

**Litisconsórcio ativo - Litisconsórcio necessário -
Ilegitimidade ativa - Direito indivisível - Ação
proposta por apenas um dos titulares do direito**

Ementa: Agravo de instrumento. Ação de rescisão contratual cumulada com reintegração de posse. Ilegitimidade ativa. Litisconsórcio ativo necessário. Possibilidade. Intimação para emenda da inicial. Decisão reformada. Agravo provido.

- Pelos ditames da garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV), inadmite-se a existência de jurisdição condicionada. Por sua vez, o direito de ação, meio apto a provocar o Estado-Juiz, é caracterizado por sua voluntariedade, sendo incabível constranger o jurisdicionado a demandar em juízo contra a sua vontade.

- A despeito da facultatividade do direito de ação e antecipando hipóteses em que necessariamente deve haver

mais de uma pessoa no polo ativo - ou, ao menos, o consentimento das demais para que uma proponha a ação -, o legislador formulou exceções à regra, como a prevista no art. 10, § 2º, do CPC.

- Poder-se-ia cogitar a aplicação da extensão dos efeitos da coisa julgada a terceiro não participante da lide para hipóteses em que apenas um litisconsorte fosse parte na relação jurídica processual. Contudo, em regra, o ordenamento pátrio inadmita tal solução, tendo em vista a consagração do princípio da *res judicata inter partes*, no art. 472 do CPC.

- Em razão da vedação da extensão dos efeitos da coisa julgada, de perquirir-se acerca da solução de situação em que, havendo mais de um titular de direito material incindível, apenas um tiver o ânimo de propor a demanda, em outras palavras, como franquear meio a que o preceito judicial seja efetivo com relação a titulares de direito material incindível, quando nem todos são parte da relação jurídica processual?

- Cabível, na específica hipótese em que há mais de um titular de direito material incindível, a exigência de litisconsórcio ativo necessário. Do complexo sopesamento das forças opostas inerentes ao tema, a segurança jurídica (art. 5º, XXXVI, da CR/88), consubstanciada na exigência de todos os litisconsortes necessários constarem da relação jurídica para sofrerem os efeitos do *decisum*, sobreleva com relação à inafastabilidade da jurisdição, cujos efeitos práticos seriam bastante questionáveis caso um litisconsorte não fosse parte no processo. Ora, se há direito material incindível e a sentença só afeta as partes da lide, incabível que o preceito judicial atinja a esfera de direitos daquele não constante da relação.

- Se considerado que a necessidade do instituto decorre da incindibilidade do direito material (de forma que, no mais das vezes, haverá a prolação de sentença igual para todos os titulares, caracterizando a unitariedade), bem como da repressão à existência de julgados conflitantes, não seria cabível considerar-se o litisconsórcio passivo mais importante que o ativo para tal finalidade, exigindo-se a formação daquele e tendo-se este por inexistente.

- O litisconsórcio necessário não se confunde com o litisconsórcio unitário, a despeito do desalinho terminológico do art. 47 do CPC.

- Na hipótese de rescisão contratual de promessa de compra e venda de bem imóvel, sopesando o imperativo da inafastabilidade da jurisdição, a voluntariedade do direito de ação e, por outro lado, a incindibilidade do direito material em questão e a necessidade premente de se evitar julgados conflitantes, mister que todos os signa-

tários do contrato que se quer rescindir sejam partes do feito.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0148.11.001956-6/001 - Comarca de Lagoa Santa - Agravantes: Mateus Felipe Maia Freire Diniz e outro, Lucas Tadeu Maia Freire Baeta Neves Diniz - Agravado: Wagner Ricardo Vieira Diniz - Relator: DES. JOSÉ MARCOS RODRIGUES VIEIRA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em DAR PROVIMENTO AO AGRAVO.

Belo Horizonte, 13 de fevereiro de 2014. - José Marcos Rodrigues Vieira - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ MARCOS RODRIGUES VIEIRA - Trata-se de agravo de instrumento, interposto por Mateus Felipe Maia Freire Diniz e outro, com pedido de efeito suspensivo da decisão (f. 183/184-TJ), que, nos autos da ação de rescisão contratual cumulada com reintegração de posse ajuizada por Wagner Ricardo Vieira Diniz, rejeitou a preliminar de ilegitimidade ativa.

Em razões recursais, aduzem os agravantes que a promessa de compra e venda foi firmada pelo agravado e seu ex-cônjuge, Andréia de Fátima Candelária Sacramento, que figurou como promitente vendedora do imóvel, razão pela qual sustentam haver litisconsórcio ativo necessário.

