções científicas do direito processual, principalmente as teorias bases, tais como: natureza jurídica da ação e do processo, condições da ação e pressupostos processuais. Nessa fase imperou uma preocupação excessiva com os conceitos jurídicos sem uma efetiva aplicação dos mesmos na prática.

As teses acadêmicas diziam respeito ao mundo empírico, perdendo de vista a função do processo e sua finalidade.

A terceira fase instrumentalista é contemporânea, destacando-se por sua índole crítica e reformista, com objetivo voltado ao resultado do processo, que passa a ser considerado de seu ângulo externo, ou seja, a forma como chega aos destinatários finais, que é a população.

No intuito de renovar o processo atual, visando a aproximar o processo ao cidadão, vários institutos foram criados na fase atual do processo, tais como: meios de facilitar o acesso da sociedade à justiça, prestigiar a criação de instrumentos processuais que permitem proteger, de modo eficaz os interesses difusos e

coletivos, a possibilidade da obtenção de um título executivo judicial, através da prova escrita.

Diante do contexto é inadmissível dentro do Direito Processual atual, o afastamento aos princípios da efetividade e da economia processual.

Para assegurar a efetividade do processo, o princípio da economia processual se refere a uma economia de custo, uma economia de tempo, uma economia processual, onde se busca a obtenção de maior resultado com o menor uso de atividade jurisdicional, ou seja, o menor número de atos, bem como o aproveitamento dos atos que não forem prejudicados pelo vício, desde que não traga prejuízo para as partes, a aplicação da fungibilidade e, finalmente seu papel mais importante que é o social, cuja finalidade visada é de uma eficiente prestação jurisdicional, proporcionando uma justiça rápida e de baixo custo, tanto para as partes como para o Estado, atendendo aos valores constitucionais em uma perspectiva concreta e não apenas formal, oferecendo soluções justas, efetivas e tempestivas.

Logo se vê a estreita relação entre o instituto do litisconsórcio com o princípio em tela, pois quando se procura estabelecer, como autor ou réu, duas ou mais pessoas no mesmo pólo (ativo ou passivo) de uma relação processual, se busca, com isso, uma economia de custo, de tempo e de processo, com a obtenção de maior resultado com o menor uso de atividade jurisdicional, aproveitando-se dos atos não viciados, desde que não tragam prejuízo para o outro litisconsorte, a exemplo do recurso, que beneficiam ambos, e da sentença, no litisconsórcio unitário, em que a situação jurídica litigiosa submetida à apreciação judicial, tem que receber disciplina uniforme, não se concebendo que a decisão jurídica seja uma para este e outra para aquele, co-litigante.

Encontramos também, no referido instituto, um papel social, pois sua principal finalidade é, antes de tudo, uma eficiente prestação jurisdicional, que venha proporcionar uma justiça rápida e de baixo custo, tanto para as partes quanto para o Estado, em que se atende a valores constitucionais, com soluções justas, efetivas e tempestivas.

3.3. Princípio da isonomia

3.3.1. Igualdade das partes na Constituição Federal

A igualdade das partes advém da garantia constitucional da qual goza todo cidadão que é a igualdade de tratamento de todos perante a lei.

O *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988 menciona que:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do seu direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (grifo nosso)

O art. 5º da Constituição Federal, não só declara a igualdade de todos perante a lei, como também garante essa igualdade através de outros princípios insculpidos no próprio artigo. A título de exemplo, pode-se mencionar:

- a) Princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV);
- b) Princípio da motivação das decisões (CF, art. 93, IX);
- c) Princípio da publicidade dos atos processuais (CF, art. 5º, LX);

- d) Princípio da proibição da prova ilícita (CF, art. 5º, LVI);
- e) Princípio da presunção da inocência (CF, art. 5º, LVII);

Enfim, a própria Constituição Federal criou mecanismos que visam assegurar a igualdade das pessoas perante a lei, conforme se pode constar dos seus incisos.

