

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

LAYLA GONÇALVES HATAB

**LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA CIVIL: PLURALIDADE DE
LEGITIMADOS À IMPUGNAÇÃO DE UM ÚNICO ATO**

VITÓRIA
2012

LAYLA GONÇALVES HATAB

**LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA CIVIL: PLURALIDADE DE
LEGITIMADOS À IMPUGNAÇÃO DE UM ÚNICO ATO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual Civil do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual Civil.
Orientador: Prof. Dr. Geovany Cardoso Jeveaux.

**VITÓRIA
2012**

LAYLA GONÇALVES HATAB

**LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA CIVIL: PLURALIDADE DE
LEGITIMADOS À IMPUGNAÇÃO DE UM ÚNICO ATO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual Civil do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual Civil.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Geovany Cardoso Jevaux
Universidade Federal do Espírito Santo
Orientador

Prof. Dr. Manoel Alves Rabelo
Universidade Federal do Espírito Santo
Membro interno

Prof. Dr. Samuel Meira Brasil
Faculdade de Direito de Vitória
Membro externo

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, pela sabedoria e discernimento para superar as dificuldades, por mostrar os caminhos nas horas incertas e permitir a conclusão desta jornada.

Agradeço a minha família, pela compreensão dos momentos difíceis, pela paciência inabalável e por terem incentivado o ingresso na carreira acadêmica! Mãe, Pai e Lê: amo vocês!

Agradeço aos meus amigos do curso de mestrado, que tornaram esses dois anos de intenso estudo uma jornada menos fatigante. Em especial, agradeço à Cris, amizade formada nos bancos acadêmicos, pela troca de informações, por ter compartilhado inúmeras dias de estudo e, sobretudo, por sua amizade sincera!

Agradeço ao Professor Dr. Geovany Cardoso Jevaux, meu orientador, pelas valiosas críticas, sugestões, ao tempo despendido em inúmeras leituras e re-leituras das laudas originais, a disponibilidade em sempre ajudar compartilhando seus conhecimentos, seus livros e, sobretudo seu tempo.

Agradeço a Professora Dr^a. Margareth Vetis Zaganelli, por gentilmente ter iniciado a minha orientação, com pontualidade e retidão.

Agradeço ao Professor Dr. Bruno Silveira de Oliveira, por ter indicado o tema deste trabalho em uma de suas memoráveis aulas no curso do Mestrado e, ainda, por ter me apresentado os primeiros passos desta pesquisa.

Agradeço a todos os demais professores que ministram aulas no Mestrado da UFES, com quem tive a oportunidade de aprendizagem inesquecível, e a todos os funcionários da Universidade que contribuíram, sempre com muito carinho, para a realização deste trabalho.

Agradeço, ainda, aos professores, Dr. Manoel Alves Rabelo e Dr. Samuel Meira Brasil, por terem aceitado, com tanta cordialidade, o convite de compor a banca de defesa desta dissertação.

RESUMO

Analisa o problema da extensão da autoridade da coisa julgada quando há pluralidade de legitimados à impugnação de um único ato e a ação é aforada somente por um dos legitimados. Apresenta considerações gerais sobre a coisa julgada e, em seguida, traça o perfil evolutivo da doutrina no tocante ao regime de limitação subjetiva da coisa julgada. Ato contínuo disserta sobre o tratamento legislativo pátrio dispensado à limitação subjetiva da coisa julgada tanto na jurisdição individual, quanto na jurisdição coletiva, momento que defende a existência de situações excepcionais em que a regra geral de limitação subjetiva da coisa julgada às partes, regida pelo procedimento comum do CPC, é mitigada. Apresenta o ponto nevrálgico do trabalho quando discorre sobre as diversas posições doutrinárias diante da problemática dos limites subjetivos da coisa julgada nas ações em que há pluralidade de legitimados à impugnação de um único ato. Analisa, criticamente, cada posicionamento doutrinário, sob o enfoque das garantias constitucionais do processo e da legislação vigente, oportunidade em que defende a formação do litisconsórcio necessário unitário, com adoção da modalidade de citação por edital a partir de critérios semelhantes ao dos sistemas do *opt-in* e do *opt-out*, em que se assegure aos legitimados a possibilidade de ingressar em qualquer um dos pólos da demanda (e até mesmo, a possibilidade de não ingressar na demanda).

Palavras-chave: Coisa julgada. Limites subjetivos. Pluralidade de partes. Impugnação de ato único.

ABSTRACT

Analyzes the problem of extension the authority of res judicata when the plurality of legitimate objection to a single act and the action has your beginning only for one legitimized. Presents general considerations on the res judicata and then outlines the evolution of the doctrine concerning the system of limitation of subjective res judicata. Immediately thereafter discourse of treatment dispensed for the paternal legislative about subjective limitation of res judicata in the jurisdiction both in individual and collective in the jurisdiction, when defending the existence of exceptional circumstances where the general rule limiting the subjective res judicata to the parties shall follow the procedure common CPC, is mitigated. Presents the critical point when the work discusses the various doctrinal positions on the issue of subjective limits of res judicata in actions where there is plurality of the legitimate objection to a single act. Examine, critically, each doctrinal position, from the standpoint of constitutional guarantees and the process of legislation, during which supports the formation of the unit necessary joinder of parties, adopting the method of edictal citation using criteria similar to the systems of the opt -in and opt-out, which legitimized to ensure the possibility of joining any of the centers of demand (and even the possibility of not joining in the demand).

Keywords: Res judicata. Subjective limits. Plurality of parts. Objection to single act.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Ampl. – Ampliada

Art. – Artigo

Arts. – Artigos

CDC – Código de Defesa do Consumidor

Cf. – Conforme

CF – Constituição Federal

Coord. – Coordenador

Coords. - Coordenadores

CPC – Código de Processo Civil

Des. – Desembargador

DJU – Diário Oficial da Justiça da União

ed. – Edição

inc. – Inciso

LACP – Lei da Ação Civil Pública

ob. – Obra

Org. – Organizador

Orgs. – Organizadores

PL – Projeto de Lei

p. – Página

Rel. – Relator

Rev. – Revisada

TJ - Tribunal de Justiça

v. – Volume

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I - DA COISA JULGADA	13
1. Da natureza jurídica, dos fundamentos e da função da coisa julgada.....	13
2. Das teorias acerca do conceito de coisa julgada.....	16
3. Do conceito <i>legal</i> de coisa julgada	25
CAPÍTULO II - DOS LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA <i>SOB UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA</i>	31
1. Considerações gerais	31
2. Do Direito Romano ao Direito Medieval	33
3. No direito moderno: as teorias marcantes.....	37
CAPÍTULO III - DOS LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA <i>NO DIREITO BRASILEIRO</i>	47
1. No Código de Processo Civil de 1973 (processo individual)	47
2. Nas Legislações Extravagantes (processos coletivos)	51
3. Situações <i>ditas</i> excepcionais à regra geral do Código de Processo Civil.....	64
3.1 LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA NOS CASOS ENTRE CREDITORES E DEVEDORES DE OBRIGAÇÕES INDIVISÍVEIS	66
3.2 LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA NOS CASOS ENTRE CREDITORES E DEVEDORES SOLIDÁRIOS	69
3.3 LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA NAS AÇÕES RELATIVAS AO ESTADO DA PESSOA	72
CAPÍTULO IV - PARTES E TERCEIROS NO PROCESSO CIVIL.....	76
1. Das Partes.....	76
1.1 CONCEITO PROCESSUAL DE PARTE	76
1.2 LEGITIMIDADE ORDINÁRIA E EXTRAORDINÁRIA: NOÇÕES GERAIS	80
2. Terceiros.....	84
2.1 CONCEITO PROCESSUAL DE TERCEIRO	84
2.2 TERCEIRO E INTERESSE NA DEMANDA	85
CAPÍTULO V – DO LITISCONSÓRCIO	89
1. Considerações Gerais	89
2. Das Classificações do Litisconsórcio	97
2.1 DO LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO, FACULTATIVO, UNITÁRIO E	

SIMPLES.....	98
CAPÍTULO VI - UM CASO SINGULAR: PLURALIDADE DE LEGITIMADOS À IMPUGNAÇÃO DE UM ÚNICO ATO	107
CAPÍTULO VII – CONCLUSÕES.....	142
REFERÊNCIAS	149
ANEXO.....	156

INTRODUÇÃO

O instituto da coisa julgada caracteriza-se como um dos temas centrais da ciência do processo, sendo um instituto jurídico universal, em que pese seja possível encontrar algumas peculiaridades em cada ordenamento normativo.

Nesse sentido, a finalidade da *res iudicata*, que consiste em zelar pela segurança das relações sociais, pois assegura a irreversibilidade das situações jurídicas decididas pelo Poder Público e, ao mesmo tempo, assegura a proteção dos direitos subjetivos das partes, é comum aos sistemas jurídicos de Estados Democráticos de Direito.

Logo, é incontestável a relevância do estudo da teoria da coisa julgada para o Direito Processual Civil, o que estimula o exame de particularidades acerca do tema que, não obstante, seja objeto de análise desde o período clássico, apresenta, ainda nos tempos atuais, problemas de difícil solução.

Nessa linha de idéias, temos nos limites subjetivos da coisa julgada um tema permeado por inúmeras problemáticas, com as quais o Direito defronta-se no dia a dia da praxe judicial.

Desde o período clássico, época em que os jurisconsultos romanos já vislumbravam a possibilidade excepcional de extensão dos limites subjetivos da coisa julgada a terceiros, às obras e ensaios elaborados por juristas da doutrina moderna com destaque aos doutrinadores italianos (de Savigny à Liebman), a polêmica acerca dos limites subjetivos da coisa julgada e sua possível extensão a terceiros perdura, embora sob enfoques peculiares distintos em cada contexto histórico.

Assim, o que nos aguça a debruçar esforços no presente trabalho é o novo enfoque constitucional conferido pelos especialistas ao estudo do processo civil, posto que a problemática dos limites subjetivos da coisa julgada passa a ser analisada sob a ótica da tutela das garantias constitucionais, mormente dos terceiros que não obstante alijados do devido processo legal, sofrem eficácia da sentença e, eventualmente, imutabilidade do conteúdo desta proferida em processo que lhes é estranho.

É, portanto, sob o enfoque das garantias constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, e, ainda, do acesso à justiça e da efetividade, que nos

propomos a analisar a possibilidade de extensão dos limites subjetivos da coisa julgada a terceiros em um caso singular: quando há pluralidade de legitimados à impugnação de um único ato.

Fixado, portanto, o primeiro problema deste trabalho.

Há, contudo, um segundo problema que deve ser objeto de estudo que é o fato de a legislação brasileira não ter disciplinado a referida casuística de forma expressa, sendo precário e deficiente o tratamento legislativo pertinente ao tema.

Logo, a deficiência legislativa quanto ao caso singular em estudo é o segundo e derradeiro problema a ser enfrentado neste trabalho.

Parece-nos, portanto, que o tema comporta pesquisa e estudo, pois o legislador processual pouco tem se dedicado a seu respeito não tendo refletido na legislação vigente, nem na que está para ser aprovada pelo Congresso Nacional (Anteprojeto do novo Código de Processo Civil), a real importância do tema.

Nesse sentido, apresentamos um rol de jurisprudências que refletem como o tema pluralidade de legitimados à impugnação de um único ato é freqüente nos tribunais brasileiros, o que reforça a necessidade, tanto quanto possível minuciosa, de estudo e reflexão sobre o tema.

Portanto, a importância do presente trabalho reside no fato de que não obstante seja precário o amparo legal sobre o objeto em estudo, este é recorrente na *praxe* forense, o que torna salutar ir além da mera constatação dessa deficiência legislativa, sendo necessário alçar vôos no campo da pesquisa e da interpretação das normas legais existentes, assim como, da doutrina pertinente, tudo com a finalidade de tecer um regramento jurídico para o tema.

Nesse particular, nos propomos a deixar a confortável posição de apontamento das falhas do sistema legal, como meros expectadores, para nos dedicarmos a propor uma leitura sistemática e reflexiva dos dispositivos constitucionais e legais vigentes.

Impõe-se registrar, contudo, que este trabalho não pretende esgotar o tema, nem defender a bandeira da verdade incontestável, pois além de termos convicção de que há muito, ainda, para refletir, não acreditamos que possa existir na Ciência Processual Civil, ramo do conhecimento em constante renovação, premissas inquestionáveis e imunes a debates.

Guardamos, no entanto, a esperança de que este trabalho possa servir de alguma valia para os admiradores e estudiosos do tema limites subjetivos da coisa julgada, mormente em casos peculiares e excepcionais.

Nesse caminho, o objetivo geral deste trabalho é examinar os limites subjetivos da coisa julgada tanto na jurisdição individual, quanto na jurisdição coletiva.

No que pertine ao objetivo específico, este cinge-se à análise do caso de pluralidade de legitimados à impugnação de um único ato com a conseqüente apresentação de uma proposta de tratamento jurídico compatível com as normas do direito processual civil e com as garantias constitucionais do processo.

Desse modo, uma vez formulados e delimitados os problemas da pesquisa, assim como, fixados os objetivos geral e específico, deve ser proposta uma ou mais respostas, ainda que provável e provisória, a qual se denomina hipótese.¹

A propósito, para a elaboração das hipóteses de investigação foi traçada uma linha de pesquisa acerca dos diversos posicionamentos doutrinários que marcaram o estudo dos limites subjetivos da coisa julgada e que culminaram com a inspiração para o regramento da matéria nos artigos 467 a 475 do Código de Processo Civil de 1973, ainda vigente no País.

Para chegarmos as nossas conclusões, sistematizamos o trabalho em sete capítulos.

No primeiro capítulo, tecemos considerações acerca do instituto da coisa julgada. Reputamos salutar discorrer sobre a natureza jurídica do referido instituto, assim como, sobre as diversas teorias que se dedicaram a conceituar a coisa julgada. Analisamos, na mesma oportunidade, o conceito de coisa julgada inserto na legislação vigente.

No segundo capítulo, examinamos o perfil evolutivo da doutrina quanto aos limites subjetivos da coisa julgada, com análise das proposições formuladas pelos juristas desde o período romano até as sucessivas teorias sobre o tema, com o estudo das obras clássicas que fizeram escola.

No terceiro capítulo, são analisadas as previsões legais acerca dos limites subjetivos da coisa julgada civil no direito brasileiro, tanto nos processos individuais,

¹ MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica: para o curso de direito**. São Paulo: Atlas S.A, 2000, p. 75.

quanto nos processos coletivos, merecendo, ainda, análise das situações excepcionais em que a regra geral de limitação subjetiva da coisa julgada às partes, regidas pelo procedimento comum do Código de Processo Civil, é mitigada.

No quarto capítulo, recorreremos ao estudo do conceito de partes e terceiros no processo civil brasileiro, pois como a regra geral dos limites subjetivos da coisa julgada (na jurisdição individual) estabelece que a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros (art. 472 do CPC), torna-se imprescindível fixar os conceitos de partes e de terceiros para análise de quem estará sujeito a autoridade da coisa julgada e quem, de outro modo, estará sujeito tão-somente à eficácia da sentença.

No quinto capítulo, tecemos considerações acerca do litisconsórcio, pois a maior parte das hipóteses de investigação formuladas em face da problemática deste trabalho, dizem respeito às espécies de litisconsórcio.

No sexto capítulo, enfrentamos o tema central do trabalho ao analisarmos as diversas posições doutrinárias quanto à problemática dos limites subjetivos da coisa julgada nas ações em que há pluralidade de legitimados à impugnação de um único ato. Neste capítulo são apresentadas as hipóteses de investigação, momento em que também são colocadas à prova sob o enfoque das garantias constitucionais do processo e da legislação vigente.

No sétimo capítulo, a título de encerramento do trabalho, apresentamos as conclusões referentes aos resultados que foram atingidos acerca da temática desenvolvida.

Por derradeiro, destacamos que na sistematização do presente trabalho, adotou-se, como regra geral, o método dedutivo, pois partimos de premissas gerais as quais defendemos ser invioláveis (como a observância às normas legais vigentes e às garantias constitucionais do processo), para chegarmos à conclusão necessária, pois fruto da aplicação concatenada de premissas lógicas traçadas nos capítulos anteriores.

CAPÍTULO I - DA COISA JULGADA

1. Da natureza jurídica, dos fundamentos e da função da coisa julgada

A coisa julgada, expressão que deriva do latim *res iudicata* (bem julgado), é um instituto previsto na Constituição Federal de 1988 e está inserida no rol de direitos e garantias fundamentais, art. 5º, inciso XXXVI, nos seguintes termos: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”

Portanto, a coisa julgada é um instituto que tem natureza constitucional e, mais do que isso, por estar inserida no rol de garantias fundamentais, apresenta a qualidade de cláusula pétrea, nos termos do art. 60, §4º da Constituição Federal.

Aqui impõe registrar que a coisa julgada não perde a natureza de garantia constitucional pela circunstância de poder ser desconstituída, diante de circunstâncias excepcionais.

Nesse sentido, nas hipóteses de cabimento da ação rescisória não se está a infirmar a garantia constitucional da coisa julgada, pois o que se está a permitir pelo ajuizamento deste tipo de ação não é a revisão pura e simples de decisão judicial já alcançada pela autoridade da coisa julgada, mas apenas a desconstituição desta em situações excepcionais, inseridas no rol taxativo do art. 485 do Código de Processo Civil.²

Portanto, a existência de autorização legal para desconstituir a coisa julgada não retira a natureza desta de garantia constitucional fundamental, posto que a desconstituição da autoridade da coisa julgada somente é autorizada em casos excepcionais, previstos taxativamente no art. 485 do Diploma Processual Civil.

De outro modo, quanto aos fundamentos da coisa julgada, escreve Teresa Arruda Alvim Wambier³ que a *res iudicata* é um instituto ligado ao princípio da segurança

² MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa Julgada Inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in) constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 70.

³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Relativização da Coisa Julgada. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de Direito Processual Civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 535.

jurídica e, portanto, a própria idéia de Estado Democrático de Direito, o que dispensaria a necessidade de sua previsão *expressa* no texto constitucional.

Nessa linha de raciocínio, ainda que a coisa julgada não estivesse sido contemplada pelo Constituinte de forma categórica, expressa, haveria de se ver a coisa julgada como uma garantia constitucional fundamental, ligada ao princípio constitucional da segurança jurídica, pois indispensável à estabilidade das relações jurídicas e, por conseguinte, a paz social.

De ver-se que acaso as partes pudessem, de forma indefinida, pleitear pelo aquilo que acreditam ser justo, não haveria estabilidade nas relações sociais e jamais se chegaria à certeza do direito e à segurança no gozo dos bens da vida.⁴

Logo, por motivos de ordem prática e de exigência social, a partir de um dado momento – que se verifica com a preclusão dos prazos para interposição de recursos – a sentença torna-se imutável, adquirindo a autoridade da coisa julgada.⁵ É o princípio da segurança jurídica como um dos fundamentos da coisa julgada.

Nesse sentido, José Joaquim Gomes Canotilho⁶ pontua que o princípio da segurança jurídica está calcado em torno de duas premissas: a estabilidade das decisões dos Poderes Públicos, que não podem ser modificadas senão quando concorrerem fundamentos relevantes e somente por meio dos procedimentos legalmente previstos, e o da previsibilidade, que leva aos cidadãos à certeza quanto ao teor das decisões judiciais.

Dessa forma, não há dúvidas de que o instituto da coisa julgada esteja ligado ao princípio da segurança jurídica, por alguns denominado como *direito fundamental à segurança jurídica*.⁷

Portanto, a coisa julgada é uma técnica processual destinada a assegurar, por um lado, a certeza quanto a uma dada situação jurídica levada a Juízo protegendo-se os

⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. 3 v, p. 45.

⁵ *Ibid.*, p. 45, nota 4.

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003, p. 264.

⁷ No sentido de que a coisa julgada é instituto ligado ao *direito fundamental à segurança jurídica*, DIDIER JÚNIOR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodium, 2009, 2 v, p.407-408.

direitos subjetivos das partes e, por outro, a autoridade das decisões proferidas pelos Poderes Públicos.

Assim, os fundamentos da coisa julgada estão relacionados à busca pela estabilização das relações jurídicas, a proteção dos direitos subjetivos das partes, a paz social e o fortalecimento da autoridade das decisões emanadas pelo Poder Judiciário.

Aliás, mais do que fortalecer a autoridade das decisões proferidas pelo Poder Judiciário, o fenômeno da coisa julgada fortalece a própria função substitutiva deste Poder, já que de nada adiantaria o Estado trazer para si a função jurisdicional e, por conseqüência, a de pacificar as lides, se as sentenças prolatadas por seus representantes não fossem dotadas de poder de submissão e imutabilidade do comando decisivo.⁸

Logo, a necessidade premente de o Estado de Direito fortalecer a função jurisdicional do Poder Judiciário também pode ser elencada como um fundamento da coisa julgada.

Por derradeiro, há que se tecer breves registros quanto à função da coisa julgada.

Alguns autores defendem que a coisa julgada apresenta uma função vinculativa *positiva* no sentido de obrigar qualquer juiz a seguir o *decisum* sobre o qual já recai a coisa julgada, quando estiver julgando outro processo entre as partes, de cujo resultado dependa logicamente a solução dada naquela decisão.⁹

Outros, contudo, defendem que a coisa julgada apresenta uma função vinculativa *negativa* no sentido de proibir qualquer órgão jurisdicional de tornar a apreciar o mérito do objeto processual sobre o qual já recai a coisa julgada,¹⁰ motivo pelo qual, o impedimento é não só de proferir uma decisão contrária à anterior, mas, simplesmente de proferir uma nova decisão.

A doutrina brasileira, por sua vez, afirma predominantemente a função negativa da coisa julgada, identificável como o *ne bis in idem*.¹¹

⁸ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Processual Civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 200.

⁹ TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 130.

¹⁰ *Ibid.*, p. 130, nota 9.

¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover. In: LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada**. Trad. Alfredo Buzaid e Benvidino Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 66.

Nesse sentido, é o próprio Código de Processo Civil,¹² em seu art. 471, *caput*, que identifica a coisa julgada como o *ne bis in idem*, ao impedir a decisão de questões já decididas referentes à mesma lide.¹³

2. Das teorias acerca do conceito de coisa julgada

No presente item apresentaremos os escritos e as teorias que com maior profundidade dedicaram-se ao estudo do conceito de coisa julgada, desde as proposições defendidas pelos jurisconsultos romanos, até chegarmos à teoria de Enrico Tullio Liebman.¹⁴

Iniciamos pela **Teoria da Presunção da Verdade**. Fundados em textos de Ulpiano (D. 1.5.25) e norteados pela filosofia escolástica, juristas da Idade Média definiam a coisa julgada como uma *presunção de verdade* contida na sentença.¹⁵

O fundamento desta teoria estava na constatação de que como nem sempre a sentença aprecia os fatos de modo correto, esta nem sempre será justa. Seguindo essa linha de raciocínio, os juristas concluíam que como até mesmo as sentenças injustas faziam coisa julgada, a sentença nem sempre reproduzia a verdade, havendo apenas uma presunção de verdade.

Logo, com o advento da coisa julgada, haveria tão-somente uma *presunção de verdade* dos fatos, pois se presumia que a sentença tinha chegado à verdade almejada. Esta conclusão estava amparada no referido texto de Ulpiano: “*res iudicata pro veritate habetur*” (a coisa julgada é tida por verdade).¹⁶

¹² Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:

I - se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;

II - nos demais casos prescritos em lei.

¹³ GRINOVER, 2007, p. 66, nota 11.

¹⁴ A Teoria da Extinção da Obrigação Jurisdicional, construída por Ugo Rocco, que vincula o conceito de coisa julgada à extinção da obrigação jurisdicional e, por consequência, na extinção do direito de ação, em que pese suas propriedades, não será objeto de análise, pois além de não ser pertinente ao objetivo geral e específico deste trabalho, não é aceita pela doutrina majoritária no direito brasileiro. LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada**. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 39.

¹⁵ SANTOS, 1997, 3 v, p. 46, nota 4.

¹⁶ *Ibid.*, p. 46, nota 4.

A Teoria da Presunção da Verdade foi adotada por Pothier e consagrada no Código Napoleônico. No Brasil, o Regimento n.º 737, de 1850, em seu artigo 185, acolheu esta teoria nos seguintes termos: “São presunções legais absolutas os fatos ou atos que a lei expressamente estabelece como verdade, ainda que haja prova em contrário, como a coisa julgada”.¹⁷

Savigny, por sua vez, desenvolveu a **Teoria da Ficção da Verdade**, que partia da premissa que a insegurança jurídica seria um grande mal para a sociedade, razão pela qual, a coisa julgada atribuiria “força legal” a uma determinada situação, independente de ser esta justa ou injusta. Por isso, na teoria de Savigny parte-se da idéia de que a coisa julgada seria uma verdade ficta (verdade aparente).¹⁸

Note-se que Savigny também parte da premissa de que sentenças injustas, seja por erro de fato ou de direito, fazem coisa julgada, razão pela qual, defende que a sentença e, posteriormente, a autoridade da coisa julgada, formam uma ficção da verdade (uma verdade artificial).¹⁹

De ver-se que a Teoria da Presunção da Verdade e da Ficção da Verdade, mormente por terem sido defendidas por estudiosos renomados como Pothier e Savigny, tiveram grande aceitação em diversos países, como na França (Código Napoleônico) e na Itália (Código Civil).²⁰

Há que se registrar, contudo, como adverte Eduardo Talamini,²¹ que a coisa julgada não estabelece presunção ou ficção da verdade dos fatos afirmados na sentença, apenas, pragmaticamente, torna imutável o resultado do provimento jurisdicional para atender a função precípua da coisa julgada, que cinge-se à segurança jurídica.

Portanto, não prosperam as assertivas no sentido de que a coisa julgada seria uma presunção ou ficção da verdade, pois o legislador ao instituir a coisa julgada não estaria preocupado em valorar a sentença no sentido de verdadeira ou falsa, mas, sim, apenas impedir que se volte a discutir questões já soberanamente decididas pelo Poder Judiciário, sendo, portanto, uma preocupação com a segurança das relações jurídicas.²²

¹⁷ SANTOS, 1997, p. 46, nota 4.

¹⁸ Ibid., p. 201-202, nota 4.

¹⁹ Ibid., p. 46, nota 4.

²⁰ LIEBMAN, 2007, p. 20, nota 14.

²¹ TALAMINI, 2004, p. 201, nota 21.

²² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito**

Desse modo, restam superadas as teorias que relacionam a coisa julgada com o conceito de "verdade".

Ato contínuo, o jurista Pagenstecher expôs a **Teoria da Força Legal, Substancial ou Constitutiva de Direito**, segundo a qual a coisa julgada cria direito, pois parte da premissa que as sentenças prolatadas pelo Poder Judiciário são criadoras de direitos, ainda quando meramente declaratórias.²³

O fundamento da coisa julgada estaria no direito novo (direito substancial), por força de lei criado pela sentença.²⁴ Daí a denominação da teoria.

Em desacordo com a Teoria Substancial, Hellwig (seguido por Binder, Stein, dentre outros) desenvolve a **Teoria da Eficácia da Declaração**, segundo a qual toda sentença possui um conteúdo *declaratório* e somente sobre este seria impressa a autoridade da coisa julgada.²⁵

Nesse particular, destaca-se que a confinação da coisa julgada ao efeito declaratório da sentença chegou a receber no Brasil a adesão de Pontes de Miranda, contudo, a doutrina dominante endossou as críticas de Liebman à teoria de Hellwig reconhecendo que a autoridade da coisa julgada também cobria os elementos constitutivos e condenatórios da sentença.²⁶

Nesse sentido, Liebman²⁷ aponta o “erro lógico” da *Teoria da Eficácia da Declaração* (Hellwig) por esta confundir, num mesmo plano, os efeitos da sentença com a coisa julgada.

Como é cediço, é de Liebman²⁸ a lição de que todos os efeitos possíveis da sentença podem ser produzidos independentemente da autoridade da coisa julgada, embora o próprio Autor reconheça que um provimento meramente declaratório desprovido da autoridade da coisa julgada é para quem o obteve menos útil.