Arrematam pugnando pela reforma da decisão, para que o processo seja extinto sem resolução de mérito; alternativamente, requerem a intimação do autor para emendar a inicial, a fim de incluir a litisconsorte necessária no polo ativo.

O pedido de efeito suspensivo foi deferido às f. 183-184-TJ.

Intimado, o agravado apresentou contraminuta, às f. 197-201-TJ, pugnando, em suma, pelo improvimento do agravo.

É o relatório.

Passo a decidir.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Narram os autos que o autor, ora agravado, ajuizou ação de rescisão contratual cumulada com pedido de reintegração de posse em desfavor dos agravantes, em razão de contrato de promessa de compra e venda envolvendo dois imóveis.

Na contestação (f. 84-103-TJ), os réus suscitaram preliminar de ilegitimidade ativa, ao argumento de o ex-cônjuge do autor ser também signatária do contrato, na qualidade de promitente vendedora, razão pela qual

deveria constar do polo ativo da demanda como litisconsorte necessária.

Às f. 183-184-TJ, a MM. Magistrada a qua rejeitou a preliminar arguida, origem da irresignação dos agravantes.

Cinge-se a controvérsia recursal, então, a averiguar a possibilidade de litisconsórcio ativo necessário na hipótese de ação de rescisão contratual de promessa de compra e venda cumulada com reintegração de posse, em que os réus, promitentes compradores, supostamente descumpriram o avençado.

Como se sabe, a questão posta nestes autos é objeto hodierno de grandes análises doutrinárias. Contudo, a pacificação do tema é inversamente proporcional à quantidade de páginas que lhe são destinadas, tendo em vista as mais variadas correntes e soluções formuladas por abalizados doutrinadores.

Não sem razão, a celeuma: de se relembrar que o ordenamento pátrio deve observância ao imperativo constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV), razão pela qual é incondicionada a apreciação de demandas levadas ao conhecimento do Judiciário. Por sua vez, o direito de ação é caracterizado por sua voluntariedade, sendo incabível compelir alguém a demandar em juízo contra a sua vontade. Da conjugação de ambos, observa-se a seguinte e sumária conclusão: se o direito de ação é facultativo e a jurisdição é incondicionada, não seria possível compelir um terceiro a propor uma ação em conjunto com outro, que assim o deseja - daí o principal argumento a afastar o litisconsórcio ativo necessário.

Contudo, antecipando hipóteses em que necessariamente deve haver duas pessoas no polo ativo - ou, ao menos, o consentimento de uma delas para a propositura da ação -, o legislador formulou exceções à regra da voluntariedade, como a prevista no art. 10, § 2º, do CPC:

Art. 10. O cônjuge somente necessitará do consentimento do outro para propor ações que versem sobre direitos reais imobiliários.

[...]

§ 2º Nas ações possessórias, a participação do cônjuge do autor ou do réu somente é indispensável nos casos de comosse ou de ato por ambos praticados.

Da análise do aludido dispositivo, infere-se que, no caso de comosse ou de atos praticados por ambos os cônjuges, quando invocados em ação possessória, o direito de ação de um deles está condicionado à participação "indispensável", na lide, do outro. Em outras palavras, condicionado ao litisconsórcio ativo necessário, quando o artigo se refere ao polo ativo.

Isto é: havendo expressa previsão legal, possível excetuar a aludida garantia constitucional.

Poder-se-ia cogitar, por certo, a solução das ZPOs alemã e austríaca, em que,

[...] mediante a necessidade litisconsorcial, admite-se evitar uma 'sucessão de demandas' e, conseqüentemente, o risco

de sucessivos pronunciamentos de teor diverso sobre a *eadem res* nos casos de litisconsórcios voluntários, mesmo que não litiguem todos conjuntamente, deduzida a pretensão comum em juízo, por um só litigante, qualquer que seja o resultado da lide, *estende-se a coisa julgada aos demais titulares do direito não participantes do processo [...]* (g.n.) (LAMBAUER, Mathias. *Litisconsórcio necessário*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 109).

A extensão da coisa julgada, de uma vez, observaria a inafastabilidade da jurisdição e evitaria a existência de julgados conflitantes, tendo em vista sua efetividade perante litisconsortes não integrantes da lide (ressalve-se, aqui, que o texto se refere a litisconsórcio facultativo, uma vez que foge às raias da razão se cogitarem hipóteses genéricas de litisconsórcio necessário em um sistema que admite a extensão da coisa julgada).