Porém, tocando no ponto que desperta maior interesse, pode-se dizer que é do princípio da igualdade, insculpido no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, é que deriva o princípio da igualdade das partes no processo.

Tal como ocorre na vida cotidiana, o mesmo deve ocorrer no processo civil, ou seja, as pessoas também possuem o direito e devem ser tratadas de forma igual perante a lei. Daí que deriva o que se chama de princípio da isonomia processual.

O princípio da igualdade domina todo o processo civil e, por força da isonomia constitucional de todos perante a lei, impõe que ambas as partes da lide possam desfrutar, na relação processual, de iguais faculdades e devam se sujeitar a iguais ônus e deveres.

Menciona Nelson Nery Júnior (1996, p. 43) que o princípio da isonomia processual é o direito que tem os litigantes de receberem idêntico tratamento pelo juiz.

Aliás, conforme se observa do artigo 125, inciso I, do Código de Processo Civil, a igualdade de tratamento das partes é um dever do juiz e não uma faculdade. As partes e os seus procuradores devem merecer tratamento igual, com ampla possibilidade e oportunidade de fazer valer em juízo as suas alegações.

Mas, o que significa dar tratamento isonômico às partes?

Em sua lição, Nelson Nery Júnior (1996, p. 42) afirma que dar tratamento isonômico às partes significa “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”.

Porém, o que se busca é a efetiva igualdade entre as partes, aquela de fato. Busca-se a denominada *igualdade real ou substancial*, onde se proporcionam as mesmas oportunidades às partes.

Para Cintra, Grinover e Dinamarco (2002, p. 53-54), a igualdade jurídica não pode eliminar a desigualdade econômica, é por essa razão que na conceituação realista de isonomia, busca-se a igualdade proporcional. Em síntese, essa igualdade proporcional é o tratamento igual aos substancialmente iguais.

Existem diversos institutos no Código de Processo Civil, que visam garantir a isonomia das partes. Um dos exemplos são as regras no que tange à exceção de suspeição e incompetência do juiz, a fim de evitar que um dos litigantes, presumivelmente, tenha favorecimento por parte do órgão jurisdicional.

Porém, há de se mencionar que o *princípio da igualdade das partes* não assegura ao juiz igualar as partes quando a própria lei estabelece a *desigualdade*.

No que tange às desigualdades criadas pela própria lei, a título de exemplo, pode-se mencionar aquele tratamento dado no direito do consumidor: onde o art. 4º reconhece a fragilidade ou a desigualdade do consumidor perante o fornecedor, estabelecendo a inversão do ônus da prova, face à maior possibilidade do fornecedor produzir a prova.

Ainda, exemplificando, pode-se mencionar as prerrogativas do Ministério Público e da Fazenda Pública no que tange aos prazos, conforme disposto no artigo 188 do Código de Processo Civil.

O fundamento para tais *desigualdades* seria o fato de que se tratam de interesses públicos, portanto, com supremacia sobre o interesse privado.

O princípio da igualdade das partes relaciona-se intimamente com o princípio do contraditório, já que dentro do estabelecimento do contraditório, viabiliza-se os dois preceitos constitucionais, o da ampla defesa e o da igualdade.

Em síntese, a substância do princípio da isonomia processual, derivado da isonomia insculpida no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, resume-se no *tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais*, ou seja, a busca da igualdade substancial dos litigantes.

No que tange o litisconsórcio, o princípio da isonomia é informador e norteador de um de seus fundamentos, qual seja a disposição legal sobre a autonomia dos litisconsortes em relação à parte adversa, que é trazida no art. 48 do Código de Processo Civil.

Segundo o referido artigo, salvo disposição em contrário, os litisconsortes serão considerados, em sua relação com a parte adversa, como litigantes distintos. Os atos e as omissões de um não prejudicarão nem beneficiarão os outros. Isto quer dizer que os litisconsortes gozam de independência.