Há de se ressaltar, contudo, que mesmo diante de um provimento meramente declaratório, é possível vislumbrar a eficácia declaratória sem a coisa julgada, como

Processual Civil e Processo de Conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 1 v, p. 598.

²³ SANTOS, 1997, 3 v, p. 202, nota 4.

²⁴ *Ibid.*, p. 47, nota 4.

²⁵ *Ibid.*, p. 202, nota 4.

²⁶ GRINOVER, 2007, p. 33-34, nota 11.

²⁷ LIEBMAN, 2007, p. 22, nota 14.

²⁸ *Ibid.*, p. 23, nota 14.

ocorre nos casos dos atos administrativos em que a declaração nestes contida é eficaz, embora não seja abarcada pela coisa julgada.²⁹

Portanto, parece-nos que Liebman tece críticas escuras à Teoria da Eficácia da Declaração não restando dúvidas de que a autoridade da coisa julgada cobre, além dos elementos declaratórios, os elementos constitutivos e os condenatórios do provimento jurisdicional.

No ponto, válida a indagação de Barbosa Moreira que ao compartilhar, ao lado de Liebman, as críticas tecidas à teoria de Hellwig, indaga: “Se o juiz anula um contrato, por exemplo, fica o resultado do processo, após o trânsito em julgado, menos imune à contestação do que ficaria se ele se limitasse a *declarar* nulo o contrato?”³⁰ O próprio processualista brasileiro responde: “Para todos os efeitos práticos, reconhece-se que, passada em julgado a sentença constitutiva, a modificação por ela produzida já não pode ser objeto de contestação juridicamente relevante.”³¹

Refutada, portanto, a Teoria da Eficácia da Declaração que limitava a autoridade da coisa julgada aos provimentos declaratórios.

Na seqüência do tempo, surge a **Teoria da Vontade do Estado**, que teve em Chiovenda um de seus maiores defensores. Segundo esta teoria, a sentença somente seria uma afirmação da vontade do Estado que garantiria a alguém um bem da vida no caso concreto e, portanto, somente a esta afirmação poderia se estender a autoridade do julgado, motivo pelo qual, a coisa julgada seria um efeito da sentença, consistente na produção de certeza acerca da afirmação da vontade concreta da lei contida na sentença.³²

Segundo a referida teoria, é por vontade do Estado que com a preclusão dos prazos para os recursos a sentença se faz imutável.³³

²⁹ TALAMINI, 2004, p. 195-196, nota 21. O Autor ainda cita que há manifestações *jurisdicionais* declaratórias que, embora destituídas da autoridade da coisa julgada, possuem eficácia declaratória. Cita, como exemplo, as sentenças proferidas em processo canônico que declaram o estado de pessoa: não se revestem da coisa julgada, mas têm eficácia declaratória.

³⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Coisa julgada e declaração. **In Temas de direito processual**. 1ª Série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 82.

³¹ *Ibid.*, p. 83, nota 30.

³² CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di Diritto Processuale Civile**. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene: Napoli, 1965, p. 909-910.

³³ SANTOS, 1997, 3 v, p. 49, nota 4.

Logo, a Teoria da Vontade do Estado considera que a coisa julgada representa a vontade do Estado em atribuir a uma determinada sentença a qualidade de ato irrevogável e de força obrigatória.

Do mesmo modo, a **Teoria de Carnelutti** defende que a autoridade da coisa julgada está no fato de a sentença ser um ato estatal, contudo, o referido Autor separou a coisa julgada sob o ponto de vista da eficácia da sentença, no sentido de que a coisa julgada representava a imperatividade da sentença diante da sua qualidade de ato estatal.³⁴

De ver-se que a teoria de Carnelutti merece destaque por trazer a distinção entre imperatividade e imutabilidade da sentença. Nesse sentido, obtempera Marcelo Abelha Rodrigues:³⁵

Segundo Carnelutti, a *imperatividade* estava ligada à idéia de eficácia da sentença e corresponderia à coisa julgada material, e existiria antes mesmo do trânsito em julgado. A *imutabilidade* da decisão seria uma decisão advinda com o trânsito em julgado e, portanto, corresponderia à coisa julgada formal.

Como agudamente observou José Carlos Barbosa Moreira, ‘invertiam-se os termos em que tradicionalmente se visualiza a relação entre a coisa julgada *material* e a coisa julgada *formal*, para ter-se aquela como antecedente desta, e não vice-versa, pois a sentença produziria efeitos (isto é, seria imperativa) desde a sua prolação, antes mesmo de preclusas as vias recursais (ou seja, antes de tornar-se imutável).

Logo, enquanto para a doutrina majoritária a coisa julgada material pressupõe a coisa julgada formal, para Carnelutti é esta que pressupõe aquela, pois a sentença produziria efeitos (imperatividade) desde a sua prolação, antes mesmo de preclusas as vias recursais (imutabilidade).

Por tudo quanto exposto, nota-se que nas mais diversas teorias vigorou a noção tradicional, inspirada nas fontes romanas, de que a coisa julgada seria um efeito da sentença.³⁶

³⁴ CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del Proceso Civil**. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Libreria “El Foro”, 1997. 1v, p. 136.

³⁵ RODRIGUES, 2008, p. 202.

³⁶ TALAMINI, 2004, p. 193-194, nota 21.

Enrico Tullio Liebman,³⁷ contudo, não obstante tenha reconhecido o mérito dos Autores que o precederam, advertiu que segundo as teorias até então vigentes acerca da coisa julgada, esta era considerada, ora como um dos efeitos da sentença, ora como a sua eficácia específica, em clara confusão, segundo sustentou o Autor, entre eficácia natural da sentença e autoridade da coisa julgada.

Ponto a ponto, Liebman refutou as teorias da coisa julgada, até então construídas, e formulou a sua própria teoria acerca do referido instituto.

Nesse sentido, como visto em linhas anteriores, Liebman criticou a teoria de Hellwig, já que esta, por vincular a coisa julgada ao efeito declaratório da sentença, excluía a possibilidade de a coisa julgada vir a alcançar os outros efeitos da sentença.³⁸

Quanto à teoria de Chiovenda, Liebman reconheceu a importante contribuição daquele Autor à doutrina da coisa julgada, ao distinguir: a) o conceito e o fenômeno da coisa julgada de conceitos e fenômenos afins; b) a autoridade da coisa julgada da simples preclusão; c) a autoridade da coisa julgada do fato processual da irrecorribilidade de uma sentença ou de um despacho interlocutório e, por isso, limitar a autoridade da coisa julgada à decisão de mérito da ação.³⁹

Todavia, Liebman⁴⁰ exorta que a teoria de Chiovenda não resiste juridicamente à crítica por um defeito fundamental: considerar a coisa julgada como efeito da sentença.

Já no tocante à teoria de Carnelutti, Liebman⁴¹ advertiu que a referida teoria também identificava, erroneamente, coisa julgada como eficácia da sentença e, com isso, não conseguia Carnelutti identificar a autoridade da coisa julgada.

Ato contínuo, após exame minucioso das teorias dos autores que o precederam, Liebman expõe a sua teoria acerca da coisa julgada em obra de incontestável contribuição para o direito processual civil, mormente para o instituto da coisa julgada: “Efficacia ed autorità della sentenza”, publicada pela primeira vez em 1935.

Segundo a **Teoria de Liebman**, a coisa julgada não é um efeito da sentença, mas, ao contrário, uma *qualidade* (imutabilidade) de que podem revestir-se os seus efeitos.⁴²

³⁷ LIEBMAN, 2007, p. 3, nota 14.

³⁸ Ibid., p. 26, nota 14.

³⁹ Ibid., p. 26, nota 14.

⁴⁰ Ibid., p. 47, nota 14.

⁴¹ Ibid., p. 49, nota 14.

Com efeito, obtempera Liebman, como ponto de partida de sua teoria, que a eficácia da sentença é um fenômeno distinto da autoridade da coisa julgada, pois enquanto a eficácia é a aptidão para produção de efeitos, a autoridade da sentença é a sua imutabilidade.⁴³ Sob este aspecto, Liebman⁴⁴ defende que como todos os atos estatais, a sentença possui uma eficácia natural, pois existe justamente e apenas para produzir determinados efeitos.

Nessa linha de idéias, a eficácia é compreendida *não* como algo extrínseco que se acresça à sentença em dado momento, mas uma propriedade intrínseca, de que ela é dotada desde o momento de seu aperfeiçoamento, é dizer, desde a publicação da sentença.⁴⁵

De ver-se que a existência de recursos com o denominado efeito suspensivo não colide com a teoria de Liebman, pois como o referido autor advertiu, a suspensão não extingue, não suprime, nem elimina a eficácia da sentença, uma vez que apenas impede que esta opere, enquanto a causa da suspensão perdurar.⁴⁶

Assim, enquanto perdurar a causa de suspensão da eficácia, esta permanece comprimida, latente, porém, pronta para se tornar operante quando a causa que der motivo a suspensão cessar.

Nestas situações, diz-se que a sentença já nasce amordaçada de sua eficácia normal,⁴⁷ mas esta continua a existir, embora, como dito, de forma latente.

Logo, pode se concluir que a sentença ainda sujeita a recurso é certamente dotada de menor estabilidade, mas, nem por isso, destituída de eficácia.⁴⁸

Nesse sentido, em raciocínio irretocável, Liebman⁴⁹ questiona: “[...] que maior prova pode haver da existência da eficácia, do que a norma que regula a sua suspensão? É possível, por acaso, suspender o que não existe?” Por óbvio, que não.

⁴² Ibid., p. 8, nota 14.

⁴³ LIEBMAN, 2007, p. 287-288, nota 14.

⁴⁴ Ibid., p. 288, nota 14.

⁴⁵ Ibid., p. 288, nota 14.

⁴⁶ Ibid., p. 289, nota 14.

⁴⁷ JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 249.

⁴⁸ LIEBMAN, 2007, p. 277, nota 14.

⁴⁹ Ibid., p. 289, nota 14.

Portanto, a eficácia da sentença é a aptidão para produção de efeitos, uma propriedade intrínseca da sentença, inerente a qualquer ato estatal, existente ainda quando a sentença está sujeita a recurso com o denominado efeito suspensivo.

De modo diverso, contudo, é o conceito de coisa julgada.

Segundo Liebman, a coisa julgada é a própria imutabilidade e indiscutibilidade da sentença e dos seus efeitos, atributo que qualifica e potencializa a eficácia natural da sentença.⁵⁰

Logo, a coisa julgada, nos termos da teoria de Liebman, deve ser compreendida como uma qualidade especial da sentença que se junta aos efeitos desta a partir de um dado momento.

Nas exatas palavras do mestre italiano, “[...] a coisa julgada é qualquer coisa mais que se ajunta para aumentar-lhes a estabilidade, e isso vale igualmente para todos os efeitos possíveis das sentenças.”⁵¹

Portanto, a coisa julgada seria a qualidade de imutabilidade da sentença e dos seus efeitos.

Em análise a teoria de Liebman, não há como contestar o seu mérito, ante a preciosa distinção técnica entre eficácia natural da sentença e autoridade da coisa julgada.

Nesse sentido, talvez seja a teoria da coisa julgada de Liebman a maior contribuição do referido autor para o direito processual civil, mormente para o estudo dos limites subjetivos da coisa julgada, pois os autores que o precederam incorreram, via de regra, no mesmo erro, qual seja, o de tentar conceituar a autoridade da coisa julgada como um efeito específico da sentença.

Nesse sentido, a doutrina brasileira aderiu, em sua grande maioria, a teoria de Liebman.⁵²

Todavia, a idéia proposta por Liebman de que a coisa julgada seria a qualidade de imutabilidade do comando da sentença e dos *efeitos* desta, encontrou algumas críticas que merecem registro.

⁵⁰ GRINOVER, 2007, p. 60, nota 11.

⁵¹ LIEBMAN, 2007, p. 23, nota 14.

⁵² GRINOVER, op. cit., p. 9-10, nota 11. A referida Autora traz à baila uma lista de doutrinadores brasileiros que adotam a teoria da coisa julgada de Enrico Tullio Liebman.

Nesse ponto, adverte Barbosa Moreira⁵³ que os efeitos que a sentença produz são modificáveis, logo, a coisa julgada não consiste propriamente na imutabilidade dos *efeitos* da sentença e, sim, na imutabilidade do próprio *conteúdo* da sentença.

Como explica o referido Autor, os efeitos da sentença poderão ser eventualmente modificados ou, até mesmo, extintos, quer porque isso às vezes deriva da sua normal atuação (por exemplo, efeito condenatório), quer porque, desde que o objeto verse sobre direito disponível, as partes podem posteriormente ajustar solução diversa (exemplo: remissão da dívida objeto da condenação). O que será impossível é obter outro *comando sentencial* para aquele mesmo objeto do processo antes decidido pela sentença revestida da autoridade da coisa julgada.⁵⁴

É de Barbosa Moreira⁵⁵ a lição de que faltou à Liebman dar o passo decisivo no sentido de libertar à problemática relativa à eficácia da sentença da teoria da coisa julgada.

Logo, das considerações já tecidas, concluímos com Liebman que a coisa julgada não é um *efeito* da sentença, mas uma *qualidade*, todavia, diversamente do defendido pelo mestre italiano, entendemos procedente a objeção de Barbosa Moreira de que esta qualidade de imutabilidade se ajunta somente ao comando (conteúdo) sentencial e, não, como defendia Liebman, a todos os efeitos da sentença e ao conteúdo sentencial.

Há que se registrar, contudo, que a crítica de Barbosa Moreira à teoria de Liebman resta adstrita ao *conceito* de coisa julgada proposto por este, uma vez que as demais premissas basilares da teoria do mestre italiano, como a distinção entre eficácia e autoridade da coisa julgada, não foram infirmadas por Barbosa Moreira.

O que se observa é que Liebman, ao construir sua teoria quanto ao instituto da coisa julgada, dedicou-se em distinguir a autoridade desta de eficácia natural da sentença, e, nesse tocante, sua teoria não merece reparos.

A crítica de Barbosa Moreira, contudo, é válida e prestigia o rigor dos conceitos teóricos, sem infirmar as premissas basilares da teoria de Liebman.

⁵³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ainda e sempre a coisa julgada. In **Direito Processual civil (ensaios e pareceres)**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 139.

⁵⁴ Ibid., p. 139, nota 53.

⁵⁵ BARBOSA MOREIRA, 1988, p. 89, nota 30.

Não é o caso, entretanto, de estendermo-nos em maiores digressões quanto às peculiaridades referentes às críticas de Barbosa Moreira à Teoria de Liebman, posto que para fins deste trabalho, o que importa registrar é a distinção entre autoridade da coisa julgada (imutabilidade do conteúdo sentencial) e eficácia da sentença.

De tudo quanto exposto, podemos tecer algumas conclusões. Começamos pela constatação de que a autoridade da coisa julgada e a eficácia da sentença são situações distintas, não similares. Enquanto a autoridade da coisa julgada é a qualidade de imutabilidade do comando sentencial, a eficácia da sentença é a aptidão desta de produzir efeitos, assim como qualquer ato estatal.

Ademais, constatamos que mesmo com a formação da coisa julgada, os efeitos do provimento jurisdicional podem, em determinadas condições, ser alterados ou extintos, sem que haja afronta a coisa julgada, pois, reitera-se, esta é a imutabilidade do *conteúdo* da sentença e não dos efeitos desta.

3. Do conceito *legal* de coisa julgada

A par das diversas teorias acerca do instituto da coisa julgada, há que se fazer o registro que a legislação brasileira cuidou, ainda que com certa atecnia, de conceituar o referido instituto.

Nesse sentido, o artigo 6º, §3º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (antes denominada Lei de Introdução ao Código Civil - LICC)⁵⁶ dispõe que: “chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso”. Todavia, o que se observa é que o dispositivo legal acaba por não definir a coisa julgada, mas, sim, o momento de sua formação.

Com efeito, ao conceituar coisa julgada como a decisão judicial em face da qual não caiba mais recurso, a Lei de Introdução as Normas de Direito Brasileiro apontou o momento em que se formará o fenômeno da coisa julgada, é dizer, quando da decisão

⁵⁶ Em 30 de dezembro de 2010 foi publicada a Lei nº 12.376, que alterou o nome da “Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro” para “Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro”. BRASIL. Lei nº 12.376. Brasília, 30 dez. 2010. **Altera a Lei de Introdução ao Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2007-2010/2010/Lei/L12376.htm. Acesso em: 10.02.2012.

judicial não couber mais recurso, mas não definiu o que seria o instituto da coisa julgada.

Dessa forma, o artigo 6º, §3º da Lei de Introdução as Normas de Direito Brasileiro se detém ao aspecto cronológico da coisa julgada e deixa de lado o seu aspecto ontológico.⁵⁷

O Código de Processo Civil de 1973, por sua vez, também trouxe a definição de coisa julgada e em dois artigos: art. 301, §3º (“há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso”) e art. 467 (“Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”).

Nas duas definições, o Código de Processo Civil não primou pelo rigor técnico.

Nesse particular, o art. 301, §3º do CPC ao estabelecer que há coisa julgada quando se repete ação que já foi decidida por sentença de que não caiba recurso, repetiu o mesmo equívoco da “definição” de coisa julgada inserida anos antes no artigo 6º, §3º da Lei de Introdução as Normas de Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/42, com alteração dada pela Lei 12.376/2010), posto que se ateu ao aspecto cronológico da coisa julgada, sem abordar o seu aspecto ontológico.

Do mesmo modo, no art. 467 do CPC, a definição de coisa julgada padece de atecnia.

Nesse ponto, dispõe o referido artigo: “denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.”

De ver-se que não obstante a proposta do legislador infraconstitucional em expor um conceito de coisa julgada *material* no art. 467 do Código de Processo Civil, ao dispor sobre a impossibilidade de se rediscutir o julgado por *recurso ordinário* ou *extraordinário*, na verdade cuidou da imutabilidade do julgado que se alcança apenas pela coisa julgada formal (imutabilidade endoprocessual).

⁵⁷ BARBOSA MOREIRA, 1971, p. 136, nota 52.

Nesse ponto, impõe registrar que a teoria da coisa julgada cuidou de estabelecer a distinção entre *giudicato formale* (coisa julgada formal) e *giudicato sostanzile* (coisa julgada material ou substancial), embora não haja unanimidade nos conceitos propostos.

A teoria de Chiovenda,⁵⁸ por sua vez, no tocante a distinção entre coisa julgada formal e material, recebeu grande acolhida pelos processualistas brasileiros, ao dispor que a coisa julgada material diz respeito à imutabilidade da sentença fora do processo, como obrigatoriedade no futuro júízo, enquanto que a coisa julgada formal se refere à indiscutibilidade da sentença dentro do processo, ocasionada pela preclusão máxima.⁵⁹

Adiante, Chiovenda⁶⁰ defendeu que a coisa julgada material somente seria capaz de alcançar a sentença que reconhece ou desconhece um bem da vida a uma das partes, ou seja, a sentença que julgar o mérito da demanda, pois somente a esta tem interesse a imutabilidade fora do processo.

Há que se registrar, contudo, que o conceito de coisa julgada formal e material não é unânime na doutrina processual, tendo Carnelutti defendido algumas particularidades acerca do conceito proposto por Chiovenda.

Nesse sentido, não obstante Carnelutti⁶¹ adote o entendimento de que a coisa julgada formal é fenômeno que “age dentro do processo” e que a coisa julgada material “age fora”, sustenta que somente aquela se refere à imutabilidade da sentença, enquanto que esta está ligada à imperatividade da sentença.

Liebman,⁶² por sua vez, teceu críticas pertinentes à teoria de Carnelutti, ao defender que a eficácia da sentença (imperatividade) não poderia ser vista como sinônimo de coisa julgada. Do mesmo modo, procedente a crítica de Liebman no sentido de que Carnelutti, ao sustentar que somente a coisa julgada formal tem ligação com a imutabilidade, incorreu em erro, pois tal proposição significaria concluir ser

⁵⁸ CHIOVENDA, 1965, p. 910-914, nota 32.

⁵⁹ No mesmo sentido e por todos (na doutrina brasileira), RODRIGUES, 2008, p. 205. Cumpre registrar, contudo, que a coisa julgada formal e a preclusão são dois fenômenos distintos. Nesse sentido, adverte, Ada Pellegrini Grinover, que enquanto “[...] a preclusão, é, subjetivamente, a perda de uma faculdade processual e, objetivamente, um fato impeditivo, a coisa julgada formal é a qualidade da decisão, ou seja, sua imutabilidade, dentro do processo.” Portanto, conclui Grinover, que preclusão e coisa julgada formal são “[...] institutos diversos, embora ligados entre si por uma relação lógica de antecedente-consequente.” GRINOVER, 2007, p. 66, nota 11.

⁶⁰ CHIOVENDA, op. cit., p. 912, nota 32.

⁶¹ CARNELUTTI, 1997, 1 v, p. 137-142, nota 34.

⁶² LIEBMAN, 2007, p. 48-50, nota 14.

possível a existência da coisa julgada material antes mesmo da sentença ser imutável, o que é incompatível com a própria finalidade do instituto da coisa julgada.

Para nós, portanto, parece assertiva a idéia predominante na doutrina brasileira contemporânea de que a coisa julgada formal é sinônimo de indiscutibilidade da decisão no processo em que ela foi proferida, tendo uma imutabilidade, portanto, apenas endoprocessual.

Logo, a coisa julgada formal é uma etapa anterior necessária para que se forme a coisa julgada material.⁶³

Em síntese sobre o tema, pontifica José Carlos Barbosa Moreira⁶⁴ que “[...] se a decisão é das que só produzem coisa julgada *formal*, o efeito preclusivo restringe-se ao interior do processo em que foi proferida.”

A coisa julgada material, por outro lado, é a verdadeira coisa julgada, pois gera efeitos não somente no processo em que surgiu, mas em todo e qualquer processo (eficácia endo/extraprocessual).

Fixados os conceitos de coisa julgada formal e material verifica-se que a definição inserta no art. 467 do Código de Processo Civil refere-se à coisa julgada formal, pois a alusão à impossibilidade de se rediscutir o julgado por *recurso ordinário ou extraordinário*, nos remete a idéia de uma estabilidade apenas dentro do processo.⁶⁵

Ada Pelegrini Grinover,⁶⁶ por sua vez, acrescenta que além da impropriedade e equívoco na conceituação de coisa julgada material, o art. 467 falhou ao ter conceituado a coisa julgada como um *efeito* da sentença (teoria alemã perfilhada por Hellwig, dentre outros autores alemães), pois a coisa julgada não seria um efeito e, sim, a qualidade de imutabilidade da sentença (teoria de Liebman seguida pela maior parte da doutrina brasileira – dentre outros, Teresa Arruda Alvim Wambier, José Miguel Garcia Medina⁶⁷).

⁶³ DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, 2 v, p. 411, nota 7.

⁶⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro. In **Temas de Direito Processual**. 1ª Série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 101.

⁶⁵ RODRIGUES, 2008, p. 207.

⁶⁶ GRINOVER, 2007, p. 10, nota 11.

⁶⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. **Dogma da coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 19-20.

No mesmo sentido, Marcelo Abelha Rodrigues⁶⁸ defende que o uso do termo “eficácia” para conceituar coisa julgada foi posto de forma equivocada, pois esta não é a aptidão para produzir efeitos (conceito de eficácia) e, sim, uma qualidade de imutabilidade do comando sentencial (conceito de coisa julgada proposto por Barbosa Moreira).

Portanto, como analisado no item anterior deste Capítulo, eficácia e coisa julgada são fenômenos distintos, logo, não primou pela técnica jurídica o art. 467 do Código de Processo Civil ao conceituar coisa julgada como a *eficácia* que torna imutável e indiscutível a sentença.

Aqui impõe registrar que o Anteprojeto do novo Código de Processo Civil (atual PL 8.046/2010),⁶⁹ em trâmite no Congresso Nacional, não se omitiu diante das críticas da doutrina ao atual conceito *legal* de coisa julgada e assim propôs a seguinte redação para o artigo que conceituará o respectivo instituto: “Denomina-se coisa julgada material a *autoridade* que torna imutável e indiscutível a sentença não mais sujeita a recurso” (grifos nossos).

Note-se que no referido Anteprojeto há uma aproximação mais nítida da teoria da coisa julgada de Enrico Tullio Liebman ao conceituar, no art. 483, a coisa julgada como a “autoridade” que torna imutável e indiscutível a sentença, sendo suprimido o termo “eficácia” do conceito de coisa julgada, até então previsto no Código de Processo Civil de 1973.

Há que se ressaltar, contudo, que o citado Anteprojeto falha ao persistir em conceituar como coisa julgada material aquilo que, em verdade, refere-se à coisa julgada formal. Isso porque ao deixar na redação do dispositivo legal, que conceituará coisa julgada, alusão à impossibilidade de se rediscutir a sentença por *recurso*, refere-se à estabilidade apenas dentro do próprio processo, é dizer, à coisa julgada formal.

Nesse ponto, o Anteprojeto do novo Código de Processo Civil substituiu a expressão “sentença não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”, disposta no art. 467 do CPC vigente, por, simplesmente, “sentença não mais sujeita a recurso” permanecendo, entretanto, com a palavra “recurso”.

⁶⁸ RODRIGUES, op. cit., p. 206.

⁶⁹ BRASIL. PL 8.046/2010. Brasília. **Dispõe sobre o Anteprojeto do novo Código de Processo Civil.** Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em: 05.03.2012.

Logo, em que pese o Anteprojeto do novo Código de Processo Civil tenha suprimido o termo “eficácia” do conceito de coisa julgada, tendo acolhido, nesse sentido, a crítica da doutrina majoritária que refuta o conceito de coisa julgada como eficácia da sentença, não suprimiu - até o momento - a expressão “não mais sujeita a recurso”, o que nos remete ao conceito de coisa julgada formal (endoprocessual).

Parece-nos, no entanto, que não obstante a atecnia do legislador ao conceituar coisa julgada nos diversos dispositivos normativos pátrios, a concepção da *res iudicata* como a qualidade de imutabilidade do comando sentencial, concepção por nós acolhida, pode ser extraída dos dispositivos legais vigentes a partir de uma interpretação sistemática.

CAPÍTULO II - DOS LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA SOB UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA

1. Considerações gerais

A regra de limitação subjetiva da coisa julgada às partes, inserta no art. 472 do Código de Processo Civil Brasileiro, teve inspiração no direito romano, em escritos de juriconsultos clássicos como Ulpiano, Paulo dentre outros.

Não se sustente, contudo, que desde o período romano haveria um estudo autônomo do direito processual civil frente ao direito material.

Com efeito, na época do direito romano clássico, não se vislumbrava o processo como um ramo autônomo do direito, mas apenas como um apêndice do direito material. O direito processual, portanto, era visto como um direito adjetivo, posto que só “[...] ostentava existência útil se ligado ao direito substantivo.”⁷⁰

A independência entre direito processual e direito material, por sua vez, somente ocorreu na Era Moderna em razão, principalmente, da forte doutrina processualística alemã da segunda metade do século XIX.⁷¹

Nesse período, nasce o direito processual civil como ciência, tendo a doutrina germânica fixado o arcabouço de conceitos do direito processual civil.⁷²

Não se afirme, contudo, que institutos afetos à ciência processual civil, como a coisa julgada, somente teriam sido objeto de estudo quando do surgimento do direito processual civil como ramo autônomo do direito material.

⁷⁰ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 30.

⁷¹ *Ibid.*, p. 32, nota 70.

⁷² *Ibid.*, p. 32-33, nota 70. O Autor se dedica no capítulo primeiro da citada obra a traçar com maior precisão o marco inicial do direito processual civil como ciência e ramo autônomo frente ao direito material. Cf.: “Não por acaso, pois, aponta-se como marco inicial do processo civil o direito racional, presidido pelas altas e abstratas idéias inerentes ao clima científico da modernidade, nem pode surpreender que já se tenha identificado na produção de Chiovenda um mentalismo conceitual exacerbado, já que o ‘doutrinarismo’ dominou mesmo os primeiros tempos da história do direito processual civil [...]”