Contudo, a sistemática do Código Buzaid não admitiria tal hipótese, porque consagra como regra o princípio da *res judicata inter partes* em seu art. 472:

A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros (g.n.).

Por todo o exposto, a questão se delimita aos seguintes termos: como proceder quando, havendo mais de um titular de direito material incindível, apenas um tiver o ânimo de propor a demanda?

Em outras palavras, contrapõem-se os ditames constitucionais acima explorados - a facultatividade do direito de ação e a inafastabilidade da jurisdição - à necessidade de se franquear meio a que o preceito judicial seja efetivo com relação aos titulares do direito material incindível (ainda que nem todos queiram ir a juízo). Ademais, de se considerar que, na hipótese de um titular do direito estar inerte e, posteriormente, demandar exatamente a mesma tutela jurisdicional, surgiria a possibilidade de julgados conflitantes.

Daí por que parte da doutrina - com a qual comungo, *data maxima venia* dos entendimentos diversos - tem por cabível a exigência de litisconsórcio ativo necessário. Tenho que, do complexo sopesamento das forças conflitantes acima expostas, a segurança jurídica (art. 5º, XXXVI, da CR/88), consubstanciada na exigência de todos os litisconsortes necessários constarem da relação jurídica para sofrerem os efeitos do *decisum*, sobreleva em importância com relação à inafastabilidade da jurisdição, cujos efeitos práticos seriam bastante questionáveis com relação ao litisconsorte que não foi parte no processo. Ora, se há direito material incindível e a sentença só afeta as partes do processo, incabível que o preceito judicial atinja a esfera de direitos daquele não coligado no polo ativo - ou passivo, caso não queira demandar junto ao autor.

Ademais, se considerado que a necessariedade do instituto decorre da incindibilidade do direito mate-

rial (de forma que, no mais das vezes, haverá a prolação de sentença igual para todos os titulares, caracterizando a unitariedade), bem como da repressão à existência de julgados conflitantes, não seria cabível considerar-se o litisconsórcio passivo mais importante que o ativo para tal finalidade, exigindo-se a formação daquele e tendo-se este por inexistente.

Sobre o tema, cumpre trazer à baila, uma vez mais, o magistério de Lambauer:

De outra parte, salvo o princípio da conveniência apontado, inexistente qualquer razão plausível de ordem lógica ou jurídica que justifique, à vista da possibilidade do risco sempre aventado [de conflito de julgados], a necessidade litisconsorcial exclusivamente em polo processual passivo.

Contrariamente, pensamos, o litisconsórcio pela mesma razão é ativa ou passivamente necessário (*Litisconsórcio necessário*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 132).

Cremos que, também para este fim, o instituto da *adcitatio* dos demais condôminos potenciais litisconsortes é de suma valia.

[...]

'Adcitado' ou 'adcitados' os condôminos ou comunheiros, ou, ainda, os potenciais litisconsortes de um modo geral, na conformidade do parágrafo único do art. 47 em vigor, não estão estes obrigados a integrar, no sentido de participarem da demanda, mas a coisa julgada da sentença a ser proferida no processo os atinge irremediavelmente.

Se, eventualmente, discordantes da ação proposta, nada impede integrarem a demanda em polo processual oposto e deduzirem os seus interesses contrários à ação ajuizada, formando litisconsórcio ao lado do réu. (*Litisconsórcio necessário*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 121-122).

Cândido Rangel Dinarmaco, também ponderando as forças opostas da faculdade da ação e da incidibilidade do direito material, admite, excepcionalmente e como um mal menor, o litisconsórcio ativo necessário:

Essa afirmação é feita em virtude de existirem, no plano do direito material, situações em que é de duas ou várias pessoas, em conjunto, e não isoladamente, a legitimidade para realizar certos atos que serão relevantes para todas elas. Sirvam como exemplo de litisconsórcio ativo realmente necessário:

[...]

d) dois comunheiros que celebraram com terceira pessoa um contrato de promessa de compra e venda: em caso de inadimplência do promissário-comprador, só pelo consenso dos promitentes-vendedores, admite-se o pedido de sentença que rescinda o contrato [...] (*Litisconsórcio*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, f. 233-235) (g.n.).

O doutrinador paulista, a seu turno, não entende ser possível a citação do autor, conquanto admita que não há solução lógica para hipótese tão específica no ordenamento pátrio. Caberia ao magistrado decidir o feito como entender mais harmonioso aos princípios e institutos contrapostos.

Nessa ordem de ideias e estabelecida a premissa teórica por que se pauta este Julgador, passo à análise do caso concreto.