Vê-se, assim, que o intuito do dispositivo é, antes de tudo, o de proporcionar a igualdade de oportunidades para ambos os litisconsortes, de forma que cada um possa patrocinar sua defesa ou ação sem o risco do prejuízo injusto ou benefício imerecido causado pela imprudência ou diligência, respectivamente, do outro litisconsorte.

Tal independência, visando a igualdade de oportunidades no trâmite do processo, é observada ainda no art. 49 do mesmo estatuto: "Cada litisconsorte tem o direito de promover o andamento do processo e todos devem ser intimados dos respectivos atos."

Isto posto, é inconcebível a discussão sobre litisconsórcio sem a devida referência ao princípio.

3.4. Princípio do contraditório e ampla defesa

3.4.1. O contraditório e a ampla defesa na Constituição Federal

O *princípio do contraditório e ampla defesa* trata-se de princípio insculpido de forma expressa na Constituição Federal, podendo ser encontrado no artigo 5º, inciso LV. “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Passa-se, portanto, a analisar um dos princípios basilares do processo, seja civil ou penal, contido na Constituição Federal entre os direitos e garantias fundamentais.

O Juiz, face ao seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas de forma equidistante a elas, quando ouve uma, necessariamente deve ouvir a outra, somente assim se dará a ambas a possibilidade de expor as suas razões, de apresentar as suas provas, de influir sobre o convencimento do juiz.

Somente pela porção de parcialidade das partes, *uma apresentando a tese e outra a antítese*, é que *o juiz pode fazer a síntese*. Este procedimento seria estabelecer o contraditório entre as partes.

O princípio do contraditório, na atualidade, deve ser desenhado com base no princípio da igualdade substancial, já que não pode se desligar das diferenças sociais e econômicas que impedem a todos de participar efetivamente do processo.

A garantia fundamental da Justiça e regra essencial do processo é o princípio do contraditório, segundo este princípio, todas as partes devem ser postas em posição de expor ao juiz as suas razões antes que ele profira a decisão. As partes devem poder desenvolver suas defesas de maneira plena e sem limitações arbitrárias, qualquer disposição legal que contraste com essa regra deve ser considerada inconstitucional e por isso inválida.

Quando a lei garante aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o *direito de ação*, quanto o *direito de defesa* são manifestações do princípio do contraditório.

O princípio do contraditório é a perfeita combinação entre o princípio da ampla defesa e princípio da igualdade das partes.

O princípio da igualdade das partes impõe a bilateralidade da audiência, já que a possibilidade de reação de qualquer das partes em relação à pretensão da outra, depende sempre da informação do ato praticado. Daí o fundamento da citação da parte contrária, quando válida, estabelecendo a relação jurídica processual.

Em consonância com tal definição, Cintra, Grinover e Dinamarco (2002; p. 57) afirmam que é imprescindível que se conheça os atos praticados pela parte contrária e pelo juiz, para que se possa estabelecer o contraditório. O contraditório é constituído por dois elementos:

- a) *informação à parte contrária;*
- b) *a possibilidade da reação à pretensão deduzida;*

Em *Teoria Geral do Processo*, os mesmos autores mencionam que até mesmo quando o juiz se depara com o *periculum in mora*, provendo a medida *inaudita altera partes*, o demandado poderá exercer a sua atividade processual plena, antes do provimento definitivo. Inexistem exceções ao princípio do contraditório.

No que toca ao litisconsórcio, de acordo ainda com os citados princípios, encontramos a disposição do artigo 49 do Código de Processo Civil, que assegura ter cada litisconsorte o direito de promover o andamento do processo e que todos devam ser intimados dos respectivos atos, para que a parte possa estabelecer o contraditório e exercitar a ampla defesa, sendo necessário para tanto a ciência dos atos praticados pela parte contrária e pelo juiz da causa.