Com efeito, a leitura dos escritos clássicos indicam que o instituto da coisa julgada foi objeto de estudo pelos juristas clássicos, inclusive, a idéia de limitação subjetiva da coisa julgada às partes.

Portanto, institutos clássicos do direito processual civil foram objeto de estudo desde o Direito Romano.⁷³

Feitas estas breves digressões, passaremos, nas linhas seguintes deste Capítulo, ao estudo do passado para compreensão do Direito vigente, pois se é claro que o passado não se altera, o presente pode ser aperfeiçoado com o conhecimento aprofundado da origem e da finalidade dos institutos, sempre à luz de um olhar crítico do que prosperou e do que sucumbiu na marcha do tempo.

Sob esta perspectiva de compreensão da origem do regramento pertinente à limitação subjetiva da coisa julgada, começamos o estudo pelo direito romano, não sem razão, aliás, pois além deste direito compreender um período de 12 séculos de evolução, diversos institutos que datam o antigo direito romano sobreviveram em nosso ordenamento jurídico, alguns ligados à teoria do processo, como a coisa julgada, e outros ligados à teoria do direito civil, como diversos tipos de contratos (compra e venda, mútuo, comodato, penhor e hipoteca).⁷⁴

Os itens seguintes deste capítulo, portanto, são destinados à leitura reflexiva das teorias acerca dos limites subjetivos da coisa julgada, desde o direito romano ao direito moderno.

⁷³Fixamos neste trabalho, por razões de corte metodológico, o direito romano como o marco inicial histórico para estudo do sub-item “Dos antecedentes históricos”. Não excluimos, contudo, a possibilidade de que o instituto da coisa julgada possa ter sido objeto de análise em ordenamentos jurídicos anteriores ao período clássico.

⁷⁴CRETTELA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.10

2. Do Direito Romano ao Direito Medieval

As fontes clássicas comprovam que os juristas romanos tinham consciência de que a sentença, ato judicial que colocava termo ao processo, deveria gerar imediata coisa julgada e produzir efeitos somente *inter partes*.⁷⁵

Nessa linha de idéias, juristas como Ulpiano, Paulo, Modestino, Labeão, dentre outros, concebiam a idéia de limitação subjetiva da coisa julgada às partes,⁷⁶ conforme se extrai da análise dos fragmentos compilados no Digesto.

Aqui impõe registrar que não obstante ser o Digesto uma compilação datada de época *pós*-clássica, os fragmentos que o compõem foram recolhidos das obras de jurisconsultos clássicos, o que nos permite caracterizá-lo como fonte primária do período clássico.

Nesse sentido, as fontes para estudo do processo civil romano podem ser classificadas em primárias e secundárias. Como fontes primárias entendam-se as fontes que não foram alteradas na marcha do tempo, mantendo-se incólumes. Por fontes secundárias ou derivadas entendam-se as fontes que, apenas por método indutivo, nos permite alcançar o mais próximo possível das idéias do texto original.⁷⁷

Diante dos conceitos de fonte primária e secundária, o Digesto pode ser definido como fonte primária do período clássico, pois fruto de uma compilação de escritos *originais* dos jurisconsultos desta época.

Para fins do presente trabalho, nos limitamos à transcrição somente de escritos do Digesto que resumem o objeto em estudo: a) Ulpiano “[...] como as coisas julgadas entre uns não causam prejuízo a outros [...]”; b) Paulo “[...] a coisa julgada entre uns não costuma aproveitar nem prejudicar a outrem [...]”; c) Modestino “Modestino respondeu que a coisa julgada entre uns não prejudica a outros.”; d) Labeão “[...] não é possível, julgando entre outros, mudar o direito de terceiro”.⁷⁸

⁷⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 46

⁷⁶ SANTOS, 1997, 3 v, p. 68-69, nota 4.

⁷⁷ AZEVEDO, Luiz Carlos de; CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Lições de História do Processo Civil Romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p.28.

⁷⁸ CRUZ E TUCCI, 2006, p. 46, nota 75. O Autor ainda esclarece que com o passar do tempo a regra de limitação subjetiva da coisa julgada às partes tornou-se sedimentada na constituição dos imperadores

A visão dos romanos sobre os limites subjetivos da coisa julgada, portanto, estava bem delimitada nos escritos de seus expoentes juriconsultos e não deixava dúvidas de que na sociedade antiga, a concepção de autoridade da coisa julgada era, regra geral, restrita às partes do processo, não atingindo a esfera jurídica de terceiros.

Trata-se de clara influência do princípio da relatividade dos negócios jurídicos, que também remonta ao direito romano.

Há que se tecer, contudo, um breve registro quanto às considerações do jurista romano Macro quanto à possibilidade de a sentença proferida *inter partes* vir a repercutir efeitos na esfera jurídica de terceiros, ainda que de forma excepcional.

Nesse contexto, é preciso lembrar que na Era Antiga, marcada pela magnitude do Império Romano, os cidadãos não viviam isolados, ao contrário, habitavam em vilas populosas onde a atividade comercial - intensa nesse período -, tornava estreitos os vínculos entre as pessoas.

Nessa linha de idéias, não é difícil vislumbrar, no campo fático, exemplos em que transações realizadas entre dois indivíduos poderiam vir a repercutir na esfera de terceiros. Um exemplo singelo, mas que pensamos ser esclarecedor, é o caso de uma transação de compra e venda realizada entre dois comerciantes do ramo de tecidos, onde o Comprador Salim se desfez de uma vultosa quantia para a compra dos tecidos desejados, vindo a esgotar todas as suas reservas financeiras. Ora, se Salim tiver uma lista de credores com créditos a vencer em 48 (quarenta e dois) horas após a data da realização da grande compra de tecidos, a não ser que estes tecidos adquiridos sejam revendidos no prazo de dois dias, os credores de Salim não receberão seus créditos na data apazada, pois a operação comercial realizada entre Salim e Nagib – este, vendedor de tecidos – esgotou as reservas financeiras de Salim, fato que prejudicou a relação entre este e seus respectivos credores.

Trocando em miúdos, a relação jurídica envolvendo Salim e Nagib, qual seja, compra e venda, repercutiu na relação jurídica que Salim tinha com os demais indivíduos, qual seja, de débito e crédito.

Dioclesiano e Maximiliano, do ano 289, que determinou: “É evidentíssimo direito, que não se pode prejudicar aqueles que não estiveram, reunidos no processo”.

Logo, mesmo na sociedade denominada pela História como Antiga ou Clássica, já era possível visualizar a existência de relações jurídicas *inter partes* que repercutiam efeitos frente a terceiros, ainda que de forma reflexa.

Nesse ponto, necessário o registro que, no campo processual, idêntico fenômeno poderia vir a ocorrer, é dizer, uma ação *inter partes* poderia vir a ter para um terceiro uma relevância de natureza prejudicial ao afirmado direito deste.

Para Cruz e Tucci,⁷⁹ os escritos de Macro revelam que os juristas clássicos tinham como clarividente essa efetiva possibilidade. Explica aquele autor que Macro, partindo da máxima *res inter alios iudicatas aliis non praeiudicare* (a coisa julgada entre as partes não prejudica terceiros), ressaltava que esta nem sempre podia ser observada, havendo necessidade de se distinguir as espécies de terceiros. Assim, estes poderiam ser aqueles que mesmo tendo ciência do processo, entre outros sujeitos, não gozavam de qualquer benefício, nem suportavam qualquer prejuízo em razão do processo alheio, ou, aqueles que, ao contrário, eram prejudicados ou beneficiados. Na primeira situação, dentre os exemplos listados por Macro, está o do herdeiro do devedor, o qual, apesar de saber que o credor havia agido contra outro herdeiro, não estava adstrito à sentença a este desfavorável; na segunda situação, um dos exemplos citados era o caso de um cidadão que viesse a intervir num processo *inter alios*, relativamente a seu liberto, e que este fosse declarado escravo ou liberto de outro.

Logo, desde o período da Idade Antiga, a problemática da extensão dos efeitos da coisa julgada a terceiros era objeto de estudo, não tendo passado despercebido pelos jurisconsultos romanos que uma sentença proferida *inter partes* pudesse vir a produzir efeitos perante terceiros.

Ato contínuo, com o declínio do Império Romano e fim da Idade Antiga, o direito canônico passou a ter expressividade no ramo do direito processual, sem, contudo, desviar-se dos ensinamentos jurídicos basilares deixados pelos romanos.

Nesse particular, o direito canônico, que era o direito da comunidade religiosa dos cristãos, foi o único direito escrito durante a maior parte da Idade Média. Inicialmente, foi elaborado para aplicação restrita aos membros e autoridades do clero católico, contudo, sua influência transpôs os muros da Igreja Católica, tendo tido

⁷⁹ CRUZ E TUCCI, 2006, p. 48-49, nota 75.

reflexos nas legislações da Europa Ocidental em razão do alargamento do poder jurisdicional dos Tribunais Eclesiásticos, que durante a Idade Média, estendeu-se aos leigos.⁸⁰

Assim, com o advento da Idade Média e a forte influência da Igreja Católica nas relações sociais, não é de se estranhar que a produção científica, nos diversos ramos do conhecimento, florescesse nos interiores das Igrejas. No campo do Direito, é bem verdade, não foi diferente, mormente quanto aos temas “jurisdição” e “processo”.⁸¹

Com efeito, dentre as heranças do direito canônico, podemos citar: (a) a exigência de obrigatoriedade de constituição de um advogado para o Réu, nos processos inquisitoriais em que aquele negasse as acusações; (b) o reconhecimento de um sistema de recursos e (c) a racionalização da prova, ante a proibição dos ordálios.⁸²

Já no tocante a delimitação subjetiva da coisa julgada, aspecto que importa ressaltar para fins do presente trabalho, esclarece Cruz e Tucci⁸³ que os glosadores prestigiaram o mérito das proposições romanas e reiteraram a premissa de que a sentença (e, posteriormente, a coisa julgada) não prejudica nem beneficia terceiros, não deixando, contudo, de repisar as exceções romanas à regra geral, além de citar outras nas quais esta concepção restritiva da eficácia subjetiva da sentença somente às partes não se verificava.

Há que se destacar, entretanto, que os glosadores medievais não se limitaram à reprodução dos estudos da *res iudicata* do período do Império Romano, tendo contribuído para o estudo e para a evolução da teoria da coisa julgada ao criar a idéia de distinção entre a sentença e a coisa julgada por meio do critério da impugnabilidade, uma vez que se consagrou, neste período da história, o entendimento de que a coisa julgada era a expressão reservada à sentença não mais sujeita a qualquer recurso.⁸⁴

⁸⁰NASPOLINI, Samyra Haydêe. Aspectos históricos, políticos e legais da inquisição. **Fundamentos de História do Direito**. In: Antonio Carlos Wolkmer (Org). 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 31.

⁸¹LOPES, José Reinaldo Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. São Paulo: Max limonad, 2002, p.99. Para um estudo aprofundado acerca da desmistificação do direito canônico: ZAGANELLI, Margareth Vetis; ANDRADE, Osvaldo Lucas. Em favor do método: erros e falácias sobre os ritos processuais da Inquisição e a importância do Direito Canônico. In: ZAGANELLI, Margareth Vetis. **Estudos de História do Processo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

⁸²ZAGANELLI; ANDRADE, *ibid.*, p. 183-184, nota 81.

⁸³CRUZ E TUCCI, 2006, p. 50, nota 75.

⁸⁴*Ibid.*, p. 50, nota 75.

Portanto, o direito canônico distinguia o conceito de sentença do conceito de coisa julgada.

Diante do que se expôs, resta concluir que a contribuição dos juristas romanos e dos glosadores medievais é inestimável à teoria da coisa julgada, mormente no que pertine aos limites subjetivos da coisa julgada.

Em síntese, a regra romana de limitação da autoridade da coisa julgada às partes, não beneficiando, nem, muito menos, prejudicando terceiros, conservou-se como regra fundamental dos limites subjetivos da coisa julgada na marcha do tempo.

Do mesmo modo, a idéia de que a eficácia da sentença pudesse vir a atingir terceiros, consiste em um legado deixado pelos juristas romanos de contribuição inestimável para o estudo da problemática dos limites subjetivos da coisa julgada frente a terceiros.

Portanto, incontestável a contribuição científica deixada pelo direito romano e, ainda que em menores proporções, pelo direito medieval, no tocante ao tema “limites subjetivos da coisa julgada.”

3. No direito moderno: as teorias marcantes

Na França, na era Moderna, reafirmou-se a máxima romana que a autoridade da coisa julgada era limitada às partes não se reconhecendo direitos, nem constituindo obrigações, a terceiros. Essa máxima tinha **valor absoluto** para os juristas modernos e foi consagrada no Código Civil de Napoleão (*Code Civil des Français* ou Código Civil Francês) no art. 1351:⁸⁵

A autoridade da coisa julgada só tem lugar relativamente ao que constitui objeto de julgamento. É necessário que a coisa pedida seja a mesma; que o pedido seja fundado sobre a mesma causa; que o pedido seja entre as mesmas partes e formulado por elas ou contra elas na mesma qualidade.

⁸⁵ CRUZ E TUCCI, 2006, p. 55, nota 75.

Na Idade Moderna, portanto, o Código Civil Francês, que influenciou legislações de diversos países como Itália e Brasil, acolheu a máxima romana de delimitação subjetiva da autoridade da coisa julgada às partes.

Nessa fase evolutiva, a doutrina francesa marcada por juristas como Domat e Pothier, assinalou a importância da distinção entre os conceitos de partes e terceiros, posto que tão-somente a par da compreensão exata de quem é parte no processo e de quem é terceiro, diga-se, estranho ao processo, é que a regra de limitação da autoridade da coisa julgada às partes poderia ser compreendida com clareza em cada caso concreto.⁸⁶

No decorrer do século XIX, contudo, os tribunais passaram a questionar o valor absoluto da regra de que a coisa julgada somente atinge as partes, pois os casos práticos levados a julgamentos nas Cortes revelavam que não somente as partes, em sentido formal, eram atingidas pela coisa julgada, mas também terceiros, em dadas situações.⁸⁷

A *praxe* forense, portanto, levou os juristas a repensar a idéia restritiva de limitação subjetiva do julgado às partes e a estudar o fenômeno da limitação subjetiva da coisa julgada a partir de outras premissas.

Nesse contexto histórico, surge a **Teoria da Representação** segundo a qual, em alguns casos, a coisa julgada se estendia a terceiros que podiam ser considerados representados no processo por uma das partes.⁸⁸

Pela Teoria da Representação, os terceiros considerados como representados no processo eram os sucessores universais, os sucessores a título particular, os credores e os mandatários legais e convencionais (incluídos os co-devedores solidários e o fiador, mas não os co-credores solidários, e tampouco os co-devedores e os co-credores de obrigação indivisível).⁸⁹

Assim, de acordo com a Teoria da Representação, a autoridade da coisa julgada vinculava as partes e os terceiros, sendo estes considerados, tão-somente, aqueles representados no processo por uma das partes.

⁸⁶ CRUZ E TUCCI, 2006, p. 54, nota 75.

⁸⁷ Ibid., p. 55, nota 75.

⁸⁸ CARPI, Federico. **L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile.** n. 3, p. 12.

⁸⁹ CRUZ E TUCCI, op. cit., p. 56, nota 75.

Foi Savigny, entretanto, que esmiuçou a Teoria da Representação para explicitar as hipóteses em que se justificava a extensão dos efeitos da coisa julgada a terceiros.

Na **Teoria apresentada por Savigny**,⁹⁰ os terceiros atingidos pela coisa julgada eram:

[...] o filho, quando o pai o representa numa ação de estado da pessoa; o legatário, quando confirmada, por sentença, a validade do testamento em litígio entre os herdeiros legítimo e testamentário; o credor pignoratício, na ação promovida pelo devedor; o marido, na demanda relativa ao dote, ajuizada ou contestada pelo sogro ou pela mulher; o comprador, na ação reivindicatória promovida contra o devedor responsável pela evicção.

[...] o condômino que age isoladamente como autor de ação confessória ou negatória de servidão.

Para a Teoria da Representação, portanto, que teve em Savigny o seu maior expoente, a coisa julgada não atingia somente as partes, mas também os terceiros, em razão de laços de representação que estes mantinham com uma das partes, e, ainda, terceiros cujo interesse estivesse representado no processo por uma delas.⁹¹

A Teoria da Representação, contudo, recebeu críticas da doutrina por dispor de uma idéia de representação que não se coadunava com o conceito do instituto jurídico denominado como “representação”, além de também não se prestar para explicar diversas hipóteses em que se vislumbrava a extensão dos efeitos da sentença a terceiros.⁹²

Nesse contexto, surgiu a teoria construída por Ihering, aluno de Savigny, denominada **Teoria da Eficácia Reflexa dos Atos Jurídicos**. É bem verdade que a tese exposta pelo referido Autor era dedicada, inicialmente, ao direito civil, ramo ao qual Ihering dirigiu a maior parte de seus escritos, contudo, a preciosidade e a clareza da distinção feita pelo referido Autor entre efeitos diretos e efeitos reflexos repercutiram para o estudo de outros institutos do direito como o dos limites subjetivos da coisa julgada.

Nesse ponto, de acordo com a Teoria da Eficácia Reflexa, os atos jurídicos, assim como os atos da natureza, projetam efeitos diretos, que são previstos, desejados e

⁹⁰ SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Sistema del diritto romano attuale**, v. 6, p.510-514.

⁹¹ SANTOS, 1997. 3 v, p. 70, nota 4.

⁹² Ibid., p. 70, nota 4.

relacionados ao conteúdo e a função do ato, e efeitos reflexos, não desejáveis, mas inevitáveis, que poderão atingir sujeitos diversos daqueles interessados na eficácia direta/natural do ato, é dizer, poderão vir a atingir terceiros.⁹³

De acordo com a Teoria de Iheringh, portanto, assim como na natureza não se podem evitar os efeitos reflexos de um fenômeno natural, na ciência do direito, quando ocorre um ato jurídico, não há como isolar os efeitos reflexos, pois estes são involuntários.

Nesse sentido, Moacyr Amaral Santos⁹⁴ cita o exemplo clássico da tese de Iheringh que é representado pela pedra atirada num lago. Ao redor do ponto em que cai o objeto formam-se vagas concêntricas: neste caso, houve “[...] um efeito querido e previsto – acertar a pedra em um dado lugar do lago; as vagas que se formaram foram efeitos reflexos.”

Assim, de forma semelhante ao que ocorre no caso da pedra atirada no lago, os atos jurídicos produzem efeitos diretos, previstos e desejáveis, mas em razão destes ocorrem efeitos indiretos, reflexos e inevitáveis. Essa é a síntese da Teoria da Eficácia Reflexa dos Atos Jurídicos.

Ato contínuo, os juristas alemães importaram a idéia central da Teoria da Eficácia Reflexa dos Atos Jurídicos para o direito processual civil e, assim, construíram a **Teoria dos Efeitos Reflexos da Coisa Julgada (ou Teoria da Eficácia Reflexa da Coisa Julgada a Terceiros)** convictos de que a coisa julgada formada em um processo *inter partes*, em dadas situações concretas, repercutiam na esfera do direito de terceiros.⁹⁵ Essa teoria teve como seus maiores expositores **Wach, Mendelssohn Bartholdy e Chiovenda**.

Segundo a Teoria dos Efeitos Reflexos da Coisa Julgada, a *res iudicata* produz efeitos diretos entre as partes, por elas previstos, mas também efeitos indiretos ou reflexos em relação a terceiros, não previstos pelas partes, mas inevitáveis.⁹⁶ É a idéia de que entre as partes, a coisa julgada opera efeitos diretos e, em relação a todos, efeitos reflexos.

⁹³ CRUZ E TUCCI, 2006, p. 61-62, nota 75.

⁹⁴ SANTOS, 2007, 3 v, p. 71, nota 4.

⁹⁵ CRUZ E TUCCI, op. cit., p. 63, nota 75.

⁹⁶ SANTOS, op. cit., p. 71, nota 4.

Essa concepção, por sua vez, como já tivemos a oportunidade de analisar (cf. item 2 deste Capítulo), era vislumbrada desde o direito romano, quando os juristas já afirmavam a possibilidade de terceiros virem a ser atingidos pelos efeitos da sentença e, por consequência, da coisa julgada.

Foi Albrecht Mendelssohn Barthody, contudo, discípulo de Wach, quem defendeu a idéia de que qualquer terceiro deveria reconhecer a eficácia da sentença definitiva proferida entre as partes.⁹⁷ Era a idéia de que a sentença entre Salim e Nagib vale em relação a todos, enquanto for sentença entre Salim e Nagib.

Na Itália, por sua vez, foi Chiovenda quem interpretou com fidelidade a Teoria de Wach.

Nessa esteira de idéias, Chiovenda sustenta que a sentença, como todo ato jurídico, existe e vale em relação a todos, mas não pode prejudicar terceiros (prejuízo jurídico).⁹⁸

De fato, afirmar que a sentença e, posteriormente, a coisa julgada vale em relação a terceiros, não significa dizer que possa prejudicar terceiros, mas apenas que todos devem reconhecer a existência da coisa julgada.

Além disso, quando Chiovenda sustenta que terceiros não podem sofrer prejuízo decorrente de coisa julgada alheia, refere-se a prejuízo *jurídico* admitindo, assim, a possibilidade de que terceiros possam vir a sofrer prejuízo de fato (econômico).⁹⁹

Portanto, não há como contestar que Chiovenda foi um dos maiores intérpretes da doutrina alemã na Itália, tendo desenvolvido as idéias propostas por Wach.

Nesse sentido, Chiovenda não se limitou a reiterar a tese de que a coisa julgada formada em um processo pudesse vir a refletir na esfera do direito de terceiros, idéia central da Teoria da Eficácia Reflexa da Coisa Julgada a Terceiros (Wach). O citado Autor italiano, ao contrário, desenvolveu a lição de Wach e contribuiu para o estudo dos limites subjetivos da coisa julgada ao sustentar que essa possível extensão da *res iudicata* não poderia causar prejuízo *jurídico* a terceiros.

⁹⁷ CRUZ E TUCCI, 2006, p. 64, nota 75.

⁹⁸ SANTOS, 2007, 3 v, p. 71-72, nota 4.

⁹⁹ CRUZ E TUCCI, op. cit., p. 66, nota 75.

Chiovenda ainda tece uma tipologia de terceiros, mas é Emilio Betti que, posteriormente, influenciado pela teoria da eficácia reflexa da coisa julgada, desenvolve com maior profundidade uma classificação de terceiros.

O pensamento de Chiovenda, por sua vez, foi alvo de críticas, principalmente em razão de o referido Autor ter deixado de desenvolver a dinâmica da coisa julgada em face das diversas categorias de terceiros.¹⁰⁰

Posteriormente, **Emilio Betti**, na esteira da teoria da eficácia reflexa, cria três classificações de terceiros, a saber: a) terceiros juridicamente *indiferentes*, que são estranhos à relação jurídica decidida em juízo e titulares de direito compatível com a decisão. Para estes a sentença, quando muito, poderá acarretar-lhes um prejuízo de fato, sendo irrelevante, no entanto, sob o aspecto jurídico; b) terceiros juridicamente *interessados, não sujeitos à exceção de coisa julgada*, que são titulares de direito incompatíveis com a sentença. Para estes a sentença é juridicamente irrelevante e podem desconhecer a coisa julgada formada *inter alios*; c) terceiros juridicamente *interessados, sujeitos à exceção de coisa julgada*, que são os que se encontram subordinados à posição jurídica das partes. Para estes a sentença é juridicamente relevante, pois a coisa julgada formada entre as partes se estende *inter alios*.¹⁰¹

Carnelutti, que também se dedicou ao estudo do fenômeno da eficácia reflexa da coisa julgada, reconhece o mérito da classificação de Betti, tanto que utiliza em sua teoria terminologias próprias da obra deste Autor, como *terceiro juridicamente interessado* e *terceiro juridicamente indiferente*. Contudo, em trabalho específico dedicado ao tema, Carnelutti tece críticas agudas às idéias de Betti que merecem registros.

Nesse ponto, afirma Carnelutti que entre a categoria de terceiros juridicamente indiferentes e terceiros juridicamente interessados, não sujeitos à exceção da coisa julgada, não há qualquer distinção, pois se a coisa julgada não os vincula, serão sempre e simplesmente terceiros. Ademais, sustenta que os terceiros juridicamente interessados sujeitos à exceção da coisa julgada, são, na verdade, sujeitos da relação de direito material e, portanto, são a própria parte (em sentido material).¹⁰²

¹⁰⁰ CRUZ E TUCCI, 2006, p. 68, nota 75.

¹⁰¹ Ibid., p. 71-72, nota 75.

¹⁰² Ibid., p. 74, nota 75.

Adverte Cruz e Tucci,¹⁰³ contudo, que Carnelutti, na fase final de sua obra, nega a existência de quaisquer efeitos reflexos e acaba por incluir, numa mesma categoria, a eficácia entre as partes e aquela contra terceiros, sob o fundamento de que o que é limitado às partes é o objeto da ação e, não, os efeitos da sentença e da coisa julgada.

Enrico Allorio,¹⁰⁴ posteriormente, construiu a sua própria **Teoria da Eficácia Reflexa**, calcado na idéia de que a sentença é válida (valor absoluto) entre as partes e perante terceiros, mas frente àqueles, tem eficácia direta, frente a estes, tem uma eficácia reflexa. Para o referido Autor, o ponto distintivo entre efeitos diretos e efeitos reflexos da coisa julgada está na análise do conceito de “destinação precípua”, sendo que enquanto os efeitos diretos decorrem da destinação precípua da sentença, a qual tende a produzir coisa julgada para as partes, os efeitos reflexos não se inserem na destinação precípua do ato.¹⁰⁵

Allorio¹⁰⁶ ainda sustenta que a produção dos efeitos reflexos constitui um fenômeno natural, lógico, decorrente dos nexos estruturais entre relações jurídicas.

Para compreensão da Teoria de Allorio, adverte Cruz e Tucci¹⁰⁷ que é necessário ter na devida conta que Allorio não distingue eficácia da sentença de autoridade da coisa julgada, logo, quando Allorio afirma que a sentença vale em relação a terceiros, refere-se, de qualquer modo, à incontestabilidade da decisão.

Feito este esclarecimento nos parece assertiva a crítica de Liebman¹⁰⁸ à Teoria de Allorio:

No terreno do direito positivo, a tese de que a coisa julgada vale *erga omnes* encontra obstáculo.

Intransponível no art. 1351 do Cód. Civil italiano. Infundada é a afirmação, de que as partes são nesse artigo indicadas, como simples elemento de identificação do objeto, pois que dispõe a lei que a autoridade da coisa julgada não se realiza, se a *demand*a não for *entre as mesmas partes*, e os artigos. 494, nº 5, e 517, nº 8, do Cód. de Proc. Civil italiano repetem que ocorre violação da coisa julgada somente quando a sentença é contrária a outra precedente sentença, pronunciada *entre as mesmas partes*. Se têm as palavras significação,

¹⁰³ Ibid., p. 75-76, nota 75.

¹⁰⁴ ALLORIO, Enrico. **La cosa giudicata rispetto ai terzi**. Milano: Giuffrè, 1992, p. 65.

¹⁰⁵ Ibid., p. 114, nota 104.

¹⁰⁶ Ibid., p. 82, nota 104.

¹⁰⁷ CRUZ E TUCCI, 2006, p. 76-77, nota 75.

¹⁰⁸ LIEBMAN, 2007, p. 181, nota 14.

quer isso dizer que as partes do processo em que se levanta a exceção de coisa julgada devem ser as mesmas do processo em que se formou a coisa julgada. (grifos originais)

Acrescente-se, com Cruz e Tucci,¹⁰⁹ que transcorridas quase quatro décadas da obra de Allorio, no início da década de 70, a tendência de ampliação subjetiva da coisa julgada, que então predominava no ambiente da doutrina processual italiana, transformou-se em objeto de reflexão. A mudança de pensamento foi decorrência da valorização cada vez mais crescente do contraditório, o que levou os processualistas a reverem suas teses quanto à extensão da imutabilidade da sentença frente a terceiros.