Na espécie, o autor, ora agravado, celebrou contrato de promessa de compra e venda com os agravantes, em que figurou como promitente vendedora também Andréia de Fátima Candelária Sacramento, sua ex-esposa (f. 30-31-TJ).

Em razão de suposto descumprimento da avença, o varão ajuizou a presente ação, pugnando tanto pela rescisão do contrato quanto pela reintegração na posse do imóvel negociado.

Embora desnecessária para a pretensão possessória, observo, inicialmente, que não consta dos autos deste agravo qualquer informação acerca da partilha dos ex-cônjuges, inexistindo meios de se averiguar se a propriedade do imóvel pertence apenas a um deles. Outrossim, de se ressaltar que, embora o contrato e a lide versem sobre o "lote de nº 09, quadra nº 03, matrícula 22.726, Livro 2-DK, registrado no Cartório de Imóveis de Lagoa Santa/MG" (f. 05 e 30-TJ), não se verifica a presença de título registral em nome do autor.

Sobre o tema, aliás, o agravado intenta comprovar ser proprietário do imóvel por meio de outro contrato de promessa de compra e venda de imóvel (f. 25-28-TJ), documento sabidamente inidôneo para tanto. Ademais, verifico que o autor, promitente comprador, era casado à época, conquanto o documento não especifique com quem.

A despeito da precariedade dos instrumentos acima descritos, bem como do fato de os promitentes vendedores serem divorciados à época do contrato objeto deste litígio, tenho que o negócio não pode ser desfeito apenas por um dos signatários. *In casu*, o litisconsórcio necessário do polo ativo deriva também - e principalmente - da promessa de compra e venda, e não apenas da discussão acerca da posse do imóvel comum.

Isto é, seja em razão do art. 10, § 2º (cuja aplicação, *ad argumentandum*, poderia ser afastada por informações supervenientes acerca da partilha), seja em razão do próprio art. 47 do CPC, em que positivado o instituto do litisconsórcio necessário, deve o cônjuge-uirago constar do polo ativo - ou, caso não queira, integrar o passivo, defendendo interesse que entenda ser-lhe de direito.

Ora, a eficácia da sentença que versa sobre a rescisão de contrato em que ambos figuram como parte, bem como sobre direitos reais (art. 95, CPC) - a reintegração na posse de imóvel de que são supostamente proprietários - deve ser relativa a ambos, sob pena de possibilitar a existência de julgados conflitantes para a mesma situação fática. Ou, em último caso, de ineficácia (vale dizer, inutilidade) do julgado, que não poderia ser oposto à contratante que não compôs a lide.

Isso independentemente dos documentos de f. 205-206-TJ, de que constam recibos supostamente assinados por Andréia de Fátima Candelária Sacramento, que informa ter recebido "de Wagner Ricardo Vieira Diniz [...] a quantia de R\$10.000,00 [...], sendo uma parte que

me cabe, referente a (sic) venda do lote em Lagoa Santa, adquirido quando éramos casos”.

Em que pese seu relevante conteúdo para deslinde da controvérsia - e mesmo para a definição do pleito recursal -, entendo tratar-se de documento demasiadamente precário à comprovação de compra e venda da quota-parte que lhe cabia. Além de não informar a que imóvel se refere exatamente, tratando-o genericamente como “lote em Lagoa Santa”, a simples declaração assinada não tem o condão de comprovar o negócio jurídico. Mesma precariedade, aliás, que acomete a procuração de f. 207-TJ.

É sabido - repita-se - que as hipóteses de litisconsórcio necessário devem ser sumariamente restringidas, em observância à facultatividade da ação, máxime em se tratando do polo ativo.

Contudo, sopesando o imperativo da inafastabilidade da jurisdição, a voluntariedade do direito de ação e, por outro lado, a incindibilidade do direito material em questão e a necessidade premente de evitar julgados conflitantes, mister que a signatária do contrato que se quer rescindir seja parte do feito.

E concluo: “o direito, tradicionalmente, é avesso a constranger alguém a demandar como autor” (CHIOVENDA, Giuseppe. Sul litisconsorzio necessario. In: *Saggi di diritto processuale civile*. Roma: Foro Italiano, 1931, v. II, p. 434); aversão que, sabidamente e ante a riqueza e diversidade de situações fáticas inimagináveis para o legislador, não se confunde com vedação.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo, para que o autor seja intimado a emendar a inicial, sob pena de indeferimento.

Custas, ex lege.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FRANCISCO BATISTA DE ABREU e OTÁVIO DE ABREU PORTES.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO AGRAVO.

• • •