Diante destas considerações, é possível notar que este princípio é grande norteador dos fins buscados pelo litisconsórcio. No já referido artigo 48 do mesmo Código, torna-se evidente o intuito de se garantir o exercício deste direito fundamental pelo advento da formação do litisconsórcio, pois, ao prever que os co-litigantes seriam considerados independentemente em relação à parte adversa, de forma que os atos de um não interfeririam no patrocínio da causa do outro litisconsorte, está se objetivando, na verdade, permitir que os co-litigantes promovam o contraditório, levando a juízo as provas, alegações e argumentos que acharem convenientes; e, por conseguinte, a ampla defesa no pleito de seus interesses, sem sofrer qualquer limitação processual no exercício destes direitos fundamentais, por conta da formação do litisconsórcio.

Assim, a comunhão de sortes dos co-litigantes não podem jamais ser confundida com a limitação do direito fundamental da ampla defesa e do contraditório. Não obstante, no nosso entendimento, seria possível eventuais

benefícios bem como prejuízos de um dos co-litigantes pelos atos do outro, sem que isso implicasse na diminuição, relativização ou supressão dos princípios do contraditório e ampla defesa, como veremos mais adiante.

CAPÍTULO 4

A APLICAÇÃO DA AUTONOMIA DOS COLITIGANTES EM FACE DE OUTROS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Dá análise do capítulo anterior, podemos observar sem maiores dificuldades a finalidade e objetivos extremamente nobres a que se propôs o legislador pátrio, na elaboração do litisconsórcio, pois o instituto é amplamente norteado por princípios da mais alta importância não só para o processo civil mais para o próprio estado democrático de direito no qual vivemos, haja vista a elevação de alguns destes princípios a categoria de princípios Constitucionais da nossa Carta Magna.

Observamos sem maiores dificuldades também; que a autonomia litisconsorcial assegurada no artigo 48 do código de Processo Civil, é de robusta contribuição na absorção destes princípios pelo instituto do litisconsórcio, pois traz consigo a garantia do cumprimento da ampla defesa do contraditório e da isonomia.

Não obstante a tudo isso a análise mais apurada e aprofundada do tema frente a outros princípios constitucionais, bem como a observação empírica da aplicabilidade efetividade e conseqüências do dispositivo sob a ótica da efetividade da justiça, nos impõe o levantamento de um questionamento:

Quais os limites da distinção dos litisconsortes em relação à parte adversa?

Para respondermos a esta e outras perguntas derivadas da primeira, temos, antes, que fazer um breve percurso mental pelo mundo jurídico que nos alicerça.

Antes de qualquer coisa é necessário enfatizar que as considerações aqui tecidas referem-se ao litisconsórcio simples seja ele facultativo ou necessário, uma

vez que pela própria natureza do litisconsórcio unitário seria redundante a disposição do artigo 48 do Código de Processo Civil.

4.1. Princípio da aquisição processual

A disposição do artigo 48, já repetidas vezes referida, versa sobre a autonomia dos co-litigantes, senão vejamos:

“Art. 48. Salvo disposição em contrário, os litisconsortes serão considerados, em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos; os atos e as omissões de um não beneficiarão nem prejudicarão os outros.”

Isto quer dizer que, os litisconsortes para obterem qualquer resultado que almejem no processo, devem pleiteá-lo por seus próprios atos autonomamente, além de que as ações ou omissões de um litisconsorte não contaminarão seja beneficiando seja prejudicando os atos dos outros. Assim, mesmo litigando conjuntamente cada um dos litisconsortes será considerado distintamente em relação ao pólo contrário.

Assim se analisarmos com maior atenção constataremos que, dentre estes “atos independentes” está também a colheita de provas, que na sistemática do Código de Processo Civil, deve ser levantada via de regra por quem alega.

No entanto, com o advento de seu ingresso no processo após prévia autorização e aceitação pelo juiz, quanto ao meio de seu levantamento, legalidade e

possibilidade jurídica para o determinado litígio, ou seja, idoneidade para provar o alegado, a prova deixa de pertencer a parte e passa a pertencer ao processo.