Nesse contexto, Allorio revisita a sua teoria, construída em 1935, e modificando o seu pensamento, ressalva que no tocante à relação jurídica de garantia, se a coisa julgada sobre a existência desta relação for superveniente ao momento de formação da garantia (relação dependente), não poderá haver dúvida de que se impõe preservar o direito de o terceiro ser ouvido.¹¹⁰

No mesmo ano, Enrico Tullio Liebman publica o clássico “*Efficacia ed autorità della sentenza*” (Eficácia e autoridade da sentença) que revolucionaria o estudo dos limites subjetivos da coisa julgada.

Nesse sentido, após a publicação da **Teoria de Liebman** em 1935, a doutrina passou a dividir-se em duas correntes: aqueles que acolhem a teoria do mestre italiano e, ao revés, aqueles que são contrários à teoria de Liebman. O que não há como negar é que a referência à Liebman é ponto nodal nos trabalhos científicos que se destinam ao estudo dos limites subjetivos da coisa julgada.

De ver-se que a principal crítica de Liebman as teorias que estudaram o instituto da sentença e da coisa julgada era que aquelas concebiam a autoridade da coisa julgada como um efeito da sentença, quando, segundo Liebman, a coisa julgada seria uma *qualidade dos seus efeitos* que a torna imutável (cf. item 2, Capítulo I).¹¹¹

Logo, de acordo com a Teoria de Liebman, a coisa julgada não é um efeito ulterior e diverso da sentença, mas uma qualidade dos seus efeitos, mas precisamente

¹⁰⁹ CRUZ E TUCCI, 2006, p. 82-84, nota 75.

¹¹⁰ Ibid., p. 84, nota 75.

¹¹¹ LIEBMAN, 2007, p. 165, nota 14.

sua imutabilidade. Com o trânsito em julgado, os efeitos da sentença tornar-se-íam imutáveis.

É de Liebman, também, como visto, a idéia de distinção entre eficácia natural da sentença de autoridade da coisa julgada. Nesse sentido, enquanto a eficácia (natural) da sentença era extensível a todos (sem limitação subjetiva), a autoridade da coisa julgada estava limitada às partes.¹¹²

Por conseqüência, todos os terceiros estão sujeitos à eficácia natural da sentença, por ser esta um ato emanado do poder estatal, logo, dotado de imperatividade. De outro modo, a autoridade da coisa julgada permanecia limitada às partes.

Neste tocante, conclui Liebman,¹¹³ “[...] a sentença, nos limites do seu objeto, é sempre oponível a eles [terceiros], que lhes podem repelir os efeitos, demonstrando à sua injustiça, uma vez que tenham interesse jurídico nessa demonstração.”

Assim, se diante da eficácia natural da sentença terceiros vierem a ser prejudicados, Liebman defende que estes podem opor-se em face desta sentença, caso sofram prejuízo jurídico, por meio dos instrumentos processuais adequados. Aqueles terceiros que, por ventura, vierem apenas apresentar prejuízo prático ou econômico, não poderão insurgir-se em face da sentença transita em julgado.

A Teoria de Liebman, portanto, construiu com precisão e rigor técnico a distinção entre eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada, sendo um dos maiores méritos (senão o maior) da teoria liebmaniana, a defesa de que a autoridade da coisa julgada é limitada às partes, enquanto a eficácia é subjetivamente ilimitada (*erga omnes*).

Nesse sentido, a teoria de Liebman é de importância salutar para o estudo do instituto da *res iudicata*, mormente no tocante aos limites subjetivos da coisa julgada.

Do mesmo modo, ao sustentar que todos, inclusive terceiros, estão submetidos à eficácia da sentença, Liebman confirma o que os jurisconsultos romanos já haviam observado, é dizer, a possibilidade de terceiros virem a sofrer prejuízo diante de uma sentença prolatada *inter alios* (cf. item 2, Capítulo II).

Parece-nos, portanto, que não obstante a teoria da coisa julgada de Liebman tenha recebido críticas pontuais, mormente por vincular erroneamente o conceito de

¹¹² LIEBMAN, 2007, p. 165, nota 14.

¹¹³ Ibid., p. 165, nota 14.

coisa julgada à imutabilidade dos *efeitos* da sentença (e não ao comando desta, como visto no Capítulo I, item 2 do presente trabalho), a referida teoria deixou um legado incontestável para solução dos problemas referentes aos limites subjetivos da coisa julgada.

Conclui-se, destarte, após exposição das diversas teorias sobre a eficácia da sentença e a extensão da coisa julgada, ao longo deste capítulo, que não há unanimidade de pensamento no campo doutrinário no que pertine ao referido tema. Contudo, do cotejo entre as diversas teorias, algumas proposições devem ser fixadas, pois, não raras vezes, uma teoria tem seu pensamento complementado por outra, embora cada qual tenha sido construída em épocas distintas.

Assim, acerca das teorias que marcaram o estudo científico dos limites subjetivos da coisa julgada, podemos tecer as seguintes proposições: a) a regra de que a sentença somente vincula as partes em face das quais é prolatada, não beneficiando nem prejudicando terceiros, tem origem no direito romano-canônico; b) a coisa julgada é eficaz para todos, é dizer, tem aptidão de produzir efeitos tanto perante as partes, quanto perante terceiros (*erga omnes*), proposição defendida com rigor técnico na teoria de Enrico Tullio Liebman; c) a distinção entre eficácia direta da coisa julgada, que afeta diretamente às partes e, eficácia reflexa, que, eventualmente, atinge terceiros, explicou, por um determinado tempo, o fato de terceiros excepcionalmente serem alcançados pela eficácia da sentença proferida *inter alios*; d) aos terceiros que vierem a sofrer prejuízo jurídico em face de sentença proferida *inter alios* e, por conseqüência, da coisa julgada formada, é permitido opor-se a *res iudicata* por meio dos instrumentos processuais adequados; e) a distinção entre eficácia direta e eficácia reflexa da sentença (e da coisa julgada) encontra-se superada, pois a eficácia que alcança terceiros é a mesma eficácia que alcança as partes, conforme alcançou Liebman; f) a eficácia da sentença (aptidão de produzir efeitos) não se confunde com autoridade da coisa julgada (qualidade de imutabilidade do comando sentencial), ideia central da teoria da coisa julgada formulada por Liebman.

CAPÍTULO III - DOS LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA NO DIREITO BRASILEIRO

1. No Código de Processo Civil de 1973 (processo individual)

O estudo dos limites subjetivos da coisa julgada, em apertada síntese, compreende identificar *quem* se submete a coisa julgada.¹¹⁴

Segundo Liebman,¹¹⁵ somente as partes se submetem a autoridade da coisa julgada, é dizer, a imutabilidade do conteúdo da sentença vale apenas entre as partes. É o fenômeno da limitação subjetiva da coisa julgada às partes, inspirado nas fontes romanas (“*res inter alios iudicatas aliis non praejudicare*”), consagrado pela legislação brasileira na 1ª parte do art. 472 do Código de Processo Civil de 1973, sede legal dos limites subjetivos da coisa julgada nos processos individuais.

Nesse ponto, a redação do referido artigo é taxativa: “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros.”

Logo, a regra do Código de Processo Civil quanto aos limites subjetivos da coisa julgada civil, na jurisdição individual, é que a coisa julgada vincula somente as partes (inter partes), embora seja eficaz para todos.

Nesse sentido, a adoção pelo Código de Processo Civil do princípio da limitação subjetiva da coisa julgada às partes revela o acolhimento pelo legislador da teoria de Liebman, o que é muito natural, quando se verifica que o autor do anteprojeto do CPC de 1973 foi Alfredo Buzaid (Ministro da Justiça, na época), discípulo de Liebman no Brasil.

Nessa senda, ao limitar a autoridade da coisa julgada às partes, cuidou o legislador de proteger a posição do terceiro que, não tendo integrado no processo, não participou do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV da CF/88), nem do contraditório e da ampla

¹¹⁴ O estudo dos limites objetivos da coisa julgada, que determina quais as partes da sentença que ficam cobertas pela imutabilidade, não é objeto do presente trabalho. Faz-se o registro, contudo, que os arts. 468 e 469 do Código de Processo Civil disciplinam referida matéria.

¹¹⁵ LIEBMAN, 2007, p. 52, nota 14.

defesa (art. 5º, inciso LV da CF/88), estando alijado dos atos que precederam o julgamento final.

Logo, por não terem participado do processo, os terceiros, regra geral, segundo a teoria de Liebman - acolhida no Brasil -, não sofrerão a *autoridade* da coisa julgada, pois a eles não foram asseguradas as garantias constitucionais do processo como o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório.

Não fosse isso, há que se ponderar que a todos é assegurada a garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição, consagrada no art. 5º, inciso XXXV da Carta Maior, donde há de se aferir que a todos é permitido o amplo acesso à justiça, o que apenas fortalece a regra geral de que os sujeitos que não participaram do processo (terceiros) mantém preservado o seu respectivo direito de ação.

A limitação da coisa julgada às partes, portanto, é decorrência da confluência de diversas garantias constitucionais do processo, como o devido processo legal (art. 5º, inc. LIV da CF/88), o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, inc. LV da CF/88) e o acesso à justiça (art. 5º, inc. XXXV da CF/88).

Portanto, injusto e inconstitucional seria admitir que a imutabilidade do julgado pudesse se estender para quem não atuou como parte,¹¹⁶ salvo nas hipóteses expressamente previstas em Lei.

Ato contínuo, necessário se faz relembrar, de forma sucinta, alguns conceitos fixados em linhas anteriores quanto à distinção entre a autoridade da coisa julgada e a eficácia da sentença (cf. item 2, Capítulo I).

Nesse sentido, como visto, acolheu-se no Brasil a teoria de Liebman,¹¹⁷ em que se sustenta, preliminarmente, ser a sentença eficaz para todos, uma vez que todos devem reconhecer que o juiz, julgando entre as partes, proferiu sua decisão.

Logo, a sentença é dotada de eficácia e esta é oponível a todos, diretamente as partes, mas extensíveis a coletividade, uma vez que o Juiz é o órgão ao qual atribui o Estado o mister de fazer atuar a vontade da lei e, portanto, no exercício desta função, sua sentença é eficaz para todos, inclusive para terceiros.

¹¹⁶ RODRIGUES, 2008, p. 212.

¹¹⁷ LIEBMAN, 2007, p. 08-15, nota 14.

Aliás, não somente a sentença, mas qualquer decisão judicial possui uma eficácia natural que obriga todos a reconhecê-la como um ato público e estatal. A eficácia da sentença é, portanto, *erga omnes*.

Obtempera, ainda, Liebman,¹¹⁸ que diversamente do que ocorre com as partes, para quem, além de eficaz, a sentença torna-se imutável, para os terceiros a sentença também é eficaz, mas não ficando coberta pelo julgado é discutível a qualquer tempo.

A regra no Código de Processo Civil (jurisdição individual) seria, portanto, que os terceiros estão sujeitos à eficácia da sentença, mas não a autoridade da coisa julgada.¹¹⁹

Aqui impõe registrar, contudo, que não obstante estejam os terceiros submetidos, em regra, apenas a eficácia natural da sentença, caso haja prejudicialidade do direito de terceiro pela decisão referente à outra relação jurídica, este poderá valer-se de remédios processuais para afastar o prejuízo sofrido.

Embargos de terceiro, recurso de terceiro, mandado de segurança e ação rescisória são remédios processuais que se mostram adequados para o terceiro, eventualmente prejudicado (prejuízo jurídico) em face de uma sentença prolatada em processo que não integrou.¹²⁰

Deve ser observado, entretanto, conforme adverte José Rogério Cruz e Tucci, que “[...] numerosos são os sujeitos para os quais a sentença proferida *inter alios* pode ser relevante; mas, limitado é, ao invés, o âmbito de terceiros contra os quais a decisão pode produzir eficácia jurídica”.¹²¹

Nessa linha de idéias, há que se distinguir entre terceiros *juridicamente indiferentes* e terceiros *juridicamente interessados*, pois somente estes últimos têm legitimidade e interesse processual para afastar o prejuízo jurídico.¹²²

A despeito de o tema “Partes e Terceiros” vir a ser tratado com maior profundidade no Capítulo IV, por ora, é útil apenas o seguinte critério de distinção entre terceiros juridicamente *indiferentes* e terceiros juridicamente *interessados*: aqueles não sofrem prejuízo jurídico, estes, ao revés, sofrem. Ademais, apenas aos terceiros

¹¹⁸ LIEBMAN, 2007, p. 283, nota 14.

¹¹⁹ Ibid., p. 111, nota 14.

¹²⁰ CRUZ E TUCCI, 2006, p.178-189, nota 75.

¹²¹ Ibid., p. 173, nota 75.

¹²² LIEBMAN, op. cit., p. 195, nota 14.

juridicamente interessados são disponibilizados instrumentos processuais hábeis à impugnação de sentença proferida *inter alios*.

Dito isto, temos que diante da eficácia natural da sentença, caso terceiros venham apresentar prejuízo *jurídico*, estes poderão vir a se insurgir diante da sentença proferida em processo alheio.

Portanto, na jurisdição individual (processo individual), a autoridade da coisa julgada é restrita às partes, mas a eficácia natural da sentença alcança a todos. Nesse ínterim, contudo, caso haja prejuízo a terceiros juridicamente interessados, estes poderão valer-se de instrumentos processuais para afastar os prejuízos sofridos, uma vez que por não terem ingressado à lide individual, não tiveram a oportunidade de exercer o contraditório, nem a ampla defesa, não tendo, assim, participado das etapas processuais que antecederam o julgamento, razão pela qual, podem opor-se à coisa julgada alheia.

Em apertada síntese: para os terceiros a sentença é somente *eficaz*, mas não ficando coberta pela autoridade do julgado é discutível a qualquer tempo, em caso de prejuízo jurídico; de outro modo, para as partes, a sentença além de eficaz, reveste-se da *autoridade* da coisa julgada e, assim, se torna imutável e indiscutível.

Não obstante, contudo, a maestria conduzida por Liebman na distinção entre *eficácia natural* da sentença e *autoridade* da coisa julgada, a doutrina brasileira ao definir quem estaria submetido à *autoridade* do julgado utilizou, com atecnia, o termo “efeitos” não desvinculando, portanto, eficácia de autoridade da coisa julgada. Feita esta advertência, passamos aos conceitos dos denominados “efeitos” do julgado.

Nesse sentido, a doutrina define que os *efeitos* do julgado podem operar-se *inter partes* (quando a vinculação atinge somente às partes), *ultra partes* (quando a vinculação atinge não somente as partes, mas também determinados terceiros) e *erga omnes* (quando vincula a todos os jurisdicionados).¹²³

Nessa linha de idéias, dizer que o julgado produzirá “efeitos” *inter partes* significa que a autoridade da coisa julgada recairá apenas nos sujeitos do processo, limitando a estes a imutabilidade do julgado. Esta é a regra geral do Código de Processo Civil vigente, inserta no art. 472, como visto em linhas anteriores.

¹²³ DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, 2 v, p. 418-421, nota 7.

De outro modo, dar-se-á o nome de “efeitos” *ultra partes* do julgado quando a autoridade da coisa julgada atinge terceiros determinados, deixando de limitar-se às partes. É o que ocorre, por exemplo, quando a autoridade da coisa julgada atinge o terceiro adquirente de coisa litigiosa, assim como, quando a autoridade da coisa julgada atinge tanto o substituto processual, quanto o substituído, no fenômeno da substituição processual.

Há, ainda, o denominado “efeito” *erga omnes*, que ocorre quando a autoridade da coisa julgada se opera em relação a todos. Quando se está diante de uma decisão dotada de eficácia *erga omnes*, como ocorre nos acórdãos proferidos nas ações diretas de inconstitucionalidade (ADI`s), nas ações declaratórias de constitucionalidade (ADC`s) e nas arguições de descumprimento de preceito fundamental (ADPF`s), não somente as partes litigantes estarão vinculadas a autoridade da coisa julgada, mas todo e qualquer jurisdicionado.

Por todo o exposto, conclui-se que a regra quanto aos limites subjetivos da coisa julgada nos processos individuais está inserta no art. 472, 1ª parte, do Código de Processo Civil e dispõe que a coisa julgada é confinada às partes (sujeitos que participaram do processo). Existem, é bem verdade, exceções a esta regra geral e, algumas destas, serão objeto de estudo no item 3 deste Capítulo.

Já quanto às ações coletivas, a regra geral é que a coisa julgada vai atingir necessariamente quem não foi parte formal do processo, sendo o regramento da coisa julgada disciplinado em instrumentos legais específicos e distintos ao comando do art. 472 do CPC. Passamos, então, à análise das regras nucleares do regime dos limites subjetivos da coisa julgada nas ações coletivas.

2. Nas Legislações Extravagantes (processos coletivos)

Como visto, enquanto no Código de Processo Civil, elaborado para regulamentar as ações individuais em que as partes são determinadas e identificadas, prevalece a regra da limitação subjetiva da autoridade da coisa julgada às partes, nas ações coletivas, a regra geral quanto aos limites subjetivos da coisa julgada é a extensão da autoridade desta *erga omnes* ou *ultra partes*.

Há, portanto, nas ações coletivas, um rompimento com o regramento do art. 472 do Código de Processo Civil, o que é natural, pois é da essência dos litígios coletivos que a autoridade da coisa julgada atinja aqueles que não participaram da lide.

Nessa linha de idéias, diz-se que o regime jurídico da coisa julgada coletiva é bastante diferenciado do regime jurídico da coisa julgada do procedimento comum, sendo este um dos aspectos que mais distinguem o processo coletivo do individual.¹²⁴

Em verdade, isso ocorre por diversas razões que merecem breves apontamentos.

Iniciamos pela justificativa que nos parece ser de simples percepção, qual seja, a de que caso a autoridade da coisa julgada somente alcançasse as partes de um dado litígio, o Réu, em tese, poderia ser demandado infinitas vezes pelos demais legitimados estando exposto de forma indefinida ao Poder Judiciário (dentro do prazo prescricional). Além da insegurança jurídica, o Réu sofreria com o alto custo de defesa para cada processo ajuizado isoladamente e, pior, sequer poderia vir a sustentar a existência de uma decisão procedente em seu favor, já que a coisa julgada proferida em processo anterior não poderia lhe beneficiar, ante a regra de limitação da coisa julgada às partes.¹²⁵ Por outro lado, o Poder Judiciário também não poderia estar autorizado a sempre rever as suas decisões.¹²⁶

Logo, a regra geral de eficácia *erga omnes* ou *ultra partes* nas ações coletivas, deve-se, inicialmente, ao princípio da segurança jurídica, que como visto no Capítulo I deste trabalho, é um dos fundamentos basilares da coisa julgada.

Há outras razões, contudo, que também justificam um regime diferenciado à coisa julgada coletiva, dentre estas, a espécie de legitimidade ativa das ações coletivas.

Nesse ponto, impõe registrar que como na tutela coletiva o legitimado é sempre um ente que não é o titular do direito coletivo, ou, ao menos, não é o titular exclusivo do direito coletivo afirmado (legitimidade extraordinária concorrente), ante a adoção da técnica da substituição processual,¹²⁷ nada mais natural que haja a extensão da

¹²⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo**. 3 ed. Bahia: JusPodium, 2008. 4 v, p. 369.

¹²⁵ ALVIM, Eduardo Arruda. Coisa julgada e litispendência no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 177.

¹²⁶ DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, op. cit., p. 370, nota 124.

¹²⁷ É importante o registro que a doutrina não é unânime em afirmar que nas ações coletivas a legitimidade ativa seja exercida na modalidade de substituição processual. Nesse sentido, Eduardo Arruda

autoridade da coisa julgada a terceiros, pois estes são os titulares do direito coletivo (ou, também titulares) decidido em Juízo.

Aqui impõe registrar que diferentemente do sistema codificado, que traz a previsão da tutela conjunta mediante o litisconsórcio ativo, nas ações coletivas há autorização legal expressa para que os direitos sejam tutelados em conjunto mediante a técnica da substituição processual.¹²⁸

Nas palavras de Eduardo Arruda Alvim,¹²⁹ “[...] é da essência dos processos coletivos que seus efeitos afetem os que ‘estão fora do processo’, ou seja, os beneficiários da decisão (e não os que atuam).”

Do mesmo modo, a eventual impossibilidade de os titulares da relação jurídica material litigiosa estarem presentes, em sua totalidade, por si próprios no processo coletivo, também justifica o regime de extensão da autoridade da coisa julgada a terceiros (titulares da relação jurídica material), sendo dispensadas maiores digressões nesse tocante.

Temos, ainda, na indivisibilidade do objeto nas ações coletivas que abarcam direitos difusos ou coletivos em sentido estrito e na proteção da isonomia nas ações coletivas que versam sobre direitos individuais homogêneos, razões que justificam e autorizam a cláusula “*erga omnes*” ou “*ultra partes*” da coisa julgada coletiva.¹³⁰

Alvim: “Nesse contexto, soa equivocada a transposição, pura e simples, de conceitos já arraigados na sistemática do Código de Processo Civil, em especial o de substituição processual, para caracterizar-se a atuação em juízo dos que agem em prol de interesses difusos e coletivos *stricto sensu*. Nem mesmo no caso de interesses individuais homogêneos, segundo pensamos, pode-se falar com inteira propriedade em substituição processual. Deveras, se é correto asseverar que no caso dos interesses individuais homogêneos há algo mais próximo da substituição processual do que sucede no caso dos difusos e coletivos (em relação a essas duas hipóteses, Nelson Nery JÚNIOR. e Rosa Nery falam em legitimação autônoma para a condução do processo), ainda assim, há profundas diferenças com o regime do Código de Processo Civil. Veja-se que a substituição processual, que é espécie de legitimação extraordinária, consubstanciada, no sistema do Código de Processo Civil, uma situação excepcional, dependente, sempre, de lei expressa (art. 6º.º); já no sistema do Código de Defesa do Consumidor, o atuar dos entes legitimados pelos incisos I a IV do art. 82 [...] em prol de interesses individuais homogêneos é a regra, e não a exceção. Ademais, o atuar do substituto processual atinge o substituído para beneficiá-lo e para prejudicá-lo; já no sistema do Código de Defesa do Consumidor, os potenciais titulares de interesses individuais homogêneos não são, jamais, prejudicados pelo resultado adverso da ação coletiva, a menos que nesta tenham intervindo como litisconsortes (parte final do § 2º do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor). [...] De qualquer forma, para os fins deste trabalho, em que pesem as afirmações acima apontadas, trataremos esta hipótese (interesses individuais homogêneos) como sendo de substituição processual.” ALVIM, Eduardo Arruda, 2007, p. 176, nota 125.

¹²⁸ZAVASCKI, 2007, p. 20, nota 128.

¹²⁹ALVIM, op. cit., p. 174, nota 125.

¹³⁰MATTOS, Luiz Norton Baptista de. A litispendência e a coisa julgada nas ações coletivas segundo o código de defesa do consumidor e os anteprojetos do código de processos coletivos. In: GRINOVER, Ada

Essas, portanto, são as razões que justificam a existência de um regime jurídico especial dos limites subjetivos da coisa julgada nas ações coletivas, em que aquilo que é exceção no sistema do Código de Processo Civil (a coisa julgada atingir quem não tenha atuado no processo) é regra em se tratando de ações coletivas.

Nessa linha de idéias, há que se destacar que o primeiro diploma legal brasileiro a tratar do regramento da coisa julgada coletiva foi a Lei de Ação Popular (Lei 4.717/65),¹³¹ que trouxe a previsão de extensão da coisa julgada a todos (*erga omnes*), nos casos de procedência da ação.

Com efeito, a ação popular foi o instrumento processual pioneiro destinado à tutela de direitos difusos da sociedade brasileira, mediante a legitimação ativa dos cidadãos, pela técnica da substituição processual.¹³²

Logo, a tutela de direitos difusos e a circunstância destes direitos serem defendidos em juízo por substituto processual, podem ser enumeradas como as características centrais da ação popular. Nesse ponto, há que se observar que são justamente essas características que justificam o regime da coisa julgada, na ação popular, ser *erga omnes*.

A explicação é simples: se a legitimidade ativa na ação popular opera-se mediante o instituto da substituição processual, por consequência, a autoridade da coisa julgada estende-se aos substitutos processuais, conforme regra geral da coisa julgada na substituição processual. Quem seriam, então, os substitutos processuais? Como os direitos tutelados na ação popular são os direitos difusos, os substitutos processuais são toda a coletividade.

Logo, o regime dos limites subjetivos da coisa julgada na ação popular é *erga omnes* em razão, não só, da natureza dos direitos tutelados neste tipo de ação coletiva (direitos difusos), mas, também, em razão destes direitos serem defendidos em juízo por substituto processual.

Nesse sentido, o art. 18 da Lei 4.717/65:

Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; Watanabe, Kazuo (coords.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 200.

¹³¹ A ação popular ingressou no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição de 1934, contudo, o tratamento da *coisa julgada* nas ações populares somente foi disciplinado pela primeira vez, posteriormente, na Lei 4.717/65.

¹³² ZAVASCKI, 2007, p. 90, nota 128.

A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível "erga omnes", exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Em análise ao dispositivo legal supra transcrito, conclui-se que salvo na hipótese de improcedência por insuficiência de provas, o regime dos limites subjetivos da coisa julgada na ação popular será *erga omnes*. A exceção está apenas na hipótese de julgamento de improcedência por deficiência de provas, o que se justifica em razão da preocupação do legislador em proteger os substitutos processuais de possível negligência ou má-fé do substituto processual (autor da ação) que venha agir em conluio com o Réu.

Todavia, se a ação popular foi o instrumento processual precursor na tutela de direitos difusos, a ação civil pública, de outro modo, em data posterior, significou um marco histórico para o sistema de tutela coletiva ao representar o mecanismo de defesa dos denominados direitos difusos e coletivos.¹³³

Nesse passo, a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) enriqueceu o sistema de tutela coletiva no Brasil, pois antes de seu advento, o sistema brasileiro só contava com a ação popular para defesa dos direitos transindividuais.

Ato contínuo, citamos como características principais da ação civil pública: (a) a legitimidade ativa exercida por meio da substituição processual e (b) a tutela de direitos transindividuais (difusos e coletivos).

Por conseqüência, assim como visto nas ações populares, o regime da coisa julgada nas ações civis públicas é *erga omnes*, salvo quando nelas for proferido julgamento de improcedência por falta de provas, hipótese em que, qualquer legitimado, munido de novas provas, poderá renovar a ação.¹³⁴

¹³³ Embora a ação civil pública tenha sido concebida, originariamente, para a tutela de interesses difusos e coletivos, a jurisprudência vem entendendo que os direitos individuais homogêneos, quando *socialmente relevantes*, devem também ostentar tratamento pela via da ação civil pública. Nesse sentido, Eduardo Arruda Alvim: "Foi somente a partir do disposto no art. 21 da LACP, aí colocado por obra do Código de Defesa do Consumidor, que a ação civil pública passou legitimamente a poder ser utilizada em relação a situações individuais, como aí se faz referência [...]." ALVIM, Eduardo Arruda, 2007, p. 185, nota 125.

¹³⁴ Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. (Redação dada pela Lei nº 9.494, de 10.9.1997)

A razão de haver nas ações civis públicas extensão subjetiva da coisa julgada a terceiros justifica-se pelo fato de a tutela dos direitos defendidos em Juízo ser feita por substituto processual e pela natureza dos direitos tutelados (difusos e coletivos).

Portanto, também nas ações civis públicas, o regime da coisa julgada é *erga omnes*, salvo na hipótese de improcedência por insuficiência de provas.

Conclui-se, assim, que tanto na tutela de direitos difusos, quanto na tutela de direitos coletivos, há o que se denomina coisa julgada *secundum eventum litis*, é dizer, de acordo com o resultado do processo, cujo objetivo é proteger o direito da coletividade contra eventual conduta negligente ou evitada de má-fé do legitimado extraordinário.