É o que nas palavras do professor Luiz Rodrigues Wambier (2002, p.445) é titulado de irrelevância da autoria das provas, assim no dizer do autor:

...a prova não 'pertence' à parte. Uma vez produzida, passa a integrar o processo, pouco importando quem a produziu. Tanto que, [...], não pode a parte seccionar a prova para aproveitar apenas aquela parcela que lhe interessa. A prova é um todo, e como um todo deve ser considerada.

A questão da autoria das provas toma relevo quando seu conteúdo é contrário ao interesse da parte. Como a prova pertence ao processo, ainda que venha em prejuízo à parte que a produziu, passa a integrar a relação jurídica processual, e seus efeitos se fazem sentir, cabendo ao juiz extrair as conseqüências do fato provado, pouco importando como a prova tenha chegado ao processo.

A essa característica a doutrina denomina de princípio da aquisição processual.

Vê-se assim que o juiz pode usar uma prova levantada pela parte, para decidir negativamente ao seu favor prejudicando-a, pois a função precípua de qualquer prova é levar o fato ao juiz com a maior fidelidade possível, para que convicto do mesmo possa aplicar o direito abstrato ao caso concreto promovendo assim o fim do litígio. E se, a referida prova levada a juízo, mostra que a parte não é portadora do direito subjetivo que pleiteia ou que defende, deve o juiz declará-la sucumbente no pleito, mesmo que tenha sido esta a trazer prova ao processo, sob pena de cometer grande injustiça e ilegalidade.

Neste mesmo sentido o Prof.º Vicente Greco Filho (2003, 182), afirma:

A finalidade da prova é o convencimento do juiz, que é seu destinatário. No processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral ou filosófico; sua finalidade é prática, qual seja, convencer o juiz. Não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas a certeza relativa suficiente na convicção do magistrado.

De posse destas informações, chegamos ao entendimento de que se usarmos da analogia, bem como da interpretação extensiva como fontes de integração e interpretação do Direito, veremos que a regra e disposições aplicados à parte, no que se refere a utilização da prova, aplicam-se também ao litisconsórcio.

Pois, se pode o juiz utilizar da prova para fundamentar decisão contrária à quem a levou para o processo, é evidente que ele poderá utilizar do mesmo expediente para uma eventual sucumbência do litisconsorte.

Afinal, como diz o brocardo jurídico: *quem pode mais, pode menos*.

4.2. Princípio da apreciação racional das provas

Colaborando ainda com o posicionamento de que a disposição do artigo 48 deve ser relativizada, encontramos o princípio da apreciação racional das provas, que é o sistema predominante no processo civil brasileiro.

Mas antes, é de bom tom fazer uma breve explanação pelos outros sistemas.

Existem três tipos de sistemas sobre a valoração da prova.

O primeiro deles é o da livre apreciação ou da convicção íntima, no qual o julgador irá decidir com base em sua convicção pessoal, não estando adstrito às provas trazidas aos autos, nem obrigado a fundamentar seu convencimento. Neste tipo de sistema, dá-se um arbítrio muito grande ao julgador. Daí o perigo de sua utilização. Este sistema é adotado hoje no Brasil no Tribunal do Júri.

O segundo sistema é o da prova legal. Este é diametralmente oposto àquele, pois o julgador, aqui, tem apenas a função de calcular o resultado do levantamento das provas, uma vez que cada prova já tem seu valor e peso preestabelecidos pela Lei. Uma verdadeira hierarquia entre as provas, por determinação legal. Representam uma reação ao sistema anterior.

Como síntese desta dialética surge o sistema da apreciação racional das provas, que ao mesmo tempo em que permite a valoração pelo julgador, exige a fundamentação de suas decisões e limita esta ao uso das provas existentes nos autos.

Tendo em vista este princípio, então, nada teria impeditivo ou que desabonasse a utilização de uma prova levantada por um litisconsorte em desfavor do outro, haja vista poder o julgador valorá-las de acordo com a sua consciência e convicção sobre o fato, desde que o mesmo utilize apenas as provas trazidas ao processo e que delas não fuja na sua fundamentação.

4.3. Da exceção

Não obstante à compreensão que os atos de um litisconsorte pode prejudicar os outros co-litigantes por ocasião da sentença, em especial pelo levantamento de provas, uma ressalva há de ser feita.

Segundo nossa legislação processual civil, podem ser admitidos como meio de prova o depoimento pessoal, a confissão, a exibição de documento ou coisa, a prova documental, prova testemunhal, prova pericial e inspeção judicial, não sendo,

contudo, este rol, taxativo. Podendo, assim, existirem outros meios não previstos no Código de Processo Civil brasileiro.

A confissão, considerada a rainha das provas, é dentre os meios de prova citados o único que traz exceção, por expressa disposição legal, ao entendimento da relativização da autonomia dos co-litigantes em relação à parte adversa.

Reza o artigo 350, *caput*, da legislação processual pátria, que a confissão judicial faz prova contra o confitente, não prejudicando, todavia, os litisconsortes.

Neste sentido, José Frederico Marques (2000, 439) diz: “a confissão judicial, como o declara o artigo 350, *caput*, do Código de Processo Civil, faz prova contra o confitente, não prejudicando, todavia, os litisconsortes.”

Em sentido contrário, apesar da disposição legal, ensina Vicente Greco Filho (2000, 125), que a autonomia do artigo 48 do Código de Processo Civil é apenas processual, sob o aspecto de se garantir a sua participação no processo, sem dependências do outro co-litigante, sendo que, no plano do direito material o prejuízo ou benefício podem acontecer.

Usando, inclusive, como exemplo a exceção desta relatividade para ilustrar sua tese dizendo:

...isto ocorre no plano jurídico; no plano fático, o prejuízo ou benefício pode ocorrer. Por exemplo: se um litisconsorte confessa, tal confissão não se estende aos outros litisconsortes, os quais continuarão litigando sem que o juiz possa considerá-los também em situação de confissão. Todavia, por ocasião da sentença, e em virtude do princípio do livre convencimento do juiz, poderá ele levar em consideração, na análise da matéria, a confissão do litisconsorte como elemento de prova, podendo advir daí um prejuízo de fato.

No entanto, esta não nos parece a melhor solução: em primeiro lugar, porque o princípio que prevalece no processo civil não é o sistema do livre convencimento

do juiz, puro, também chamado de livre convicção, mas sim o do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, como foi visto anteriormente. Não pode assim, o juiz, aleatoriamente, decidir “contra legis”, fundamentando sua decisão em uma prova ao qual a lei veda sua utilização; em segundo lugar, ao elaborar uma sentença, teria o juiz que respeitar o princípio da motivação das decisões, o qual passo agora a falar.

4.3.1 Princípio da motivação das decisões

O *princípio da motivação das decisões* está expressamente previsto no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal de 1988. Confira-se:

“Art. 93. [...]

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e seus advogados, ou somente a estes;” (grifo nosso)

A fundamentação da sentença é sem dúvida uma grande garantia da justiça quando consegue reproduzir exatamente, como num levantamento topográfico, o itinerário lógico que o juiz percorreu para chegar à sua conclusão, pois se esta é errada, pode facilmente encontra-se, através dos fundamentos, em que altura do caminho o magistrado se desorientou.

É importante mencionar que o texto constitucional não apenas exige a fundamentação das decisões proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário, como as declara nulas se desatenderem a esse comando.

Garante tal princípio a inviolabilidade dos direitos em face do arbítrio, posto que os órgãos jurisdicionais têm de motivar, sob pena de nulidade, o dispositivo contido na sentença.

Porém, o que significa motivar as decisões judiciais?

Motivar todas as decisões significa fundamentá-las, explicar as razões de fato e de direito que implicam no convencimento do juiz, devendo esta fundamentação ser substancial e não meramente formal.