Sob essa linha de raciocínio, o legislador disciplinou que no caso de improcedência da ação coletiva por insuficiência de provas, quando se tratar de direitos difusos e coletivos, não haverá a formação da coisa julgada material, nem mesmo em face daquele que propôs a demanda julgada improcedente, posto que até mesmo este legitimado poderá ajuizar nova ação coletiva, desde que se valha de prova (s) nova (s).

Ato contínuo, em prosseguimento a análise das experiências brasileiras no âmbito do processo coletivo, não podemos deixar de mencionar a Constituição Federal de 1988, pois embora não tenha trazido regras quanto aos limites subjetivos da coisa julgada coletiva, tema afeto ao presente trabalho, trouxe importantes inovações na seara do litígio coletivo como a ampliação do âmbito da ação popular, a criação do mandado de segurança coletivo, a constitucionalização da ação civil pública e a legitimação do Ministério Público para promover esta espécie de ação.¹³⁵

Não há como negar, contudo, que foi com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) que as ações coletivas ganharam notoriedade no direito pátrio.

Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor passou a representar o modelo estrutural para as ações coletivas, uma vez que encontra aplicabilidade não apenas para os processos relacionados com a proteção judicial do consumidor, mas

¹³⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. Coisa julgada e litispendência no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 33.

também, em geral, para a defesa de quaisquer direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos por determinação expressa do art. 21 da Lei 7.347/85, acrescentado por força do art. 117 da Lei 8.078/90.¹³⁶

Normatizou, assim, o Código de Defesa do Consumidor, os aspectos centrais da tutela jurisdicional coletiva, desde a legitimação ativa até o rito de execução, além de fixar os conceitos de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Aliás, a Lei 8.078/90 disciplinou, além da tutela dos direitos difusos e coletivos, a tutela dos direitos individuais homogêneos (art. 81 do CDC). Estes últimos, por sua vez, podem ser definidos como o conjunto de direitos subjetivos individuais que, “[...] embora pertencendo a distintas pessoas, têm a assemelhá-los uma origem comum, o que lhes dá um grau de *homogeneidade* suficiente para ensejar a sua defesa coletiva.”¹³⁷

De ver-se que é por meio da ação civil coletiva (art. 91 do CDC), denominação conferida pelo Código de Defesa do Consumidor, que o legislador ampliou a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos que, até então, eram tutelados de forma conjunta somente por meio do regime de litisconsórcio ativo, regulado pelo Código de Processo Civil.

Quanto às regras sobre a coisa julgada coletiva no Código de Defesa do Consumidor, as mesmas encontram-se nos artigos 103 e 104 do CDC.¹³⁸

¹³⁶ MENDES, 2010, p. 196-197, nota 131. Dispõe o artigo 117 do CDC: Acrescente-se à Lei n° 7.347, de 24 de julho de 1985, o seguinte dispositivo, renumerando-se os seguintes: ‘Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor’.

¹³⁷ ZAVASCKI, 2007, p. 20, nota 128.

¹³⁸ Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

§ 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

§ 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

§ 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei n° 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.

§ 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

No caso dos *direitos difusos*, o art. 103, inciso I do CDC dispõe que a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá ajuizar outra ação, desde que munido por prova (s) nova (s).

A autoridade da coisa julgada, portanto, em caso de procedência da ação, atingirá toda coletividade. Já no caso de improcedência por insuficiência de provas, a sentença *não* estará revestida pelo manto da coisa julgada material e qualquer legitimado, inclusive aquele que ajuizou a primeira demanda, poderá renovar a ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.¹³⁹

Até essa análise, não há modificações no regime da coisa julgada dos direitos difusos quando re-lembramos que semelhante formulação já havia sido prevista na Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65) e na Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85). O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), contudo, adentrou em particularidades antes não trazidas nas leis anteriores.

Nesse sentido, por exemplo, restou disciplinado no Código de Defesa do Consumidor, que se for julgada improcedente a ação coletiva sem ter sido por deficiência de provas, não poderá vir a ser repetida a ação *coletiva*, mas as ações individuais poderão ser propostas, segundo dispõe o art. 103, §1º do CDC: “Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.”

Logo, o que não se admite é que sendo uma ação coletiva julgada improcedente, sem qualquer indicação de que tenha sido por insuficiência de provas, em seguida seja proposta outra ação coletiva, pois o efeito *erga omnes* atinge os legitimados à propositura da ação coletiva, segundo dispõe o art. 103, §1º do CDC.

Portanto, no caso de improcedência, sem ter sido por insuficiência de provas, a expressão *erga omnes* dirá respeito unicamente aos co-legitimados da ação coletiva que não poderão repetir a mesma ação, mas não dirá respeito àqueles que, apesar da improcedência em sede coletiva, entendam-se prejudicados, sendo a estes oportunizado o direito de proposição de ações individuais.¹⁴⁰

¹³⁹GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 855.

¹⁴⁰ALVIM, 2007, p. 179-180, nota 125.

Aliás, outra não poderia ser a disposição legislativa, uma vez que entre a ação coletiva julgada improcedente (sem que tenha sido por insuficiência de provas) e a ação individual proposta posteriormente, haveria semelhança somente quanto à causa de pedir, já que o pedido e as partes serão diferentes.¹⁴¹

Logo, a denegação do pedido coletivo não poderia jamais obstar o direito de ação individual.

Portanto, há que se concluir que diante dos direitos difusos, a expressão coisa julgada *erga omnes*, inserta no art. 103 do CDC, possui duplo significado: (a) se procedente o pedido, os efeitos da sentença atingem a todos os legitimados a ajuizar ações coletivas (art. 82 do CDC) e a qualquer membro da coletividade individualmente considerado; (b) se improcedente o pedido, salvo por insuficiência de provas, tais efeitos atingem somente os legitimados do art. 82 do CDC, mas não fica impedida a propositura de ações individuais.¹⁴²

De outro modo, no caso dos direitos coletivos *stricto sensu*, a sentença fará coisa julgada *ultra partes*, atingindo a todos os membros de um grupo ou classe, salvo, também, no caso improcedência por insuficiência de provas.

Ada Pellegrini Grinover¹⁴³ destaca que a única diferença do regime dos limites subjetivos da coisa julgada para defesa dos direitos difusos e o destinado à defesa dos direitos coletivos reside na extensão dos efeitos da sentença com relação a terceiros. Se tratar-se de interesses difusos, a extensão da coisa julgada será para toda a coletividade; se tratar-se de interesses coletivos, essa extensão estará restrita aos membros da categoria ou classe. Justamente em função disso, pontua a Autora que o inciso II, do artigo 103 do CDC substitui a expressão *erga omnes* (utilizada no inciso I), por *ultra partes*, que traz uma idéia de limitação.

Logo, diante de interesses difusos e coletivos *stricto sensu*, o regime da coisa julgada é *erga omnes* e *ultra partes*, respectivamente, ressalvados os casos de rejeição da demanda por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá re-propor a demanda, com o mesmo fundamento, desde que munido de provas novas (art. 103, I e II do CDC).

¹⁴¹ ALVIM, 2007, p. 180, nota 125.

¹⁴² Ibid., p. 181, nota 125.

¹⁴³ GRINOVER, 2001, p. 856, nota 140.

Quanto aos direitos coletivos *stricto sensu*, aplica-se também a regra do art. 103, §1º do CDC, que disciplina que eventual improcedência da ação coletiva, ainda que seja por motivo diverso ao de insuficiência de provas, não obsta a propositura de ações individuais (“Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe”).

Assim, pode-se afirmar que também diante dos direitos coletivos *stricto sensu*, a expressão *ultra partes*, inserta no art. 103 do CDC, terá um significado distinto: (a) se procedente o pedido, atinge a todos os legitimados a ajuizar a ações coletivas e os titulares dos direitos coletivos individualmente considerados; (b) se improcedente o pedido, salvo por insuficiência de provas (pois nesse caso a lei não veda sequer o ajuizamento de nova ação coletiva pelo mesmo legitimado que ajuizara a primeira ação), tais efeitos atingem somente os legitimados do art. 82 do CDC (que não poderão ajuizar nova ação coletiva com o mesmo pedido), mas não fica impedida a propositura de demandas individuais.¹⁴⁴ Todavia, se houver demandas individuais concomitantes à coletiva, o autor deverá pedir a suspensão da ação individual para poder beneficiar-se do resultado da demanda coletiva, nos termos do art. 104 do CDC.

Por fim, reitera-se que no caso de improcedência por falta de provas não se operam os efeitos *ultra partes*, por força do que dispõe o art. 103, inciso II do CDC, nem para os entes legitimados a ajuizar a ação coletiva, nem para os titulares dos direitos coletivos individualmente considerados.

Já no caso dos direitos individuais homogêneos, o regime da coisa julgada será *erga omnes*, mas apenas no caso de procedência do pedido (art. 103, inciso III do CDC), sendo que em caso de improcedência, qualquer que seja a causa, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual (§ 2º do art. 103 do CDC).

Conclui-se, pela leitura sistemática dos dispositivos insertos no art. 103 do CDC, que diante dos direitos individuais homogêneos, no caso de procedência, a coisa julgada será *erga omnes*, mas que no caso de improcedência, a coisa julgada somente recairá sobre os que eventualmente tenham participado do processo coletivo como litisconsortes. Assim, aqueles que *não* participaram do processo coletivo como

¹⁴⁴ ALVIM, 2007, p. 182, nota 125.

litisconsortes, em caso de improcedência da lide coletiva, qualquer que seja o motivo, poderão vir a ajuizar ações individuais. Já aqueles que tenham ingressado na ação coletiva como litisconsortes, ao lado do substituto processual, ainda que a ação seja julgada improcedente, adquirem a condição de parte e, assim, serão atingidos pela coisa julgada coletiva (§ 2º do art. 103 do CDC).

Destarte, o art. 104 do CDC traz alguns apontamentos sobre o regime da coisa julgada coletiva que merecem estudo pontual.

Nesse sentido, a dicção do referido artigo:

Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

Antes de qualquer outra análise, registra-se que a doutrina tem se manifestado no sentido de que a regras insertas no art. 104 do CDC devem ser aplicáveis a todas as categorias de ações coletivas, ou seja, deverão ser atendidas essas disposições quer estejam em discussão direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.¹⁴⁵

Fixada essa premissa, passamos ao estudo das regras insertas no art. 104 do Código de Defesa do Consumidor.

A primeira lição que se extrai desse dispositivo é que as ações coletivas não induzem litispendência em relação às ações individuais. O que pode haver, segundo Teori Albino Zavascki, entre estas duas modalidades de ação, é identidade de causa de pedir e de partes (considerando, para tanto, a parte coletiva como continente da individual), mas jamais de pedido.¹⁴⁶

¹⁴⁵ Nesse sentido, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 275; Antonio Gidi, **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 193; Eduardo Arruda Alvim, **Coisa julgada e litispendência no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 187.

¹⁴⁶ Essa é a posição de Teori Albino Zavascki. ZAVASCKI, 2007, p. 195, nota 128. Há, contudo, posicionamento diverso no sentido de que entre ação coletiva e ação individual não há identidade de

Nesse sentido, não obstante o posicionamento de Zavascki em considerar que há identidade de partes entre a ação coletiva e a ação individual, pois o Autor parte da premissa de que a parte coletiva abarcaria a parte individual, aderimos ao posicionamento de Luis Norton Baptista de Mattos¹⁴⁷ para quem há nítida distinção entre as partes da ação coletiva e as partes da ação individual, pois naquela o autor será algum dos legitimados extraordinários, previstos no rol do art. 82 do CDC, ao passo que nesta, será uma pessoa natural ou jurídica titular do afirmado direito individual lesado.

Quanto ao pedido, contudo, a doutrina não diverge, sendo afirmado pelos processualistas contemporâneos que não há identidade entre o pedido formulado nas ações coletivas e o pedido formulado nas ações individuais.¹⁴⁸

Nesse sentido, enquanto nas ações coletivas que versam sobre direitos difusos e coletivos o pedido consiste na recomposição do bem coletivo ou difuso e, nas que versam sobre direitos individuais homogêneos, o pedido limita-se à declaração da obrigação genérica de indenizar pelo fato, não se postulando a reparação de qualquer lesado determinado, na ação individual, ao contrário, tem-se como pedido a indenização específica do autor (ou dos autores, caso haja litisconsórcio ativo facultativo).¹⁴⁹

Portanto, não há identidade de partes, nem de pedido, entre as ações coletivas e às individuais.

Logo, não havendo a tríplice identidade dos elementos da ação, não há que se falar em litispêndia entre a ação coletiva e a ação individual, o que, como visto, restou expressamente consignado no art. 104 da Lei 8.078/90.¹⁵⁰

O que pode haver, quando muito, é uma conexão entre a causa coletiva e as individuais, pois segundo o art. 103 do CPC,¹⁵¹ a identidade do pedido ou de causa de pedir é suficiente para configurar a conexão. Por conseqüência, pode ser determinada,

nenhum dos elementos da ação, nem mesmo quanto à causa de pedir. Nesse sentido, cf. Luiz Norton Baptista de Mattos. MATTOS, 2007, p. 196-197, nota 130.

¹⁴⁷ MATTOS, 2007, p. 196, nota 130.

¹⁴⁸ Cf.: MATTOS, op. cit., p. 196, nota 130; ZAVASCKI, 2007, p. 195, nota 128.

¹⁴⁹ MATTOS, op. cit., p. 196, nota 130.

¹⁵⁰ Segundo Eduardo Arruda Alvim, a previsão legal no sentido de que a denegação do pedido coletivo não obsta o agir individual está em consonância com a garantia constitucional de “acesso *individual* à justiça” [...]. ALVIM, 2007, p. 180, nota 125.

¹⁵¹ Art. 103. Reputam-se conexas duas ou mais ações, quando Ihes for comum o objeto ou a causa de pedir.

na medida do possível, o processamento conjunto, perante o juízo coletivo, de todas as ações individuais, anteriores ou supervenientes.¹⁵²

Fixada, portanto, a primeira lição extraída do art. 104 do Código de Defesa do Consumidor: não existe litispendência entre a ação coletiva e a ação individual.

A segunda lição do citado artigo refere-se aos *efeitos* da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* no caso de haver, simultaneamente, processo coletivo e processo individual, sendo que neste o interessado busca reparação da lesão ao seu direito sob a ótica individual. De forma resumida, podemos traçar as seguintes conclusões quanto à segunda lição extraída do art. 104 do CDC: (a) é possível a existência simultânea de ação individual e de ação coletiva; (b) a ação individual poderá ser suspensa, mas somente a partir de requerimento do seu autor; (c) o autor da ação individual, se quiser se beneficiar da decisão da ação coletiva, deverá requerer a suspensão de sua demanda individual no prazo máximo de 30 dias contados a partir da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva; (d) não sendo suspensa a ação individual, esta prosseguirá a sua marcha processual e não sofrerá os efeitos do julgamento da ação coletiva, sejam eles benéficos, sejam eles desfavoráveis; (e) sendo suspensa a ação individual, se procedente a ação coletiva, será o titular individual beneficiado, e, sendo improcedente, o processo individual retomará seu curso permanecendo ao Autor a possibilidade de ver sua ação individual sendo julgada procedente.

Dessas lições, a análise crítica de Teori Albino Zavascki¹⁵³ é tão precisa que não merece retoques:

O que se pode concluir, do conjunto dessas normas, é que o legislador não estimulou nem o ingresso dos interessados como litisconsortes e nem o ajuizamento ou o prosseguimento de ações individuais paralelas. Às duas situações impôs um risco adicional: aos litisconsortes, o de sofrer os efeitos da sentença da improcedência da ação coletiva; e aos demandantes individuais, o risco de não se beneficiarem da sentença de procedência. O estímulo, portanto, é no sentido de aguardar o desenlace da ação coletiva, promovendo-se, se for o caso, a suspensão da ação individual em curso.

Portanto, ainda que não tenha sido esse o objetivo do legislador, o fato é que as regras descritas no art. 104 do CDC desestimulam a adesão à ação coletiva, pois uma

¹⁵² ZAVASCKI, 2007, p. 195, nota 128.

¹⁵³ Ibid., p. 194, nota 128.

vez tendo aderido ao processo coletivo, caso esse venha a ser julgado improcedente, o litisconsorte será alcançado, necessariamente, pela coisa julgada coletiva.

Da mesma forma, mas sob substratos distintos, o citado artigo desestimula o ajuizamento e prosseguimento de ações individuais, pois àquele que possuir ação individual concomitante à ação coletiva e decidir pelo prosseguimento da sua ação individual, também foi imposto um risco, que é o de a ação coletiva vir a ser julgada procedente e o autor da ação individual não ser alcançado pela coisa julgada coletiva.

Nesse sentido, como tanto à adesão a ação coletiva, como o prosseguimento da ação individual implicam em riscos, nos parece ser mais acertado, como ponderou Teori Albino Zavascki, requerer a suspensão da lide individual e aguardar o julgamento da lide coletiva, pois, nesta hipótese, caso a ação coletiva venha a ser julgada procedente, a coisa julgada alcançará o autor da ação individual e, caso contrário, em nada o prejudicará.

Por todo o exposto, feitos os apontamentos pertinentes à temática deste trabalho no tocante aos limites subjetivos da coisa julgada previstos tanto no Código de Processo Civil, como nas legislações extravagantes, respectivamente referentes à jurisdição individual e à coletiva, passaremos à análise de situações concretas e excepcionais, comumente identificadas pela doutrina como hipóteses de mitigação da regra geral do Código de Processo Civil de limitação subjetiva da coisa julgada às partes (art. 472 do CPC).

3. Situações *ditas* excepcionais à regra geral do Código de Processo Civil

Não obstante a regra geral quanto aos limites subjetivos da coisa julgada, nas lides individuais, seja a de limitação da autoridade da coisa julgada às partes, nos termos da teoria de Enrico Tullio Liebman, nos idos de 1943, é dizer, quase dez anos após a primeira publicação do clássico “*Efficacia ed autorità della sentenza*” (1935), o próprio Liebman ponderou que a limitação da coisa julgada às partes revelava-se, ao longo da história, ora mais, ora menos rigorosa, segundo a concepção que prevalecia num determinado momento histórico sobre os direitos individuais.

Nesse sentido, Liebman afirmou no prefácio à primeira edição de sua monografia que “[...] o princípio que limita às partes a autoridade da coisa julgada sempre comportou exceções, que a doutrina procurou justificar com maior ou menor acerto.”¹⁵⁴

Logo, o próprio mestre italiano que desenvolveu com rigor técnico e digno de nota a máxima romana de limitação subjetiva da coisa julgada às partes, reconheceu a existência de casos excepcionais que demonstram a possibilidade de extensão da autoridade da coisa julgada a terceiros.

Nessa linha de idéias, propomos a análise de alguns dos casos clássicos tidos pela doutrina como hipóteses de extensão subjetiva da coisa julgada a terceiros.

A um destes casos, qual seja, o de ações em que há pluralidade de partes legítimas à impugnação de um único ato, por representar a problemática deste trabalho, será dedicado um capítulo apartado (cf. Capítulo VI), oportunidade em que serão examinadas as diversas posições doutrinárias (hipóteses de investigação) pertinentes ao tema com a conclusão se, de fato, estar-se-á diante de um caso de extensão, ou não, da autoridade da coisa julgada a terceiros.

Quanto aos demais casos, peculiares e supostamente excepcionais à regra geral do art. 472 do Código de Processo Civil, adotou-se os seguintes critérios para escolha daqueles que serão aqui examinados: o de *aparente* semelhança ao caso-problema do trabalho, o que nos leva ao estudo da coisa julgada nas relações entre credores e devedores de obrigações indivisíveis; o de estudo do caso em que a própria Lei autoriza a extensão da coisa julgada a terceiros, que é o caso das relações entre credores e devedores solidários e, por fim, o de estudo do caso em que não obstante a lei, expressamente, afirme haver a extensão da coisa julgada a terceiros, em verdade, não há extensão subjetiva da coisa julgada, que é o caso das ações relativas ao estado da pessoa.

Passamos, então, a análise.

¹⁵⁴ LIEBMAN, 2007, Prefácio do Autor à Primeira Edição Brasileira, XV, nota 14.

3.1 LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA NOS CASOS ENTRE CREDORES E DEVEDORES DE OBRIGAÇÕES INDIVISÍVEIS

Iniciamos com a hipótese em que há pluralidade de credores e devedores de obrigações indivisíveis, prevista no art. 291 do Código de Processo Civil.

Com efeito, dispõe o art. 291 do Diploma Processual Civil que: “Na obrigação indivisível com pluralidade de credores, aquele que não participou do processo receberá a sua parte, deduzidas as despesas na proporção de seu crédito.”

Logo, o co-credor ainda que não tenha participado da ação aforada por um, ou mais credores, receberá a sua parte.

Note-se que aqui parte-se da premissa que a pluralidade de credores de uma obrigação indivisível goza do mesmo interesse processual, qual seja, a percepção de obrigação indivisível, o que justifica a presunção legal que ajuizada a ação por um único credor, aos demais co-credores carecerá o direito de ação recebendo cada um a sua quota-parte.

Com efeito, a carência do direito de ação dos co-credores justifica-se pela falta de interesse de agir (processual) destes, pois tendo sido julgada procedente a ação em prol de um credor, sendo o interesse de todos os credores um interesse comum, não há necessidade (interesse processual) no ajuizamento da demanda por parte dos demais credores.

Logo, a previsão legal inserta no art. 291 do CPC no sentido de, *aparentemente*, estender a autoridade da coisa julgada aos co-credores estranhos à ação, justifica-se pela premissa que todos os credores de uma mesma obrigação indivisível possuem idêntico interesse processual, qual seja, a percepção desta obrigação.

Portanto, uma vez julgada procedente a ação que concedeu a obrigação indivisível a um dos credores, os demais co-credores receberão a sua quota-parte sendo desnecessário o ajuizamento de ação individual (ou em litisconsórcio) por parte destes.

Todavia, não estamos diante de extensão da autoridade da coisa julgada a terceiros, pois o Código Civil exige a participação de todos os credores, ainda que por meio de ratificação, para que a dívida seja dada como quitada.

Nessa linha de idéias, esclareça-se que o art. 260 do Código Civil Brasileiro autoriza o ajuizamento da ação por *um único* credor tendo como objeto o cumprimento integral da obrigação indivisível.

Nesse sentido, dispõe a 1ª parte do art. 260 do Diploma Civil: “Se a pluralidade for dos credores, poderá cada um destes exigir a dívida inteira [...]”¹⁵⁵ O mesmo dispositivo legal, contudo, esclarece que no caso de pagamento da dívida apenas a um credor, o devedor somente restará desobrigado *caso os demais credores venham a ratificar a atuação processual do credor-autor*.

Nesse ponto, dispõe o art. 260, em seu *caput* e na segunda parte, cumulado com o seu respectivo inciso II do Código Civil:

Art. 260. Se a pluralidade for dos credores, poderá cada um destes exigir a dívida inteira; mas o devedor ou devedores se desobrigarão, pagando:

[...]

II - a um, dando este caução de ratificação dos outros credores.

Logo, o Código Civil autoriza o ajuizamento da ação por apenas um dos credores quando a obrigação é indivisível, contudo, por proteção aos demais co-credores que não integraram a lide, somente desobriga o devedor que efetuar o pagamento a um único credor quando os demais credores ratificarem nos autos a postura do credor-autor.

Com domínio da matéria, José Rogério Cruz e Tucci¹⁵⁶ sintetiza o caso em estudo e pontifica que tanto no julgamento de improcedência, quanto no julgamento de procedência da ação aforada por apenas um dos credores, a coisa julgada não atingirá *terceiros*:

Aqui é necessário distinguir duas situações: a) se apenas um dos credores aforar a demanda, julgado improcedente o pedido, a coisa julgada se restringe às partes. Os demais co-credores poderão propor subseqüentes demandas contra o devedor comum; e b) reconhecida a

¹⁵⁵ Art. 260. Se a pluralidade for dos credores, poderá cada um destes exigir a dívida inteira; mas o devedor ou devedores se desobrigarão, pagando:

I - a todos conjuntamente;

II - a um, dando este caução de ratificação dos outros credores.

¹⁵⁶ CRUZ E TUCCI, 2006, p. 285, nota 75.

procedência do pedido, a coisa julgada também não atinge terceiros, mas o devedor somente se desobriga se os demais credores ratificarem a atuação processual do credor-autor, mediante a prestação de caução nos mesmos autos.

Desse modo, no caso de vir a ser julgada improcedente a ação ajuizada somente por um credor, a autoridade da coisa julgada será restrita às partes, sendo preservado o direito de ação dos demais co-credores que não integraram a lide, nos termos da regra geral dos limites subjetivos da coisa julgada (art. 472 do CPC).

Portanto, no caso de improcedência da ação de cobrança, os demais co-credores poderão ajuizar a respectiva ação em face do devedor comum.

Da mesma forma, se a ação ajuizada somente por um credor for julgada procedente, a coisa julgada também será restrita às partes. Contudo, diante desta hipótese, com o desiderato de proteger os demais credores que não ajuizaram a referida ação na condição de litisconsortes, o legislador condicionou a quitação da dívida do devedor à ratificação destes credores quanto à atuação do credor-autor.

Temos, assim, que diante de obrigação indivisível, o devedor somente se desobriga de sua dívida se todos os credores concordarem com o pagamento desta, ainda que a ação de cobrança tenha sido ajuizada somente por um credor. Nesse caso, a Lei exige a ratificação da conduta do autor-credor pelos demais co-credores mediante a prestação de caução nos autos.

De ver-se que quando ocorre a ratificação nos autos pelos demais co-credores, estes ingressam na lide e perdem a qualidade de terceiros, sendo que a coisa julgada a ser formada no processo os atingirá por terem estes se tornado partes e, somente, por isso.

Note-se, portanto, que aqui também a autoridade da coisa julgada será restrita às partes, pois os demais co-credores somente serão alcançados pela autoridade da coisa julgada se *atuarem no processo* por meio de ratificação da atuação processual do credor-autor.

Logo, na hipótese de procedência da ação de cobrança ajuizada somente por um credor, cujo objeto cinge-se à obrigação indivisível, não seriam os demais co-credores propriamente *terceiros*, uma vez que de alguma forma aqueles *ingressaram* na lide ao

ser-lhes oportunizado decidir se concordavam, ou não, com a atuação processual do credor-autor.

Assim, no caso de procedência da ação ajuizada somente por um co-credor, não haverá extensão da autoridade da coisa julgada a terceiros, uma vez que todos os credores, de alguma forma, participarão do processo.

Por tudo quanto exposto, parece-nos que diante da hipótese de relação jurídica entre credores e devedores de obrigações indivisíveis, prevista no art. 291 do Código de Processo Civil, não haverá extensão da autoridade da coisa julgada a terceiros.

3.2 LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA NOS CASOS ENTRE CREDITORES E DEVEDORES SOLIDÁRIOS

Situação diversa, contudo, ocorre na relação jurídica entre credores e devedores solidários.

Com efeito, dispõe o artigo 274 do Código Civil que “o julgamento contrário a um dos credores solidários não atinge os demais; o julgamento favorável aproveita-lhes, a menos que se funde em exceção pessoal ao credor que o obteve.”

De ver-se que a 1ª parte do art. 274 do Código Civil Brasileiro se afina com a regra geral prevista no art. 472 do Código de Processo Civil, pois estabelece que o julgamento contrário a um dos credores solidários não se estenderá aos demais (alheios ao processo). É a regra geral estabelecida no art. 472 do CPC: limitação subjetiva da autoridade da coisa julgada às partes.

Note-se que o escopo do legislador foi exatamente preservar a posição dos demais credores solidários, garantindo, a estes, o exercício do direito de ação no caso de derrota de ação ajuizada somente por um deles.¹⁵⁷

Como adverte Cruz e Tucci,¹⁵⁸ apesar de o art. 274 do CCB ter sido omissivo quanto à hipótese de solidariedade passiva, pelo princípio da isonomia processual, o

¹⁵⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas**. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 250.