Uma fundamentação deficiente, para todos os efeitos, equivale à falta de fundamentação.

A motivação da sentença, também, faz-se útil para enriquecer e uniformizar a jurisprudência, servindo como valioso subsídio àqueles que contribuem para o aprimoramento e aplicação do direito.

Em suma, a decisão motivada aponta o entendimento das razões do juiz, que é imparcial, e assim torna essa decisão, sendo que se constitui tal princípio em verdadeira garantia inerente ao Estado de Direito.

Logo se vê a impossibilidade de um prejuízo ao litisconsorte, mesmo no aspecto material causado pela confissão do co-litigante, pois, para que este prejuízo seja consubstanciado em uma sentença, será necessário que a mesma seja devidamente fundamentada, para que se possa, por aqueles a quem a sentença é destinada, exercer um verdadeiro controle sobre a parcialidade e coerência do juiz na construção do seu raciocínio e o caminho percorrido pelo mesmo na aplicação do

direito, sob pena de nulidade, o que torna pouco coerente o exemplo do professor Vicente Greco Filho.

4.4 Da relativização da regra do art. 48 do CPC

Fora do caso referido (confissão), não encontramos melhor solução para o questionamento levantado, que o do professor Vicente Greco Filho ao entender que a autonomia só é absoluta no plano jurídico, porém relativa, no plano fático. Pois o que o dispositivo busca assegurar é apenas uma autonomia processual, sendo que, no plano do direito material, isto nem sempre vai ser possível, devido a uma eventual estreita relação entre fatos ou direitos.

O que é lógico, pois, o instituto do litisconsórcio é de natureza processual sem pretensões de interferência no plano de direito material, logo, qualquer dispositivo relativo a ele deve, evidentemente, ficar no mesmo plano de direito processual.

É válido ressaltar que apesar da presente obra ter dado especial atenção ao problema do prejuízo em relação ao ato processual do levantamento da prova, não se tem com isso a pretensão de esgotar todos os outros atos do co-litigante, onde a independência é relativizada. Nem tampouco afirmar que as eventuais interferências no plano do direito material serão apenas de prejuízos, inexistindo benefícios.

Afinal, todas estas outras relações relativizadoras do artigo 48 do Código de Processo Civil, são não só possíveis, como também comum. A exemplo do recurso interposto por um litisconsorte que a todos aproveita, salvo se distintos ou opostos seus interesses (artigo 509 do Código de Processo Civil), mostrando mais uma vez a

limitação do alcance do referido dispositivo. Sendo que a especial atenção dada à questão das provas se deu devido à relevância jurídica que esta tem para o mundo processual.

Assim, o que se buscou na realidade, é como já se disse, a comprovação da relativização do alcance da norma, sendo suficiente para tanto um único exemplo que demonstre o contrário. Tentando assim, trazer um melhor esclarecimento sobre a ambigüidade do tema, tendo em vista que a interpretação da mesma como ilimitada, isto é, como absoluta, traria implicações negativas nos mais diversos campos onde o instituto pode ser aplicado.

CONCLUSÃO

A riqueza do direito processual civil brasileiro é fonte inesgotável de discussões, a exemplo da qual travou-se agora. Sua instrumentalidade será, em nossa opinião, um dos principais focos dos futuros debates nos bancos acadêmicos. Pois, se sobre o aspecto doutrinário o mesmo ganhou força, deixando de ser classificado como mero direito adjetivo devido a sua considerável importância bem como conteúdo, ou seja, objeto de estudo próprio, a mesma atenção deve ser dada pelos aplicadores do direito, para uma boa utilização de sua tão bem elaborada legislação.

Não obstante à primazia desse robusto ramo do direito, certas considerações e cautelas devem ser feitas no seu manuseio, afim de, com isso, evitar-se a interferência não salutar ou até despropositada no campo do direito material e, conseqüentemente, na própria vida das pessoas quando de sua aplicabilidade.

No que se refere, especificamente, ao instituto do litisconsórcio é notório também a necessidade de sua apreciação e análise frente a outros institutos, disposições e princípios não só do Código de Processo Civil, mas de todo o ordenamento jurídico pátrio, de acordo com o contexto, dentro de um estudo sistemático.

Vemos assim, que a análise da questão passa por pontos bem distintos e envolve a confrontação de princípios. Cabe a nós, aplicadores do direito, seguir a mesma regra do sistema de freios e contrapesos adotado em nossa Constituição, fazendo com que a existência de princípios contraditórios ou antagônicos não implique na supressão de qualquer deles, mas sim em sua limitação mútua, relativa

à cada caso, ou, ainda, quais destes princípios devem-se sobrepor a outros, bem como refletir sobre a real existência de pontos negativos e/ou positivos dessa escolha.

Fazendo uma reflexão sobre o tema que esta questão envolve, é possível se chegar a seguinte conclusão:

A disposição legal não é absoluta, ou seja, deve-se relativizar a norma, pois, quando a Lei assegura que os atos de um litisconsorte não atingirão os demais, esta distinção é apenas formal.

Assim, a distinção dos litisconsortes em relação à parte adversa é apenas processual, podendo sim sob o ponto de vista do direito material, os atos de um litisconsorte atingir os demais, seja direta ou indiretamente.

Destarte, não se viola na verdade o contraditório e a ampla defesa, pois estes serão assegurados no processo e no acesso ao judiciário, nem tão pouco, limita o convencimento do juiz a uma espécie de sistema de apreciação, aos moldes da prova legal, que poderá decidir motivadamente de forma mais justa, conforme o caso.

Esta é, sem dúvida, a melhor solução para a hipótese e a série de princípios que ele envolve, pois ao mesmo tempo em que protege e assegura os princípios do contraditório e da ampla defesa para todos que ingressarem no processo, além de proteger as partes da punição de atos a que não deu causa, assegura, em contrapartida, o princípio constitucional do livre convencimento motivado do juiz e as situações em que a necessidade de uma determinada decisão é um imperativo, pela própria coerência e justiça que devem ser inerentes a qualquer ato do magistrado.

É assegurado, ainda, o princípio da irrelevância da autoria das provas, onde esta deixa de pertencer à parte que a trouxe e passa a pertencer ao processo,

podendo ser utilizada amplamente pelo juiz, sendo limitada apenas pelo sistema da apreciação racional das provas ou por expressa vedação legal.

Conclui-se com isso, que a relativização da disposição do artigo 48 do Código de Processo Civil é a que mais se adequa a aplicação analógica do sistema constitucional acima referido, quando da hermenêutica dos princípios processuais.

Por fim, é de todo válido enfatizar que a existência de limitação, de distinção de litisconsortes em relação à parte adversa, não se dá pela existência da possibilidade do ato processual de levantamento de provas, exclusivamente, pois é possível também a existência de outros atos.

Nem se afirma também que estes eventuais atos impliquem em exclusivo prejuízo para o co-litigante, pois é evidente que se possam gerar com isso alguns benefícios, não só da colheita de provas mas também dos demais atos.

Pois, o que se afirma e se prova, na verdade, é que a regra do não prejuízo ou benefício devido à autonomia litisconsorcial, não é absoluta. E como tal, basta uma única exceção para quebrá-la.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Liticonsórcio*. 6. ed. São Paulo: Malheiros. 2001.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro.v.1* 15. ed. São Paulo: Saraiva. 2000.

_____... *Direito Processual Civil Brasileiro*. Vol.2. 16.ed,São Paulo, Saraiva, 2003

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil Interpretado*, artigo por artigo, parágrafo por parágrafo, , 4ª edição, Manole editora, Barueri, SP

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol.1 2ª ed. Campinas -SP: MILLENNIUM, 2000.

NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1999.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de, TALAMANI, Eduardo . *Curso avançado de processo civil*, Vol. 1, 5ª ed. Editora revista dos tribunais (RT), 2002