¹⁵⁸ CRUZ E TUCCI, 2006, p. 277, nota 75.

mesmo raciocínio será aplicado para este caso, é dizer, a sentença prolatada na ação ajuizada pelo devedor, visando à declaração de inexistência de débito, cujo pedido foi julgado improcedente, não influi na esfera de direitos dos demais devedores solidários, estranhos ao processo.

No tocante à parte final do art. 274 do CCB, que refere-se à hipótese de julgamento favorável, os credores solidários que não foram parte no processo, desde que o julgamento de procedência não tenha sido baseado em exceção pessoal do credor-autor, serão abarcados pela autoridade da coisa julgada, sendo alcançados pela imutabilidade do julgamento de procedência da ação transitada em julgado. É dizer, portanto, que terceiros serão atingidos pela autoridade da coisa julgada como se partes tivessem sido.

Nesse caso, a sentença transitada em julgado forma título executivo em favor, inclusive, dos credores que não foram partes no processo, é dizer, o título judicial beneficiará a todos os credores, sejam partes, sejam terceiros.¹⁵⁹

Nessa linha de raciocínio, portanto, os credores estranhos ao processo sequer terão interesse processual no ajuizamento de nova demanda em face do devedor comum, pois o fim colimado, que é a obtenção do título executivo, já teria sido alcançado.

Há que se notar que opera-se a coisa julgada “*secundum eventum litis*”,¹⁶⁰ em que há extensão subjetiva da coisa julgada em razão da própria natureza da solidariedade, que contempla obrigação *una* e pluralidade de credores.¹⁶¹

Logo, a extensão da autoridade da coisa julgada a terceiros diante da solidariedade de credores, em caso de julgamento favorável ao credor demandante, salvo se a procedência da ação decorrer de exceção pessoal do credor-autor, justifica-se, tão-somente, em razão da natureza do instituto da solidariedade, pois diante de uma obrigação que é *una*, não poderia haver julgamento distinto entre os credores desta mesma obrigação.

¹⁵⁹ CRUZ E TUCCI, 2006, p. 278, nota 75.

¹⁶⁰ Não há unanimidade na doutrina no sentido de que a coisa julgada a ser formada no caso da relação jurídica entre credores solidários será “*secundum eventum litis*”. Nesse ponto, José Rogério Cruz e Tucci: “Não há falar também aqui na denominada coisa julgada *secundum eventum litis* como pareceu a Barbosa Moreira, porque, reconhecida a procedência do pedido na demanda ajuizada por um ou alguns dos credores solidários, os demais serão beneficiados pelo sucesso, ‘a menos que se funde em exceção pessoal ao credor que o obteve’ (art. 274, 2ª parte).” CRUZ E TUCCI, op. cit., p. 278, nota 75.

¹⁶¹ Art. 264. Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda.

Portanto, o regime de extensão subjetiva da coisa julgada no caso de solidariedade ativa (credores solidários), inserto no art. 274 do Código Civil, é uma consequência da natureza da obrigação solidária que, objetivamente, é uma e, subjetivamente, é divisível.

Imperioso, ainda, registrar que neste caso haverá formação da coisa julgada independente do julgamento da demanda ser de procedência ou improcedência, posto que o que diferirá de acordo com o “evento da lide” não é a formação ou não da coisa julgada, mas o número de pessoas por ela atingidas.¹⁶²

Do mesmo modo, eventual sentença favorável ao devedor solidário, não obstante a omissão legislativa, também beneficiará os demais devedores, se fundada em argumento comum a todos, pelo princípio da isonomia processual.¹⁶³

É dizer, em outras palavras, que eventual sentença de procedência da ação declaratória de inexistência do débito ajuizada somente por um devedor, beneficiará os demais devedores solidários estranhos à lide, se fundada em substrato comum a todos os devedores, assim como ocorre nas ações ajuizadas por credores solidários, pelo princípio da isonomia processual.¹⁶⁴

De ver-se que quando há julgamento de procedência da ação declaratória de inexistência de débito em favor de um dos devedores solidários, desde que não fundada em exceção pessoal do devedor que a obteve, o objetivo comum a todos os demais devedores resta alcançado, que é a declaração de inexistência de débito.

Logo, aos demais devedores solidários que não foram partes na referida ação vitoriosa, sequer haverá interesse processual no ajuizamento de nova ação, pois o objetivo comum a todos já foi conquistado.

Assim, diante da relação jurídica entre credores e devedores solidários, haverá extensão da autoridade da coisa julgada a terceiros quando a ação for proposta por apenas um dos credores ou devedores solidários e o julgamento for favorável e, mais do que isso, desde que a ação esteja fundada em argumento comum a todos os legitimados.

¹⁶² Nesse sentido, o raciocínio de Antonio Gidi ao discorrer sobre a formação da coisa julgada “secundum eventum litis” nas ações coletivas, cuja idéia principal pode ser transportada para o caso de formação da coisa julgada e seus efeitos no caso de solidariedade de credores. GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 73-74.

¹⁶³ CRUZ E TUCCI, 2006, p. 281, nota 75.

¹⁶⁴ Ibid., p. 281, nota 75.

Note-se que aqui se fala em extensão da autoridade da coisa julgada a terceiros, pois estes serão atingidos pela autoridade da coisa julgada sem ter qualquer participação no processo que culminou com a sentença de procedência da ação, por isso, preservam-se na qualidade processual de terceiros.

Portanto, terceiros serão alcançados pela imutabilidade do julgado mesmo sem terem ingressado na lide.

De ver-se que no caso dos credores e devedores solidários, a Lei não condiciona o alcance da autoridade da coisa julgada a qualquer atuação dos terceiros, diversamente do que ocorre nas relações entre credores e devedores de obrigações indivisíveis, analisada no sub-item anterior, em que a Lei exige a participação de todos os credores, por meio de ratificação da atuação do credor-autor, para que a coisa julgada a ser formada possa vir a alcançá-los.

3.3 LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA NAS AÇÕES RELATIVAS AO ESTADO DA PESSOA

Passamos a análise dos limites subjetivos da coisa julgada nas ações concernentes ao estado da pessoa.

De início, registra-se o conceito de ações de estado: são as ações relativas à cidadania, à filiação, à capacidade e ao estado civil, tais como ações de investigação de paternidade, de anulação de casamento, de separação e de interdito.¹⁶⁵

No que pertine aos limites subjetivos da coisa julgada nessa espécie de ação, dispõe a 2ª parte do art. 472 do Código de Processo Civil: “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.”

Em uma rápida leitura do citado artigo, poderia se pensar que nas ações de estado da pessoa haverá extensão da autoridade da coisa julgada a terceiros, todavia, uma leitura atenta e sem maiores esforços, evidencia que se está diante de uma *aparente* extensão da autoridade da coisa julgada a terceiros.

¹⁶⁵ Ibid., p. 290, nota 75.

Na verdade, o dispositivo legal supra transcrito dispõe apenas que nas ações de estado deverá ser adotada a sistemática do litisconsórcio necessário, em que todos os terceiros *juridicamente interessados* têm que ser citados, sob pena de nulidade da decisão. Entende-se por “interessados” os legítimos contraditores primários e secundários.¹⁶⁶

Por conseguinte, se todos os interessados forem citados, todos passarão a integrar a lide e, por conseqüência, perderão a condição de terceiros, tornando-se partes. Assim, como partes, submetem-se à autoridade da coisa julgada, nos termos da regra geral do art. 472, primeira parte, do Código de Processo Civil.

Os terceiros, por sua vez, que não estarão sujeitos à coisa julgada, são aqueles que não guardam nenhuma relação com o que foi deduzido em juízo,¹⁶⁷ pois caso guardassem, teriam sido citados na condição de litisconsortes necessários.

Logo, nas ações de estado, não há qualquer exceção à regra geral de limitação subjetiva da coisa julgada às partes, pois também neste caso, a coisa julgada estará adstrita às partes, que são, simplesmente, todos os interessados.

No ponto, obtempera Ada Pellegrini Grinover:¹⁶⁸

Entende-se, no caso, por “interessado” o legítimo contraditor, inclusive o secundário. E, exatamente na esteira de Liebman, afirma-se que: “Condição, portanto, para que estes (terceiros) sejam atingidos pela coisa julgada, é que sejam citados para a ação, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, sejam interessados diretos ou juridicamente interessados. Aliás, *à vista dessa condição, não há terceiros que possam se considerar prejudicados pela sentença.*” É a consagração da teoria de Liebman. (grifos originais)

Com efeito, assertiva a afirmação de Grinover quando aduz que se todos os interessados são citados no processo na condição de litisconsortes necessários, não haverá terceiros que possam se considerar *prejudicados* pela sentença, pois os terceiros juridicamente interessados foram citados e ingressaram na ação na condição de litisconsortes.

¹⁶⁶ GRINOVER, 2007, p. 207, nota 11.

¹⁶⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. **Partes e terceiros no processo civil brasileiro**. 2. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 134

¹⁶⁸ GRINOVER, op. cit., p. 207, nota 11.

Logo, os terceiros não citados na ação de estado são os terceiros juridicamente indiferentes e, nesta condição, nada terão a opor ao comando sentencial, pois, repisa-se, são juridicamente indiferentes ao resultado, ainda que tenham que respeitá-lo, como se respeitam todos os atos estatais (eficácia natural da sentença).

Portanto, a redação da 2ª parte do art. 472 do Código de Processo Civil utiliza de forma equivocada a expressão “[...] a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros”, uma vez que estes terceiros, a que a lei se refere, são os terceiros juridicamente indiferentes – já que os juridicamente interessados são citados como litisconsortes necessários - e aqueles apenas terão que respeitar o resultado decorrente da sentença como respeitam todos os demais atos estatais em decorrência da eficácia natural da sentença e, não, em decorrência da coisa julgada.¹⁶⁹

O que pode ocorrer, é bem verdade, é que caso um terceiro *juridicamente interessado* não seja citado em uma ação de estado, a sentença poderá vir a ser objeto de impugnação por este terceiro, mas somente porque este era interessado (juridicamente) e não foi citado, em flagrante violação ao disposto na 2ª parte do art. 472 do CPC. Um exemplo disso é o que ocorreu no julgado colacionado por Theotonio Negrão,¹⁷⁰ em que um terceiro, estranho ao processo de investigação de paternidade julgado precedente, alegando ser o verdadeiro pai, propôs ação declaratória com pedido de nulidade do assento de nascimento, feito com base na sentença de ação de investigação. Nessa oportunidade, julgou-se que essa ação ajuizada por terceiro era admissível e que a coisa julgada, que cobria o resultado da ação de investigação de paternidade, não o atingia, pois o terceiro era juridicamente interessado e não havia sido citado na ação de investigação de paternidade (Bol. AASP 1.541/151).

Portanto, no tocante aos terceiros nas ações de estado, tecemos as seguintes conclusões: (a) os terceiros juridicamente interessados serão citados como litisconsortes necessários e integrarão à lide na condição de partes, o que implicará na submissão destes à autoridade da coisa julgada (regra geral inserta na 1ª parte do art. 472 do CPC). Caso um terceiro juridicamente interessado não venha a ser citado, poderá opor-se à coisa julgada, já que esta não o alcançará ante o descumprimento do requisito formal de

¹⁶⁹ ALVIM, Eduardo Arruda. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. I v, p. 674.

¹⁷⁰ NEGRÃO, Theotonio. **Código de processo civil e legislação processual em vigor**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 490.

citação de todos os litisconsortes necessários; (b) o terceiro juridicamente indiferente, sujeito apenas a eficácia natural da sentença,¹⁷¹ não poderá opor-se à coisa julgada, pois não terá interesse jurídico na sentença outrora proferida.

Nessa linha de raciocínio, pertinente o apontamento de José Rogério Cruz e Tucci,¹⁷² que ao acolher o pensamento de Allorio, destaca que “[...] a eficácia das sentenças de estado em nada difere das demais sentenças, senão pelo objeto.”

Diante disso, a doutrina majoritária¹⁷³ há tempos sustenta que deveria haver a supressão da 2ª parte do art. 472 do CPC, posto que tal dispositivo em nada altera o regime dos limites subjetivos da coisa julgada, previsto na 1ª parte do referido artigo, além de ferir a técnica processual ao dispor que terceiros serão alcançados pela *coisa julgada*, quando, em verdade, somente os terceiros juridicamente interessados serão atingidos (pois litisconsortes), já que terceiros juridicamente indiferentes, serão alcançados somente pela eficácia natural da sentença.

Nesse sentido, mister se faz registrar que o Anteprojeto do novo Código de Processo Civil (PL 8.046/2010), em trâmite no Congresso Nacional, suprimiu a segunda parte do art. 472 do CPC, acolhendo, assim, as críticas da doutrina, sendo proposto no respectivo Anteprojeto a seguinte redação para o dispositivo legal correspondente: “Art. 487. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros.”¹⁷⁴

Por tudo quanto exposto, concluímos que diante das ações de estado, não há extensão da autoridade da coisa julgada a terceiros. Quanto aos denominados terceiros juridicamente interessados, estes ingressarão na lide na condição de litisconsortes necessários e, assim, serão submetidos à autoridade da coisa julgada por ostentarem a condição de partes. Quanto aos terceiros juridicamente indiferentes, estes apenas sofrerão a eficácia natural da sentença.

¹⁷¹ Segundo José Rogério Cruz e Tucci, provém das fontes romanas de época clássica a idéia de que as decisões sobre o status das pessoas projetavam eficácia contra todos ante o interesse moral em que fundadas as ações de estado e à respectiva exigência de certeza e de estabilidade. CRUZ E TUCCI, 2006, p. 290, nota 75.

¹⁷² Ibid., p. 295-296, nota 75.

¹⁷³ José Rogério Cruz e Tucci, em nota de rodapé, cita como corrente minoritária os autores José Maria Tesheiner e Wellington Moreira Pimentel, como doutrinadores que sustentam não haver qualquer equívoco do legislador. CRUZ E TUCCI, op. cit., p. 296, nota 75.

¹⁷⁴ BRASIL. PL 8.046/2010. Brasília. **Dispõe sobre o Anteprojeto do novo Código de Processo Civil.** Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em: 05.03.2012.

CAPÍTULO IV - PARTES E TERCEIROS NO PROCESSO CIVIL

No presente trabalho nos propomos ao estudo de um caso singular em que investigamos se existe possibilidade (ou não) da autoridade da coisa julgada formada em uma ação ajuizada somente por um co-legitimado (parte) vir a estender-se a terceiros (demais co-legitimados que não foram partes na relação jurídica processual).

Nessa linha de idéias, a identificação de quem é “parte” e, posteriormente, de quem é “terceiro”, é indispensável para visualizar quem estará sujeito, regra geral, à autoridade da coisa julgada (parte) ou, quem, de modo contrário, estará sujeito tão-somente aos efeitos naturais da sentença e, excepcionalmente, à coisa julgada (terceiros).

Nesse sentido, preconiza a primeira parte do art. 472 do Código de Processo Civil: “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros”. Como visto em linhas anteriores, é a tradicional regra de limitação subjetiva da coisa julgada às partes.

Portanto, a elaboração do conceito de parte, sob a perspectiva do direito processual, e, em seguida, de terceiro, revela-se imprescindível para dirimir questões afetas aos limites subjetivos da coisa julgada.

1. Das Partes

1.1 CONCEITO PROCESSUAL DE PARTE

O nosso ponto de partida para conceituação de “partes” é uma classificação comum ao ramo do direito processual civil, penal e trabalhista e tem como objetivo estabelecer, inicialmente, a distinção entre partes e juiz.

Para tanto, definimos partes como sujeitos interessados e juiz como sujeito desinteressado no processo.¹⁷⁵

¹⁷⁵ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Intervenção de Terceiros**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 03.

Nessa linha de idéias, diz-se que o Juiz é o sujeito *desinteressado*, pois deve presidir a instrução processual e proferir as decisões judiciais calcado na imparcialidade.

Nesse ponto, aliás, o Código de Processo Civil reputou a imparcialidade como pressuposto para que a relação processual se instaure validamente (pressuposto processual de validade do julgado).¹⁷⁶

Nesse sentido, as hipóteses legais consideradas como indicativo de parcialidade do magistrado estão descritas nos artigos 134, 135 e 136, todos do Diploma Processual Civil, e não sendo declaradas pelo próprio magistrado, de ofício, poderão ser argüidas pela parte por meio de exceção de impedimento ou de suspeição, conforme a natureza do vício de parcialidade.

As partes, ao revés, são os sujeitos *interessados* no processo sendo sujeitos, portanto, parciais.

Cumprе registrar, contudo, que não somente quanto à condição de sujeito *interessado* ou *desinteressado* distingue-se partes de juiz, uma vez que o fato de o magistrado não ser destinatário dos efeitos do provimento jurisdicional, também o coloca em posição processual distinta das partes.¹⁷⁷

Portanto, quando a finalidade for estabelecer a distinção entre partes e juiz, o conceito de parte como um sujeito interessado e submetido aos efeitos do provimento jurisdicional e, de modo oposto, o de juiz como sendo o de sujeito desinteressado e não destinatário dos efeitos do provimento jurisdicional, revela-se útil.

Esta classificação, contudo, não é eficaz para distinguir partes de terceiros, uma vez que embora as partes sejam sempre sujeitos interessados, terceiros também podem ser sujeitos interessados, o que, aliás, autoriza o fenômeno conhecido como intervenção de terceiros.

¹⁷⁶Cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 11. ed. Bahia: JusPodium, 2009. 1v, p. 227. “A imparcialidade é requisito processual de validade, logo, o ato do juiz parcial é ato que pode ser invalidado. Há dois grupos de parcialidade: o impedimento e a suspeição. A parcialidade é vício que não gera a extinção do processo: verificado o impedimento/suspeição do magistrado, os autos do processo devem ser remetidos ao seu substituto legal. Os atos decisórios praticados devem ser invalidados. [...] a imparcialidade e a competência são pressupostos processuais relativos ao juiz que derivam da garantia fundamental do direito ao juiz natural [...]”

¹⁷⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Liticonsórcio**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 21.

Portanto, como há terceiros que podem ter interesse na causa, sendo relevante, neste caso, o interesse jurídico, o critério de sujeitos interessados e desinteressados não é útil para distinguir partes de terceiros.

Nessa linha de idéias, nos parece de grande valia adotar a clássica orientação de Giuseppe Chiovenda.

Nesse sentido, Chiovenda¹⁷⁸ define parte como aquele quem pede e em face de quem se pede a tutela jurisdicional e, terceiro, como todo aquele que não pede e em face de quem nada se pede em juízo.

O conceito de parte, portanto, é obtido através de negação de quem seja terceiro e vice-versa.¹⁷⁹

Note-se, ainda, que o conceito de parte é essencialmente processual tendo a doutrina atual desvinculado o mesmo das condições da ação e do mérito.¹⁸⁰

De fato, não se pode conceber o conceito de parte de forma vinculada ao direito material, posto que ainda que a pretensão de direito material deduzida em Juízo venha a ser rejeitada pelo Estado-Juiz, o Autor não perde a condição de parte.

Logo, ser parte independe de ser titular da pretensão deduzida em juízo. Trocando em miúdos: não há que se confundir o conceito de “parte” com o de “parte vencedora”.¹⁸¹

Nessa mesma linha de raciocínio, diz-se que o conceito de parte deve estar desvinculado do conceito de legitimidade (ou ilegitimidade), pois ainda que o provimento jurisdicional venha a declarar a ilegitimidade do Réu, por exemplo, este não deixa de ser parte mantendo esta condição desde o momento em que é citado até o momento de sua exclusão formal da relação processual.

Da mesma forma, ainda que o processo venha a ser extinto sem resolução do mérito, por ser o autor da ação parte ilegítima, o mesmo será parte desde o momento do ajuizamento da ação até o momento de sua exclusão formal da relação processual. Tanto

¹⁷⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1965, II v, p. 234.

¹⁷⁹ BUENO, 2006, p. 3.

¹⁸⁰ Cf. CARNEIRO, 2003, p. 4-5; GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo: estudos e pareceres**. São Paulo: Perfil, 2005, p. 368; DINAMARCO, 1997, p. 22.

¹⁸¹ BUENO, op. cit., p. 05.

é assim que o autor, mesmo sendo parte ilegítima, terá que arcar com os encargos da parte sucumbente.¹⁸²

Logo, também não se deve confundir o conceito de “parte legítima” com o de “parte”.

Dessa forma, o conceito de parte é eminentemente processual e não se confunde com o de legitimidade (condição da ação), ou de titularidade da relação jurídica material controvertida no processo (mérito).

Há de ressaltar, ainda, que a qualidade de parte adquire-se quando: a) do ajuizamento da ação; b) pela citação; c) pela intervenção espontânea (com o ingresso em processo pendente, o terceiro passa a ser parte da relação processual inicialmente constituída entre outros sujeitos); d) pela sucessão processual (o sucessor, ou sucessores, passam a ocupar o lugar deixado pelo sucedido).¹⁸³

Portanto, quando do ajuizamento de uma ação e, ato contínuo, quando da citação do (s) sujeito (s) que integra (m) o pólo passivo, adquire-se a condição de parte. Logo, autor e réu são partes e, nesta condição, serão atingidos pela autoridade da coisa julgada.

Do mesmo modo, no momento em que o terceiro (não-parte) intervém no processo, o mesmo adquire a condição de parte e, por conseqüência, estará submetido à autoridade da coisa julgada.

Com a sucessão processual, em que a parte que havia iniciado o processo desaparece e deixa seu lugar a um novo titular do direito em litígio,¹⁸⁴ o sucessor também adquire a condição de parte e, sem dúvida, será alcançado pela autoridade da coisa julgada.

Fixado, portanto, o conceito processual de parte e enumeradas as circunstâncias em que se adquire esta condição processual.

De ver-se que a fixação do conceito de parte e de terceiros, a partir do critério aqui adotado, é de suma importância, pois viabiliza distinguir aqueles que estarão

¹⁸² DINAMARCO, 1997, p. 25.

¹⁸³ Ibid., p. 22. O Autor ainda registra que Liebman já fazia referência a alguns modos de aquisição de condição parte, mas pontua que o referido autor italiano citava apenas *três* e não *quatro* modos de adquirir a qualidade de parte, já que este deixou de considerar a citação como uma forma de adquirir tal condição.

¹⁸⁴ CAMPOS JUNIOR, Ephraim de. **Substituição processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 39.

sujeitos à autoridade da coisa julgada (partes), daqueles que estarão sujeitos tão-somente à eficácia natural de qualquer decisão judicial (terceiros).

Dada a utilidade do critério utilizado para distinguir partes (aquele quem pede e em face de quem se pede a tutela jurisdicional), de terceiros (todo aquele que não pede e em face de quem nada se pede em juízo), não vamos além.

1.2 LEGITIMIDADE ORDINÁRIA E EXTRAORDINÁRIA: NOÇÕES GERAIS

Importante, ainda, no que pertine ao tema “partes”, traçar breves dizeres quanto ao conceito de legitimidade ordinária e extraordinária, pois uma das hipóteses de investigação deste trabalho diz respeito à adoção da técnica de legitimidade extraordinária, na espécie de substituição processual.

Logo, urge a fixação dos conceitos de legitimidade ordinária e, sobretudo, extraordinária, para que possamos ter os subsídios técnicos necessários à análise das hipóteses de investigação a serem apresentadas e enfrentadas no Capítulo VI.

Dito isto, passamos aos conceitos.

Diz-se que há legitimidade ordinária quando existe uma coincidência entre aquele que se afirma ser o titular de um determinado bem no plano do direito material e aquele que se apresenta em juízo para tutelá-lo.¹⁸⁵

Logo, na legitimidade ordinária há reunião, em um só sujeito, da titularidade do direito afirmado no plano material e do detentor da legitimidade processual.¹⁸⁶

Aliás, é a legitimidade ordinária a regra estabelecida no Código de Processo Civil quanto à legitimidade, conforme se extrai, a partir de uma interpretação, *a contrario sensu*, do disposto no art. 6º do CPC.

Nesse ponto, dispõe o citado artigo que “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”, é dizer, em sentido contrário, que o sujeito de direito deverá pleitear em nome próprio, direito próprio e, ainda, que a defesa em nome próprio de direito alheio é exceção que deverá vir autorizada por lei específica.

¹⁸⁵ BUENO, 2006, p. 14.

¹⁸⁶ RODRIGUES, 2008, p. 152.

Portanto, o Código de Processo Civil adotou como regra geral a legitimidade ordinária em que há coincidência entre aquele que se afirma ser o titular do pretense direito e aquele que vai a juízo tutelá-lo.

Excepcionalmente, contudo, admitiu casos em que aquele que não é o titular de determinado bem da vida no plano do direito material possa vir a apresentar-se em juízo para buscar a tutela jurisdicional deste bem.¹⁸⁷ A estes casos excepcionais, denomina-se legitimidade extraordinária.

Com efeito, a previsão legal da legitimidade extraordinária está no próprio art. 6º do CPC, cuja redação é clara: somente nos casos expressamente previstos em lei é que será admitido que alguém possa tutelar, em nome próprio, direito alheio.

Nesse sentido, o emprego da terminologia “extraordinária” justifica-se por ser esta espécie de legitimidade uma exceção à regra geral (ordinária) prevista no art. 6º do Código de Processo Civil, pois, como dito, em regra, a legitimidade pertence aquele que é o titular do pretense direito material e, ao mesmo tempo, legítimo para agir em juízo.

De ver-se que esta dicotomia entre as esferas do direito material e do direito processual, característica da legitimidade extraordinária, embora seja exceção no procedimento comum do Código de Processo Civil, no direito coletivo, ao contrário, é regra, pois a legitimidade ativa nas ações coletivas é extraordinária e opera-se mediante o instituto da substituição processual (cf. item 2, do Capítulo III).

Ato contínuo impõe registrar que a legitimidade extraordinária deve ser entendida como gênero da qual são espécies a representação e a substituição processual.

A representação ocorre quando a defesa do direito alheio dar-se-á em nome alheio, enquanto a substituição processual ocorre quando a defesa do direito alheio dar-se-á em nome próprio.¹⁸⁸

Não há dúvidas, contudo, que a substituição processual é a espécie mais comum das formas de legitimidade extraordinária e, inclusive, é esta a técnica processual adotada por Ada Pellegrini Grinover para justificar a extensão da autoridade da coisa julgada a terceiros diante da problemática do presente trabalho. Por tais razões, a ela deteremos maior análise.

¹⁸⁷ BUENO, 2006, p. 14-15.

¹⁸⁸ Ibid., p. 50. No mesmo sentido, cf. CARNEIRO, 2003, p. 40.

Nesse sentido, como espécie de legitimidade extraordinária, a substituição processual está condicionada a existência de autorização legal, ante a disposição expressa do art. 6º do CPC.

Assim, para atuar em nome próprio na defesa de direito alheio, é necessária autorização legal.

Há que se ressaltar, ainda, que o substituto processual é parte no processo, o que não implica em afirmar, contudo, que o mesmo possa realizar todos os atos de parte.

Com efeito, todo ato que significar disposição de direito do substituído, por exemplo, deverá ser repudiado em se tratando de substituição processual.¹⁸⁹

É importante, observar, contudo, que a atuação do substituto processual, assim como a análise de outros aspectos pertinentes ao tema da legitimidade extraordinária, comporta discussões interessantes na doutrina, mas alheias ao objeto do presente estudo.

Assim, para os fins deste trabalho, analisaremos apenas os aspectos da substituição processual relacionados aos limites subjetivos da coisa julgada.

Nesse sentido, impõe-se o registro que quando há substituição processual a autoridade da coisa julgada alcança o substituto e, sobretudo, os substituídos (titulares ou, também titulares, do direito material defendido em juízo pelo substituto processual). Tanto é assim, que depois de formada a coisa julgada na ação ajuizada pelo substituto processual, não poderá o substituído, de forma alguma, pretender rediscutir, em nome próprio, o que já objeto de decisão, e nem há de ser réu, igualmente. A isso obsta a coisa julgada.¹⁹⁰

Logo, a autoridade da coisa julgada alcança tanto o substituto, quanto os substituídos.

Outro aspecto importante acerca do instituto da substituição processual e que tem reflexos no estudo dos limites subjetivos da coisa julgada diz respeito à classificação que distingue legitimidade extraordinária *concorrente* de legitimidade extraordinária *exclusiva*.

¹⁸⁹ BUENO, 2006, p.57.

¹⁹⁰ ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel de. **Tratado de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, I v, p. 529.

De início, passamos aos respectivos conceitos para depois analisarmos os reflexos desta classificação no tocante aos limites subjetivos da coisa julgada.

Desse modo, denomina-se legitimidade extraordinária *concorrente* quando aquele que está em juízo defende direito próprio e *também* direito alheio. É o que ocorre, por exemplo, nas obrigações solidárias (cf. o sub-item 3.2 do Capítulo III).

Por outro lado, denomina-se legitimidade extraordinária *exclusiva* quando aquele que está em juízo defende *exclusivamente* direito alheio.

A importância desta classificação reside, dentre outras razões, no fato de que parte da doutrina (corrente minoritária, é bem verdade) considera que quando há legitimidade extraordinária *concorrente*, a autoridade da coisa julgada somente alcança os substituídos se o resultado judicial for favorável ao substituto e aos substituídos. É o pensamento, dentre outros, de Eduardo Talamini,¹⁹¹ José Rogério Cruz e Tucci¹⁹² e Enrico Tullio Liebman.¹⁹³

Aderimos, contudo, a doutrina majoritária seguida por Ephraim de Campos Junior,¹⁹⁴ Cassio Scarpinella Bueno,¹⁹⁵ dentre outros, que defendem que tanto no caso da legitimidade extraordinária *concorrente*, como no caso da legitimidade extraordinária *exclusiva*, a coisa julgada formada na ação ajuizada pelo substituto processual atingirá este e, também, os substituídos, independente do resultado da decisão de mérito (favorável, ou não, aos interesses dos substituídos), pois este é um dos traços marcantes do instituto da legitimidade extraordinária: a coisa julgada atingir tanto o substituto, quanto o substituído.¹⁹⁶

Em síntese, pensamos que tanto na legitimidade extraordinária *concorrente* quanto na *exclusiva*, a autoridade da coisa julgada vai alcançar o substituto e os substituídos, porém esta regra deve ceder espaço diante de lei que, expressamente, reserve para ela solução diversa.¹⁹⁷ É o que ocorre, por exemplo, no caso dos credores solidários, em que não obstante seja o caso de legitimidade extraordinária *concorrente*,

¹⁹¹ TALAMINI, 2004, p. 222-225, nota 21.

¹⁹² CRUZ E TUCCI, 2006, p. 231-232, nota 75.

¹⁹³ Liebman vê, na hipótese, o caso clássico de concurso de ações, que só se comunicam quando atingido o fim comum. LIEBMAN, 2007, p. 209-220, nota 14.

¹⁹⁴ CAMPOS JUNIOR, 1985, p. 79-84.

¹⁹⁵ BUENO, 2006, p.61-62.

¹⁹⁶ CAMPOS JUNIOR, op. cit., p. 84.

¹⁹⁷ BUENO, op. cit., p.62-63.

por força de previsão legal expressa (art. 274 do Código Civil), somente no caso de julgamento favorável a um dos co-credores (substituto processual), o julgamento aproveitará aos demais (substituídos).

De ver-se que nesse caso, embora somente o julgamento favorável atinja tanto o credor solidário autor (substituto processual), como os demais credores (substituídos), em caso clássico de legitimidade extraordinária concorrente, não há qualquer contradição na premissa defendida no presente capítulo no sentido de que tanto na legitimidade extraordinária concorrente, quanto na exclusiva, a coisa julgada atinge o substituto e os substituídos, pois tal premissa, como já registrado, cede espaço à previsão legal em sentido diverso.

Nessa linha de idéias, parece mais coerente e assertivo expor as seguintes conclusões acerca do tema: (a) em *regra*, em todos os casos de substituição processual, independente de qual for o julgamento, seja na modalidade de legitimidade extraordinária concorrente, seja na modalidade de legitimidade extraordinária exclusiva, a coisa julgada atinge o substituto processual e o substituído; (b) *excepcionalmente*, caso a lei reserve para os casos de legitimidade extraordinária, seja concorrente, seja exclusiva, uma solução diversa da descrita na alínea “a” (alcance da coisa julgada tanto para o substituto, quanto para o substituído), deverá a regra específica prevista em lei prevalecer.

2. Terceiros

2.1 CONCEITO PROCESSUAL DE TERCEIRO

O conceito de terceiros, como adiantado no sub-item 1.1 deste capítulo, é encontrado por negação, exclusão, ou seja, é terceiro todo aquele que não é parte.

Sobre o assunto, já tivemos a oportunidade de colacionar a lição de Chiovenda¹⁹⁸ que define terceiro como todo aquele que não pede e em face de quem nada se pede em juízo.

¹⁹⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1965, II v, p. 234.

Logo, em um processo pendente entre A, como autor, e B, como réu, sendo, portanto, A e B partes do processo, apresentam-se como terceiros todos os demais que não são partes no processo pendente, é dizer, C, D, E, F etc.¹⁹⁹

Terceiros, portanto, são todos os que não são partes, por isso, afirma-se que o conceito de terceiros é encontrado por negação.

Nesse sentido, para verificarmos quem são terceiros, basta verificarmos aqueles que *não* são partes.

Desse modo, se consideram terceiros no processo: (a) todos os que *não* são autores; (b) todos os que *não* foram citados; (c) todos os que *não* intervieram voluntariamente no processo; (d) todos os que *não* sucederam a alguma das partes originárias.²⁰⁰

De ver-se que o conceito de terceiros aqui exposto é singelo, entretanto, o mesmo é de inestimável utilidade para o objeto do presente trabalho, uma vez que a distinção entre partes e terceiros, para nós, tem apenas a finalidade de identificar quem suportará a autoridade da coisa julgada (partes) e, ao revés, quem suportará tão-somente o efeito natural da sentença (terceiros).

Logo, como dito, revela-se de suma importância a fixação do conceito de partes e de terceiros no estudo dos limites subjetivos da coisa julgada.

2.2 TERCEIRO E INTERESSE NA DEMANDA

Como já enfatizado no Capítulo III, há repercussão da eficácia da sentença e, excepcionalmente, da coisa julgada, diante de terceiros.

O fato é que a grande maioria das pessoas é alheia as causas em andamento no País e sequer sabem do que estas tratam. Poucas pessoas, é bem verdade, tem um sumário conhecimento de algumas destas causas em decorrência da divulgação das

¹⁹⁹ CARNEIRO, 2003, p. 63.

²⁰⁰ DINAMARCO, 1997, p. 26.

mesmas nos meios de comunicação. Diante desses casos, cuida-se do que denominamos pessoas (terceiros) *totalmente indiferentes* a tais demandas.²⁰¹

A propósito, *terceiros juridicamente indiferentes* são aqueles em que a repercussão de uma demanda atinge somente a sua esfera afetiva ou expectativas econômicas.²⁰² Assim, citamos dois exemplos clássicos trazidos pela doutrina de terceiros *juridicamente* indiferentes: a) familiares de um casal que decide ajuizar ação de separação judicial, pois podem vir a ser afetados, emocionalmente, pelo desenlace dos cônjuges desavindos; b) demais credores, diante de ação de execução promovida por apenas um deles em face do devedor comum, pois tal fato poderá prejudicar a perspectiva de adimplemento quanto aos demais credores.²⁰³

O que se observa, portanto, nos casos dos terceiros juridicamente indiferentes é que a repercussão de uma determinada ação não atinge as suas respectivas esferas jurídicas, embora possa causar um prejuízo de fato ou econômico.

Há outros casos, todavia, em que a demanda ajuizada entre X e Y pode vir a afetar, direta ou indiretamente, a esfera jurídica de Z. Um caso clássico é a ação de despejo ajuizada pelo locador X em face do locatário Y que, se procedente, poderá provocar a resilição do contrato de sublocação firmado com Z. De ver-se que o sublocatário Z tem interesse jurídico na ação de despejo, pois o mesmo poderá ter o seu contrato de sublocação extinto em caso de procedência da ação de despejo. Logo, esse interesse jurídico é o suficiente para que o terceiro (sublocatário Z) possa participar da relação processual entre X e Y sendo, neste caso, Z um terceiro *juridicamente interessado*.

O que decorre dessas assertivas é que existem terceiros juridicamente indiferentes e terceiros juridicamente interessados. A importância da distinção entre estas duas espécies de terceiros é que somente os terceiros *juridicamente* interessados podem vir a: (a) intervir na causa (artigos 56 a 80 do CPC); (b) ajuizar ação rescisória (art. 487, II do CPC); (c) interpor recurso na condição de terceiro prejudicado (art. 499 do CPC); (d) opor embargos de terceiro (art. 1046 do CPC) e (e) impetrar mandado de segurança.

²⁰¹ CARNEIRO, 2003, p. 64.

²⁰² Ibid., p. 64.

²⁰³ Ibid., p. 64.

Portanto, não é todo terceiro que pode intervir no processo, ajuizar ação rescisória, interpor recurso, opor embargos de terceiro ou impetrar mandado de segurança, mas somente aquele que for juridicamente interessado na relação jurídica material discutida em processo alheio.

Como adverte Cassio Scarpinella Bueno,²⁰⁴ o terceiro tem interesse jurídico quando o bem da vida de que se afirma titular depende, em maior ou em menor grau, do que já está posto em juízo.

De ver-se que a previsão no Código de Processo Civil de institutos ligados à tutela dos direitos de terceiros, revela que o legislador estava ciente da possibilidade dos efeitos e, eventualmente, da coisa julgada, proferida em um processo *inter alios*, vir a atingir não somente as partes, mas, também, terceiros.

Note-se que se a possibilidade de extensão dos efeitos da decisão judicial a terceiros não existisse, por qual razão, então, haveria o legislador de conferir legitimidade ao terceiro juridicamente interessado de interpor recurso? Ou opor embargos? Ou, até mesmo, ajuizar ação rescisória?

Logo, não há dúvidas de que terceiros podem ter interesse jurídico no resultado de uma demanda entre A e B (partes), razão pela qual, o Código de Processo Civil, acertadamente, trouxe a previsão de institutos destinados à tutela dos direitos dos terceiros.

Diante do exposto, duas situações são possíveis: (a) aos terceiros que sofram prejuízo jurídico por decisão judicial já transita em julgado, é possível o ajuizamento de ação rescisória dentro do prazo decadencial de 02 anos; (b) aos terceiros que sofram prejuízo jurídico (ou possam vir a sofrer) em decorrência de ação judicial, *ainda não transita em julgado*, a depender do momento processual e das peculiaridades do caso concreto, é possível: b.1) intervir na causa (intervenção de terceiros); b.2) interpor recurso; b.3) opor embargos de terceiro e b.4) impetrar mandado de segurança.

O estudo dos instrumentos processuais disponíveis aos terceiros juridicamente interessados, contudo, extrapolaria os limites a que este trabalho se dispôs, razão pela qual, limitamos a citá-los como instrumentos existentes no ordenamento jurídico vigente e, sobretudo, como indicativos de que embora de forma excepcional, terceiros

²⁰⁴ BUENO, 2006, p. 19.

podem vir a sofrer prejuízo jurídico decorrente de sentença proferida em processo alheio (*inter alios*).

CAPÍTULO V – DO LITISCONSÓRCIO

1. Considerações Gerais

O esquema mínimo da relação jurídica processual é formado pela estrutura tríplice de um Autor, um Réu e o Estado-Juiz.

Quando há, entretanto, alteração quantitativa na composição destes pólos com pluralidade de partes no pólo ativo e/ou no pólo passivo, dar-se-á o nome de litisconsórcio.

Cândido Rangel Dinamarco²⁰⁵ conceitua litisconsórcio como o fenômeno da pluralização de partes no processo através da reunião de dois ou mais sujeitos em qualquer um dos pólos da relação jurídica processual, ou em ambos.

Litisconsórcio, portanto, é a cumulação subjetiva de partes na relação jurídica processual.²⁰⁶ É o próprio consórcio na lide.²⁰⁷

Pluralidade de partes, contudo, é um fenômeno distinto de pluralidade de *representantes* da mesma parte. Nesse caso, não há que se falar em litisconsórcio, posto que não há pluralidade de partes, uma vez que *um* só permanece sendo o pretense titular do bem da vida deduzido em juízo.

Logo, pluralidade de representantes de uma parte não é sinônimo de pluralidade de partes, portanto, não é litisconsórcio.

Nesse contexto, o litisconsórcio, que pode ser definido de forma resumida como a pluralidade de partes, é uma forma de defesa conjunta dos chamados direitos individuais homogêneos, ou seja, direitos que derivam do mesmo fundamento de fato ou de direito ou que tenham, entre si, relação de afinidade por um ponto comum de fato ou de direito.²⁰⁸

²⁰⁵ DINAMARCO, 1997, p. 19-20.

²⁰⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual**. 21. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 2, p. 01.

²⁰⁷ Em respeito a técnica processual, Cândido Rangel pontua que a expressão mais correta seria *consórcio no processo*. Cf. DINAMARCO, op. cit., p. 19-20.

²⁰⁸ ZAVASCKI, 2007, p. 160, nota 128.

Entre os litisconsortes, portanto, há sempre um grau de afinidade no que diz respeito à pretensão que apresentam em juízo, que varia em intensidade ao ponto de se ter, até mesmo, uma identidade de pretensões, fato que pode vir a ocorrer na modalidade do litisconsórcio unitário.²⁰⁹

Aliás, o fato de a afinidade entre os litisconsortes sempre existir quando da formação de um litisconsórcio, afinidade esta chamada de núcleo de homogeneidade por Teori Albino Zavascki,²¹⁰ levou alguns autores a questionar a validade da classificação doutrinária que distingue o litisconsórcio unitário do litisconsórcio comum (simples), a partir do critério de independência entre as pretensões dos litisconsortes.

No ponto, adverte Cândido Rangel Dinamarco:²¹¹

Não me satisfaz a clássica distinção entre o litisconsórcio unitário e o comum, assentada na oposição entre a extrema interdependência entre os litisconsortes no primeiro e a suposta independência absoluta (ou quase) entre eles quando o litisconsórcio é comum. Mesmo sem ser unitário, o litisconsórcio importa sempre em interligações entre os co-litigantes, sendo impossível o enunciado apriorístico de uma fórmula definidora do modo como se interligam.

De fato, não há dúvidas de que independente da modalidade do litisconsórcio, o que caracteriza esta técnica processual de defesa conjunta de direitos subjetivos individuais é justamente a existência de um núcleo comum entre as pretensões dos litisconsortes.

Não há, assim, como imaginar a formação de um litisconsórcio quando há independência absoluta entre as pretensões dos litisconsortes, pois justamente o que os une e justifica essa união processual é a existência de afinidade nas pretensões.

Essa afinidade, ou núcleo de homogeneidade, elemento característico do litisconsórcio, decorre de direitos que surgem do mesmo conjunto normativo sobre uma situação fática idêntica ou assemelhada.²¹² É a partir dessa identidade fática (ou

²⁰⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. “Notas fenomenológicas sobre a relativização dos limites subjetivos da coisa julgada em conexão com o litisconsórcio necessário”. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (orgs.). **Coisa julgada inconstitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 72.

²¹⁰ ZAVASCKI, 2007, p. 160, nota 128.

²¹¹ DINAMARCO, 1997, p. 16.

²¹² ZAVASCKI, op. cit., p. 161, nota 128.

semelhante), que surge o ponto comum a todos os litisconsortes e que justificará a união destes, eventualmente, num processo judicial.

Todavia, se por um lado é inquestionável a existência de um núcleo comum entre os direitos subjetivos dos litisconsortes, o que permite, reitera-se, a defesa conjunta de todos eles, por outro, é certo que os pontos de afinidade entre estes direitos não comprometem a sua natureza material que continua sendo de um direito subjetivo *individual*.

Em outras palavras, os direitos homogêneos dos litisconsortes preservam a natureza de direitos subjetivos *individuais* mesmo quando tutelados em conjunto pelos litisconsortes, uma vez que a adoção do litisconsórcio consiste apenas em cumular, em *único* processo, demandas que, em tese, poderiam ter sido propostas isoladamente e somente não o foram para facilitar o acesso à justiça, assegurar a celeridade processual e evitar o risco de quebra da homogeneidade de julgamento diante de situações semelhantes (ou idênticas).

Nesse sentido, portanto, acertado o registro de Cândido Rangel Dinamarco²¹³ para quem o fenômeno do litisconsórcio continua ligado à tutela jurisdicional individual.

Logo, cada litisconsorte poderá apresentar particularidades próprias, posto que o fato de haver homogeneidade em parte dos direitos afirmados em juízo, não exclui, por certo, a possibilidade de existência de peculiaridades nas pretensões de cada litisconsorte.

Sobre o tema, irretocável a lição de Teori Albino Zavascki:²¹⁴

Homogeneidade não é sinônimo de igualdade, mas de afinidade. Direitos homogêneos não são direitos iguais, mas similares. Neles é possível identificar elementos comuns (núcleo de homogeneidade), mas também, em maior ou menor medida, elementos característicos e peculiares, o que os individualiza, distinguindo uns dos outros (margem de heterogeneidade). O núcleo de homogeneidade decorre, segundo visto, da circunstância de serem direitos com origem comum; e a margem de heterogeneidade está relacionada à circunstâncias variadas, especialmente a situações de fato, próprias do titular.

²¹³ DINAMARCO, 1997, p. 16.

²¹⁴ ZAVASCKI, 2007, p. 160, nota 128.

No litisconsórcio, portanto, os direitos tutelados são individuais homogêneos e, por razões de economia processual, eficiência, harmonização dos julgados e facilitação de acesso à justiça, o Código de Processo Civil traz uma forma de defesa conjunta destes direitos.

Quanto ao procedimento judicial, uma vez formado o litisconsórcio, as decisões serão proferidas num mesmo procedimento²¹⁵ e será proferida uma única sentença.

A propósito, acertada é a observação de Dinamarco²¹⁶ no sentido de que no litisconsórcio não há cúmulo de “processos”, pois o processo é um só, sendo que a pluralidade existente é tão-somente de partes (e pretensões).

Desse modo, será prolatada uma única sentença que irá julgar não somente o núcleo de homogeneidade dos direitos afirmados em Juízo, mas também as particularidades de cada litisconsorte, pois, como visto, o fato de os litisconsortes estarem no mesmo pólo da relação jurídica processual não implica, necessariamente, em identidade de suas situações processuais. Desse julgamento resulta uma sentença que, embora formalmente única, é, substancialmente, individualizada para cada um dos litigantes.²¹⁷

Incorrerá em engano, contudo, aquele que acreditar que a técnica processual do litisconsórcio é imune à críticas e à falhas.

Nesse sentido, obtempera Teori Albino Zavascki que no litisconsórcio “[...] há cumulação de causas e causas cumuladas, dificuldades também cumuladas.”²¹⁸

Sobre o tema, o legislador reconhece que o número exacerbado de litisconsortes numa ação pode vir a fulminar o intuito para o qual foi criada a própria técnica do litisconsórcio.

Isso porque se o litisconsórcio foi criado com o desiderato de facilitar o acesso à justiça e de propiciar uma prestação jurisdicional célere e efetiva, o “inchaço” subjetivo em um, ou em ambos, os pólos da relação jurídica processual poderá vir a causar o efeito contrário ao proposto, como a lentidão processual e, por conseqüência, em casos mais extremos, até mesmo a ineficácia do provimento jurisdicional.

²¹⁵ GOLDSCHIMIDT, James. **Direito Processual Civil**. Tradução: Lisa Pary Scarpa. 1. ed. Campinas: Bookseleer, 2003, II v, p. 11.

²¹⁶ DINAMARCO, 1997, p. 35-36.

²¹⁷ ZAVASCKI, 2007, p. 162, nota 128.

²¹⁸ *Ibid.*, p. 164, nota 128.

Ciente dessa situação, o legislador criou uma regra de limitação quanto ao número de litisconsortes, inserta no art. 46, parágrafo único do CPC, em que autoriza o juiz a limitar o litisconsórcio *facultativo* quanto ao número de litigantes, caso o mesmo se convença de que o número de litisconsortes poderá vir a comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa.

Logo, caberá ao Juiz, quando diante da formação do litisconsórcio facultativo, em análise concreta ao caso, decidir, de forma fundamentada, se o número de litigantes poderá vir a comprometer a marcha processual ou dificultar a defesa, situação que autorizará o magistrado a limitar o número de litigantes.

Diante disso, percebe-se que o mesmo legislador que criou a técnica do litisconsórcio, prevista no Código de Processo Civil (art. 46 e ss), reconhece, nas linhas seguintes do mesmo Código (art. 46, parágrafo único), que esta técnica de demanda coletiva não é recomendada para todas as situações.²¹⁹

Sobre o tema, a análise da praxe pretoriana assinala que a formação do litisconsórcio tem atingido o propósito principal de celeridade e eficiência apenas quando o número de litigantes é reduzido, pois do contrário, a instrução probatória se arrasta - ante a necessidade de análise tanto do núcleo de homogeneidade, quanto da margem de heterogeneidade de cada litisconsorte - e o resultado alcançado passa a ser o oposto do almejado quando da formação do litisconsórcio.

De fato, quando se está diante de uma ação com centenas de litisconsortes, a produção probatória quanto ao núcleo de homogeneidade será única para todos os litisconsortes, mas, quanto à margem de heterogeneidade existente entre estes, poderão ser produzidas inúmeras provas, tendo em vista as particularidades apresentadas por cada litisconsorte.

Por certo que diante da modalidade de litisconsórcio *unitário* - a ser examinada ainda neste capítulo -, em que a sorte de todos os litisconsortes deve ser a mesma, ainda que haja um número exacerbado destes num dado processo, a produção probatória será reduzida, pois a margem de heterogeneidade entre os litisconsortes é mínima, quando não inexistente, o que demandará, em regra, a produção de provas *comuns* a todos os litisconsortes.

²¹⁹ ZAVASCKI, 2007, p. 165, nota 128.

Todavia, quando da modalidade de litisconsórcio simples (comum), em que a sorte de um litisconsorte não será, necessariamente, a mesma do outro, ante as peculiaridades de cada litisconsorte, a produção de provas pontuais para cada parte é uma realidade inconteste.

Diante disso, além do tempo e do custo para produção de cada uma destas provas, haverá, inexoravelmente, lentidão na marcha processual, pois diante de cada prova produzida deverá ser aberto prazo para a parte contrária se manifestar. É dizer, assim, que quando do litisconsórcio em que há um número demasiado de litisconsortes, haverá morosidade processual, mormente se tratar-se de litisconsórcio simples (comum) e, por conseqüência, possível ineficácia do provimento jurisdicional, ante a necessidade de produção probatória acerca de cada uma das particularidades dos litisconsortes.

Por outro lado, há que se refletir que a propositura de ações *individuais* pelos detentores dos direitos homogêneos, não obstante, como visto outrora, seja possível, acarretará alto custo individual, o que poderá vir a levar muitos a desistirem do seu direito de ação. Do mesmo modo, sob a perspectiva do Estado, o ajuizamento individualizado de ações não é bom, pois sobrecarrega o já saturado Poder Judiciário.

Assim, o que fazer diante da situação em que há centenas (às vezes, milhares) de detentores de direitos individuais homogêneos em que a margem de heterogeneidade desses direitos é expressiva e, assim, nestes casos, a formação do litisconsórcio não alcança a celeridade processual e a efetividade almejadas, e, por outro lado, o ajuizamento individual destas ações poderia acarretar um alto custo da demanda individual e a sobrecarga do Poder Judiciário?

O ajuizamento de ações coletivas parece ser a via processual adequada diante desta situação, pois na ação coletiva as questões enfrentadas são unicamente às relativas ao núcleo de homogeneidade dos direitos individuais afirmados na demanda, o que torna mais célere o processo.

É por essa razão que Teori Albino Zavascki²²⁰ adverte que embora nas ações coletivas a cognição seja exauriente sob o aspecto vertical, será limitada, sob o aspecto horizontal.

²²⁰ ZAVASCKI, 2007, p. 167, nota 128.

Logo, nas ações coletivas não são enfrentadas as particularidades de cada titular dos direitos homogêneos, o que torna o processo coletivo mais célere, diferente do que ocorre no litisconsórcio, em que estas particularidades (margem de heterogeneidade) são enfrentadas, uma a uma, o que pode vir a gerar a tão desastrosa lentidão processual.

Conclui-se, desse modo, que enquanto no litisconsórcio uma de suas características é a análise e o julgamento tanto do núcleo de homogeneidade, como da margem de heterogeneidade dos direitos individuais afirmados, nas ações coletivas, a análise e o julgamento limita-se ao núcleo de homogeneidade dos direitos afirmados, sendo que a análise das peculiaridades de cada interessado tornaria a própria tutela coletiva inviável.²²¹

Portanto, uma das características que distingue o litisconsórcio da ação coletiva é que naquele a atividade cognitiva é plena sob o aspecto horizontal, é dizer, o objeto da demanda é a integralidade do conflito existente (núcleo de homogeneidade e margem de heterogeneidade), enquanto nesta, a atividade cognitiva sob o aspecto horizontal é limitada (somente se analisa e julga o núcleo de homogeneidade).

Não fosse a distinção quanto à amplitude da atividade cognitiva, temos na titularidade da legitimidade ativa, outro critério distintivo entre o instituto do litisconsórcio e o da ação coletiva. Isso porque no litisconsórcio, a legitimidade ativa é exercida pelos próprios titulares dos direitos individuais homogêneos (regra geral prevista no art. 6º do CPC), enquanto nas ações coletivas, a legitimidade ativa é exercida por substitutos processuais. Logo, enquanto no litisconsórcio a regra é a legitimidade ativa ordinária, na ação coletiva, a regra é a legitimidade ativa extraordinária sob a adoção da técnica da substituição processual.²²²

Portanto, não há dúvidas de que o instituto do litisconsórcio seja distinto do instituto da ação coletiva, embora ambos possam tutelar, de forma coletiva, direitos individuais homogêneos. Estes, por sua vez, são simplesmente direitos subjetivos

²²¹ Sobre o tema, Teori Albino Zavascki discorre que uma das características da ação coletiva é a repartição da atividade cognitiva. Explica, o Autor, que a cognição na ação coletiva limita-se às questões fáticas e jurídicas que pertencem ao núcleo de homogeneidade; quanto às situações individuais de cada um dos lesados (margem de heterogeneidade), o instrumento processual adequado é o ajuizamento de ações posteriores em que a atividade cognitiva recairá sobre estas situações peculiares. ZAVASCKI, 2007, p. 166, nota 128.

²²² De ver-se que somente após a prolação de eventual sentença genérica de procedência na ação coletiva é que os titulares do afirmado direito individual homogêneo ajuizaram ação de cumprimento, em que postularão, em nome próprio, o cumprimento da sentença coletiva. ZAVASCKI, op. cit., p. 168, nota 128.

individuais ligados entre si por uma relação de afinidade, homogeneidade, que permite a defesa coletiva de todos eles.

Todavia, como adverte Teori Albino Zavascki,²²³ quando se fala em “defesa coletiva” ou em “tutela coletiva” de direitos homogêneos, o que se está qualificando como coletivo não é o direito material tutelado, mas, sim, o modo de tutelá-lo, o instrumento de sua defesa.

Portanto, não há dúvidas de que a espécie de direito material tutelado no âmbito do litisconsórcio é a mesma do direito tutelado na ação coletiva que tenha como objeto a tutela de direitos individuais homogêneos.

Como visto, porém, a legitimidade ativa do litisconsórcio é ordinária, enquanto na ação coletiva é extraordinária (substituição processual). Não fosse isso, a atividade cognitiva no litisconsórcio é plena sob o aspecto horizontal, enquanto na ação coletiva esta é limitada.

Conclui-se, assim, que o litisconsórcio e a ação coletiva são técnicas processuais distintas, embora destinadas à defesa coletiva de direitos individuais homogêneos, sendo que a ação coletiva destina-se, ainda, a tutelar os denominados direitos difusos e coletivos em sentido estrito.

Nessa linha de idéias, há que se observar que o ajuizamento da ação coletiva pode ser compreendido como um instrumento processual *alternativo* ao litisconsórcio ativo facultativo,²²⁴ previsto no Código de Processo Civil. Diz-se alternativo à modalidade de litisconsórcio facultativo, uma vez que diante das hipóteses legais de formação do litisconsórcio necessário não é dada, ao titular do afirmado direito, a opção pela formação ou não do litisconsórcio, ao contrário, é exigido por Lei ou pela natureza da relação jurídica material, que se forme o litisconsórcio.

As modalidades de litisconsórcio facultativo, necessário, simples e unitário, por sua vez, serão objeto de estudo mais detalhado no item 2.1 deste Capítulo, uma vez que algumas das hipóteses de investigação deste trabalho, colocadas à prova no capítulo VI, remontam as estas espécies de litisconsórcio.

²²³ ZAVASCKI, 2007, p. 43, nota 128.

²²⁴ *Ibid.*, p. 166, nota 128.

2. Das Classificações do Litisconsórcio

O litisconsórcio comporta diversas classificações a partir de critérios distintos. Dentre estas, iniciamos por aquela cuja nomenclatura é auto-explicativa: litisconsórcio ativo, passivo e misto/bilateral/recíproco.²²⁵

Dar-se-á o nome de litisconsórcio *ativo* à presença de mais de uma parte no pólo ativo; de litisconsórcio *passivo*, à pluralidade de partes no pólo passivo; por fim, de litisconsórcio *misto, bilateral ou recíproco*, quando há presença de pluralidade de partes tanto no pólo ativo, como no pólo passivo.

O critério desta classificação, portanto, é puramente topológico.²²⁶

O litisconsórcio pode também ser classificado de acordo com o momento em que é formado, dividindo-se em inicial e ulterior.

Litisconsórcio inicial é aquele que se forma no mesmo momento em que a ação é ajuizada (art. 263 do CPC), ou porque mais de uma pessoa demandou (vários autores), ou porque em face de mais de uma pessoa a ação foi ajuizada (vários réus).

Já o litisconsórcio ulterior é aquele formado depois de iniciada a relação jurídica processual.

Nesse particular, Fredie Didier Jr. pontua que o litisconsórcio ulterior deve ser visto como exceção, pois a pluralidade de partes em um único processo “[...] não deixa de ser um evento que tumultua a marcha processual.”²²⁷

Quanto à obrigatoriedade legal ou não de sua formação, o litisconsórcio pode ser classificado em necessário, quando for imperiosa a sua formação, ou em facultativo, quando a lei defere liberdade quanto à sua formação.

Quanto à sentença a ser proferida, o litisconsórcio poderá ser unitário, quando a sentença a ser prolatada tiver que ser uniforme para todos os litisconsortes, ou simples (comum), quando a sentença possa não ser uniforme para todos.²²⁸

²²⁵ A nomenclatura litisconsórcio “recíproco” é utilizada por José Carlos Barbosa Moreira na obra clássica “Litisconsórcio unitário”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Litisconsórcio unitário**. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 11.

²²⁶ BARBOSA MOREIRA, op. cit., p. 11, nota 225.

²²⁷ DIDIER JÚNIOR, 2009, 1 v, p. 307, nota 178.

²²⁸ SANTOS, 2000, 2 v, p. 04, nota 209.

O plano fático, por sua vez, revela que estas diversas espécies de classificações podem ser cumulativas e independentes umas das outras.²²⁹

Nesse sentido, como algumas das hipóteses apresentadas pela doutrina à problemática deste trabalho reside na defesa, por alguns, da formação do litisconsórcio necessário unitário e, por outros, na formação do litisconsórcio facultativo unitário, a estas classificações deteremos um exame mais detalhado.

2.1 DO LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO, FACULTATIVO, UNITÁRIO E SIMPLES

Como visto, o litisconsórcio poderá ser necessário ou facultativo (quanto à obrigatoriedade ou não em sua formação) e, ainda, unitário ou simples (quanto à obrigatoriedade ou não de julgamento uniforme para todos os litisconsortes).

Obtempera Dinamarco²³⁰ que como se tratam de classificações independentes, todas as combinações são possíveis, vendo-se as modalidades de litisconsórcio necessário unitário, litisconsórcio necessário simples, litisconsórcio facultativo unitário e litisconsórcio facultativo simples.

Iniciamos pelo estudo do litisconsórcio necessário e, em seguida, suas hipóteses concretas como o litisconsórcio necessário unitário e o litisconsórcio necessário simples.

Nesse sentido, o art. 47 do Código de Processo Civil dispõe que: “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”.

É dizer, portanto, que há litisconsórcio necessário quando não possa a ação deixar de ser proposta por mais ou contra mais de uma pessoa,²³¹ sendo necessária a citação de todos os litisconsortes para que a sentença possa produzir efeitos.

²²⁹ BUENO, 2006, p. 77.

²³⁰ DINAMARCO, 1997, p. 314-315.

²³¹ BARBOSA MOREIRA, 1972, p. 11, nota 225.

Logo, no litisconsórcio necessário é obrigatória a presença simultânea de duas ou mais pessoas no pólo ativo ou no pólo passivo,²³² seja em razão de expressa previsão legal, seja em razão da natureza da relação jurídica posta em juízo.

Nesse sentido, a indispensabilidade de pluralidade de partes em cada pólo da relação jurídica dependerá: a) da incidibilidade da situação jurídica ou (b) da conveniência do legislador, que, por razões jurídicas ou simplesmente pragmáticas, decidiu que a pluralidade dos interessados em uma determinada demanda seria indispensável.

Dentre os exemplos de litisconsórcio necessário invocados pela doutrina destacamos o da ação divisória, visto como decorrência da incidibilidade da situação jurídica, e o do processo de usucapião, decorrente de expressa previsão legal (conveniência do legislador).

Ato contínuo, diz-se que o litisconsórcio necessário poderá ser unitário ou simples.

Nesse sentido, há litisconsórcio necessário unitário quando todos os interessados devem ingressar na lide e a solução do litígio tiver que ser uniforme para todos.

Para compreensão deste fenômeno, contudo, necessário se faz registrar o conceito de litisconsórcio unitário.

Assim, diz-se que o litisconsórcio é unitário quando o destino que tiver um litisconsorte houver de ser idêntico ao dos demais.

Logo, litisconsórcio unitário é quando a sentença de mérito, necessariamente, tem que ser homogênea para todos os litisconsortes não podendo estes serem conduzidos a diferentes destinos.²³³

Nos dizeres de Barbosa Moreira,²³⁴ “é unitário o litisconsórcio quando só de modo uniforme se puder ‘resolver’ – segundo a dicção da lei – a relação jurídica litigiosa, para todos os litisconsortes.”

Sobre o mesmo tema, adverte Dinamarco,²³⁵ que o regime de unitariedade está presente sempre que for incidível a relação jurídico-material.

²³² BARBOSA MOREIRA, 1972, p. 103, nota 225.

²³³ DINAMARCO, 1997, p. 41.

²³⁴ BARBOSA MOREIRA, op. cit., p. 13, nota 225.

Nesse ponto, dizer que uma relação jurídica é incindível é dizer que esta não comporta cisão e, portanto, que a sua apreciação tem que ser homogênea.

Conclui-se, assim, que a unitariedade é, acima de tudo, uma imposição natural das coisas, que em tese independeria, até mesmo, de qualquer comando da lei.²³⁶

Assim, no litisconsórcio unitário, a relação jurídica material posta em juízo comporta apenas uma solução para todos os seus sujeitos (litisconsortes), independente do litisconsórcio ser também necessário ou apenas facultativo.²³⁷

Para fins de exemplificação, a doutrina não diverge ao citar o caso de ação anulatória de deliberação de assembléia, ajuizada por um ou mais acionistas, como um exemplo clássico de litisconsórcio unitário, pois parece até mesmo lógica a idéia de que não poderia o juiz declarar para alguns acionistas a validade de determinada assembléia e, para outros, na mesma ação, a invalidade da mesma assembléia, sob pena de ser prolatada uma sentença inútil e paradoxal, criadora de realidades conflitantes.

Portanto, na hipótese de ajuizamento de ação anulatória de deliberação de assembléia, em que a relação jurídica material é incindível, o regime do litisconsórcio quanto ao resultado é unitário (necessidade de um julgamento homogêneo para todos os litisconsortes).

Aqui impõe registrar, contudo, que no exemplo de ação anulatória de deliberação de assembléia a divergência doutrinária reside no ponto de ser o litisconsórcio necessário ou facultativo, o que será, todavia, objeto de análise no capítulo seguinte destinado ao estudo das hipóteses de investigação para este trabalho.

Por ora, citamos como um clássico exemplo de litisconsórcio *necessário unitário* o da ação de nulidade de casamento,²³⁸ aforada pelo Ministério Público (Art. 1.549 do Código Civil Brasileiro de 2002), em que no pólo passivo figurarão, obrigatoriamente, ambos os cônjuges (litisconsórcio necessário em razão da natureza da relação jurídica material) e cujo resultado quanto à validade ou não do casamento terá que ser o mesmo tanto para cônjuge-varão, quanto para o cônjuge-uirago (litisconsórcio unitário em razão da necessidade de julgamento uniforme para todos os litisconsortes).

²³⁵ DINAMARCO, 1997, p. 68-69.

²³⁶ Ibid., p. 140.

²³⁷ Ibid., p. 72.

²³⁸ CARNEIRO, 2003, p. 09.

Ainda impõe ressaltar que no Brasil a doutrina contemporânea²³⁹ distingue, acertadamente, litisconsórcio necessário do litisconsórcio unitário ao colocar cada um destes fenômenos em planos distintos, consciente de que são problemáticas diversas a indispensabilidade da integração de todos os co-legitimados na relação processual (litisconsórcio necessário) e a indispensabilidade do regime de tratamento uniforme aos litisconsortes no processo (litisconsórcio unitário).²⁴⁰

O fato é que a mesma idéia de direito indivisível ou de relação jurídica incindível serve tanto para identificar a unitariedade do litisconsórcio, já que as decisões frente a este tipo de relação jurídica não poderão ser conflitantes, quanto para identificar a necessidade do litisconsórcio, pois a natureza deste tipo de relação, que exige julgamento uniforme a todos os interessados, exige, também, que todos estes participem da relação jurídica processual.²⁴¹

É bem verdade que a redação do art. 47 do Código de Processo Civil, destinada a conceituar o instituto do litisconsórcio necessário, equivocadamente, reuniu, em único dispositivo, os conceitos de litisconsórcio necessário e unitário.

Todavia, como visto em linhas anteriores, referidos institutos são distintos, embora calcados sob a mesma premissa: direito indivisível (ou relação jurídica incindível).

Nesse sentido, procurando equacionar eventual confusão de conceitos, o Anteprojeto do novo Código de Processo Civil (PL 8.046/2010), em trâmite no Congresso Nacional, conceituou as duas tipologias de litisconsórcio - necessário e unitário - em artigos distintos, respectivamente, artigos 113 e 115.

Nesse sentido, o conceito de litisconsórcio necessário vem disposto no art. 113, nos seguintes termos: “Será necessário o litisconsórcio quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes.”²⁴²

²³⁹ Nesse sentido, obtempera Cândido Rangel Dinamarco que em tempos não tão remotos, Pontes de Miranda considerava o litisconsórcio unitário espécie de litisconsórcio necessário. DINAMARCO, 1997, p. 121.

²⁴⁰ DINAMARCO, op. cit., p. 122-123.

²⁴¹ Ibid., p. 160.

²⁴² BRASIL. PL 8.046/2010. Brasília. **Dispõe sobre o Anteprojeto do novo Código de Processo Civil.** Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em: 05.03.2012.

O conceito de litisconsórcio unitário, por sua vez, vem disposto no art. 115: “Será unitário o litisconsórcio quando, pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes litisconsorciadas.”²⁴³

Portanto, em que pese o Código de Processo Civil vigente tenha disposto, em único artigo, o conceito de litisconsórcio necessário e unitário, quando pretendia conceituar tão-somente o litisconsórcio necessário, o Anteprojeto do novo Código de Processo Civil (PL 8.046/2010), dispõe, em artigos distintos, os conceitos de litisconsórcio necessário e de litisconsórcio unitário, na esteira de idéias tão propaladas pela doutrina processualística.

Por outro lado, é importante ressaltar que há algumas hipóteses, pouco freqüentes, em que o litisconsórcio será necessário, mas a solução do litígio poderá ser diferente com relação a cada litisconsorte. É a hipótese de litisconsórcio necessário comum (simples).²⁴⁴

Diz-se que o litisconsórcio é comum quando não há obrigatoriedade de julgamento uniforme para todos os litisconsortes, havendo uma relativa independência entre os co-litigantes, o que permite que a solução final do processo possa vir a oferecer resultados diferentes para os diversos litisconsortes.²⁴⁵

Logo, no litisconsórcio comum cada litisconsorte tem a sua própria sorte no processo.

Como adverte Athos Gusmão Carneiro,²⁴⁶ o exemplo usual de litisconsórcio *necessário comum* é o da ação de usucapião, na qual, por força do art. 942 do CPC, todos os confrontantes da área usucapienda devem ser citados como demandados (litisconsórcio necessário); todavia, alguns confinantes podem nada ter a opor às divisas propostas pelo autor da ação de usucapião, outros, contudo, podem dela discordar, pleiteando, por exemplo, a diminuição da área em questão. Será o caso, assim, de litisconsórcio necessário, ante a obrigação de citação de todos os interessados por força

²⁴³BRASIL. PL 8.046/2010. Brasília. **Dispõe sobre o Anteprojeto do novo Código de Processo Civil.** Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em: 05.03.2012.

²⁴⁴ A terminologia “simples” foi objeto de crítica pela doutrina que entendeu ser a mesma inexpressiva. Nesse sentido, encontramos em José Carlos Barbosa Moreira a sugestão pela adoção do termo “comum” em substituição ao termo “simples”. BARBOSA MOREIRA, 1972, p. 13, nota 225.

²⁴⁵ DINAMARCO, 1997, p. 68.

²⁴⁶ CARNEIRO, 2003, p. 10.

de lei (art. 942 do CPC),²⁴⁷ mas não-unitário, pois cada litisconsorte poderá ter a sua pretensão decidida de modo diverso uns em relação aos outros. Em outras palavras, é o caso de litisconsórcio necessário comum.

Como últimas reflexões acerca do instituto do litisconsórcio necessário, seja ele unitário ou comum (simples), adverte Dinamarco²⁴⁸ a excepcionalidade deste instituto, pois esta espécie de litisconsórcio restringe à liberdade de agir, seja quando impede um só de litigar sozinho (litisconsórcio necessário ativo), seja quando o impede de litigar contra um só (litisconsórcio necessário passivo).

Logo, nos parece correta a assertiva de que o litisconsórcio necessário deve restringir-se às hipóteses de cabimento previstas no art. 47 do CPC, não sendo admitido, por exemplo, que o magistrado possa determinar, por discricionariedade, a integração de terceiros na relação processual na condição de litisconsortes, pois o juiz somente poderá determinar a citação de terceiros, se assim dispuser a lei. Diferente, portanto, do que ocorre na Itália, em que o litisconsórcio que normalmente seria facultativo, pode vir a tornar-se necessário *ope judicis*, ou seja, a partir de determinação do juiz.²⁴⁹

Desta forma, no direito brasileiro, o litisconsórcio necessário somente será formado diante das hipóteses previstas no art. 47 do CPC.

Há que se registrar, contudo, que cabe ao juiz fiscalizar, de ofício, se diante da hipótese de litisconsórcio necessário, nos casos em que a lei o exige, os litisconsortes foram devidamente citados, sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito (art. 47, parágrafo único do CPC).

Destarte, em posição diametralmente oposta ao litisconsórcio necessário, há casos em que o litisconsórcio apresenta-se apenas como uma “faculdade”, a bem da efetividade e da economia processual, sendo que os litisconsortes poderiam ajuizar, caso assim desejassem, cada um deles, a sua própria demanda.²⁵⁰ A esses casos denominamos litisconsórcio facultativo justamente por ser o cúmulo subjetivo uma faculdade do autor, ou autores, desde que autorizada por lei.

²⁴⁷ Art. 942. O autor, expondo na petição inicial o fundamento do pedido e juntando planta do imóvel, requererá a citação daquele em cujo nome estiver registrado o imóvel usucapiendo, bem como dos confinantes e, por edital, dos réus em lugar incerto e dos eventuais interessados, observado quanto ao prazo o disposto no inciso IV do art. 232.

²⁴⁸ DINAMARCO, 1997, p. 65.

²⁴⁹ Ibid., p. 212.

²⁵⁰ CARNEIRO, 2003, p. 11.

Como adverte Bueno,²⁵¹ a *autorização* (permissividade) da formação do litisconsórcio, fato que ocorre diante da modalidade de litisconsórcio facultativo, não se confunde com a *obrigatoriedade* de sua formação em determinadas hipóteses, fato que ocorre diante da modalidade de litisconsórcio necessário.

Note-se, portanto, que nos casos em que a lei não dita a necessariedade, mas, tão-somente, a permissividade da formação do litisconsórcio (art. 46 do CPC),²⁵² o litisconsórcio é *facultativo*, ficando a critério do autor, ou autores, a propositura conjunta de demandas.²⁵³

Em síntese, se houver incindibilidade da relação jurídica material ou norma legal específica que disponha acerca da necessariedade do litisconsórcio (art. 47 do CPC), não há dúvidas, o litisconsórcio deverá ser necessário não havendo escolha aos sujeitos interessados quanto à sua formação ou não. De outro modo, se a lei não trouxer previsão de necessariedade, mas autorizar a formação do litisconsórcio, este será facultativo.

Logo, o litisconsórcio facultativo se define por exclusão.

Ademais, assim como o litisconsórcio necessário, o litisconsórcio facultativo poderá ser comum (simples) ou unitário.

Como já fixados os conceitos de litisconsórcio unitário e simples, em linhas anteriores, passamos aos exemplos.

Iniciamos por um exemplo de litisconsórcio facultativo comum trazido por Athos Gusmão Carneiro:²⁵⁴ em um acidente de trânsito, vários passageiros são feridos e decidem ajuizar, conjuntamente, ação de indenização em face da empresa transportadora com o pleito de ressarcimento de danos materiais.

Nesse exemplo, fácil é a percepção de que cada passageiro poderia ter ajuizado sua própria demanda individualmente, mas, contudo, mormente para fins de economia processual e efetividade, optaram por ajuizar a ação em conjunto (litisconsórcio facultativo).

Do mesmo modo, sem maiores discussões, compreende-se que em um acidente as vítimas sofrem danos de modos distintos, ao passo que enquanto uns, por exemplo,

²⁵¹ BUENO, 2006, p. 81.

²⁵² Ibid., p. 81.

²⁵³ DINAMARCO, 1997, p. 67.

²⁵⁴ CARNEIRO, 2003, p. 11.

podem ter entrado em coma, outros, por sorte, podem ter sofrido apenas leves escoriações.

Assim, cada passageiro, autor da ação na condição de litisconsorte, terá um julgamento individualizado decorrente de suas peculiaridades, que denominamos, outrora, como margem de heterogeneidade (termo utilizado por Teori Albino Zavascki para identificar as particularidades de cada litisconsorte).

Logo, no referido exemplo de acidente de trânsito, diz-se que o litisconsórcio é facultativo, pois cada litisconsorte poderia ter ajuizado a sua ação de forma individual, pois não há previsão legal que exija o ajuizamento conjunto desta ação, nem é a relação jurídica material posta em juízo incidível. Portanto, o litisconsórcio é facultativo.

Da mesma forma, a sorte de um litisconsorte não será, necessariamente, a mesma do outro, ante as peculiaridades de cada litisconsorte, o que nos revela ser o litisconsórcio simples (não-unitário).

Diametralmente oposta, é a situação do litisconsórcio facultativo unitário, em que os interessados podem ajuizar a ação em conjunto, ou não, mas que de qualquer forma, a decisão deverá ser única para todos os litisconsortes, eis que o objeto da demanda é incidível.

Nesse sentido, parte da doutrina cita como exemplo de litisconsórcio facultativo unitário o caso dos acionistas que pretendem anular deliberação de assembléia, justamente o caso singular objeto de estudo neste trabalho: pluralidade de legitimados à impugnação de ato único. Nessa linha de raciocínio são as vozes de Athos Gusmão Carneiro²⁵⁵ e José Carlos Barbosa Moreira,²⁵⁶ seguidos por outros processualistas brasileiros.

Como afirmado em linhas anteriores, contudo, o estudo do caso de ação anulatória de deliberação de assembléia será feito no capítulo VI, logo, por ora, optamos por citar como exemplo de litisconsórcio facultativo unitário um caso que não comporta maiores divergências: ação de consignação de pagamento ajuizada por dois locatários em face do mesmo locador, com fulcro em um único contrato de aluguel, com base na recusa de recebimento de aluguéis pelo mesmo motivo (hipótese contemplada no art. 46,

²⁵⁵ CARNEIRO, 2003, p. 11.

²⁵⁶ BARBOSA MOREIRA, 1972, p. 130, nota 225.

IV do CPC: “Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando: [...] ocorrer afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito”).²⁵⁷

Fixados os conceitos de litisconsórcio necessário, facultativo, unitário e comum, podemos ingressar na análise das hipóteses de investigação formuladas para o caso problema deste trabalho, tarefa a qual nos dedicaremos no capítulo seguinte.

²⁵⁷ BUENO, 2006, p. 85.

CAPÍTULO VI - UM CASO SINGULAR: PLURALIDADE DE LEGITIMADOS À IMPUGNAÇÃO DE UM ÚNICO ATO

Pluralidade de partes legítimas e interesse na impugnação de um único ato: esta casuística é exemplificada pela doutrina, ordinariamente, como o caso em que uma ação é ajuizada por um acionista visando invalidar deliberação de assembléia de sociedade anônima.

Idêntica situação, todavia, pode ser também observada diante de demais hipóteses em que a pretensão do interessado cinge-se à anulação ou nulidade de deliberações colegiadas, como as assembléias de sociedade de responsabilidade limitada, de associações, de condomínios, de clubes, dentre outras.²⁵⁸

Logo, se por um lado, a qualidade de acionista é um fato não tão comum na realidade de muitos indivíduos e, assim, a idéia de ajuizar ação anulatória de deliberação de assembléia de sociedade anônima parece uma situação muito distante da vivida pela maioria dos jurisdicionados, a condição de condômino e associado, por outro lado, é comum aos indivíduos, pois muitos destes residem ou laboram em imóveis administrados por condomínios e, tantos outros, são integrantes de associações, como associação de moradores de um bairro, por exemplo.

Portanto, o caso em estudo neste trabalho, qual seja, pluralidade de partes legítimas à impugnação de um único ato, representa uma situação que pode vir a ocorrer no dia a dia do jurisdicionado, seja na qualidade de acionista, seja na qualidade de condômino ou associado.

Todavia, por ser a ação anulatória de deliberação de assembléia de sociedade anônima o exemplo clássico citado pela doutrina quando há pluralidade de legitimados à impugnação de um único ato, a este iremos nos ater apenas para fins de exemplificação no presente trabalho.

A respeito do tema, cumpre assinalar que o administrador e o acionista (ou seu respectivo representante legal), possuem legitimidade para aforar ação anulatória de deliberação de assembléia, sob as seguintes alegações: violação aos requisitos formais; não observância do *quorum* para funcionamento (diz respeito ao funcionamento

²⁵⁸ CRUZ E TUCCI, 2006, p. 247, nota 75.

legítimo da assembléia); não observância do *quorum* para deliberação (diz respeito à legitimidade da deliberação); preterição a direitos de acionistas minoritários; vícios de votos maculados de interesses contrários ao bem comum da sociedade; irregularidade na representação dos sócios, além de outras hipóteses que são evidenciadas pela casuística jurisprudencial.²⁵⁹

Portanto, uma deliberação de assembléia pode padecer de diversos vícios que autorizam o ajuizamento de ações sociais anulatórias por parte dos seus acionistas, ou respectivos representantes legais, e administradores.

Nesse sentido, os julgados extraídos por amostragem dos Tribunais Estaduais pátrios e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) evidenciam como o tema em estudo é contemporâneo e chega às cortes brasileiras: TJES; AI 048.01.900126-1; Terceira Câmara Cível; Rel. Des. José Eduardo Grandi Ribeiro; Julg. 07/05/2002; TJRS; AC 70024446072; Porto Alegre; Décima Segunda Câmara Cível; Rel. Des. Dálvio Leite Dias Teixeira; Julg. 17/06/2010; DJERS 24/06/2010; TJSP; AC 121.172-4; Ribeirão Preto; Quarta Câmara de Direito Privado; Rel. Des. José Geraldo Jacobia Rabello; Julg. 21/03/2002; TJSP; APL 990.10.180329-1; Ac. 4786159; São Paulo; Quinta Câmara de Direito Privado; Rel. Des. James Siano; Julg. 27/10/2010; DJESP 10/12/2010; TJPE; AC 0088821-5; Cabo de Sto. Agostinho; Quarta Câmara Cível; Rel. Des. Frederico Ricardo de Almeida Neves; Julg. 29/04/2010; DJEPE 21/05/2010; TJRS; AC 70037068624; Canoas; Sexta Câmara Cível; Rel. Des. Ney Wiedemann Neto; Julg. 29/07/2010; DJERS 09/08/2010; TJSP; APL 9072231-67.2003.8.26.0000; Ac. 4988109; São Paulo; Quinta Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Silvério Ribeiro; Julg. 23/02/2011; DJESP 20/04/2011.²⁶⁰

O ponto central deste trabalho, contudo, refere-se à análise da possibilidade de extensão da autoridade da coisa julgada a terceiros quando da formação da coisa julgada em ação anulatória de deliberação de assembléia ajuizada somente por um acionista (um dos co-legitimados).

²⁵⁹ BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Direito processual societário**. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 181-182.

²⁶⁰ REPOSITÓRIO AUTORIZADO DE JURISPRUDÊNCIA MAGISTER. Disponível em: <<https://www.magisteronline.com.br/mgstrnet/lpext.dll?f=templates&fn=main-hit-j.htm&2>>. Repositório autorizado do STF nº 41/2009, do STJ nº 67/2008 e do TST nº 35/2009. Acesso em: 18.07.2011. No ANEXO estão as ementas dos referidos acórdãos, acrescidas de outras.

Nesse sentido, a problemática reside no fato de que referidas ações anulatórias podem ser ajuizadas somente por um dos co-legitimados permanecendo os demais, portanto, na condição de terceiros. Nesta hipótese, cumpre indagar: a autoridade da coisa julgada formada na ação anulatória de deliberação de assembléia ajuizada somente por um dos co-legitimados alcançará os terceiros que, não obstante legítimos para figurar como partes no processo inicial, não ingressaram à lide?

A dúvida existe, pois em que pese o ordenamento jurídico brasileiro autorize o ajuizamento de ação anulatória por qualquer dos acionistas legitimados, nada dispõe sobre os efeitos do acolhimento ou rejeição da referida ação em relação aos terceiros co-legitimados que não participaram do processo.

Logo, coube a doutrina a missão de perquirir, diante do arcabouço legal vigente e das garantias constitucionais do processo, a possibilidade (ou não) de extensão da autoridade da coisa julgada aos legitimados estranhos à lide.

Situação distinta, por sua vez, ocorre no direito alemão e no direito italiano, em que há previsão legal quanto aos limites subjetivos da coisa julgada na hipótese de ajuizamento de ação anulatória de deliberação de assembléia por um único legitimado.

Nesse sentido, a Lei das Sociedades Anônimas Alemã dispõe, expressamente, que no caso de *procedência* da ação anulatória de deliberação de assembléia haverá extensão *ultra partes* da coisa julgada vindo esta a atingir todos os demais legitimados, ainda que não-partes (terceiros). É o que consta na Aktiengesetz, de 06.09.1965, § 248 e § 249.²⁶¹

Obtempera, contudo, Ada Pellegrini Grinover,²⁶² que a Lei alemã não esclarece o regime dos limites subjetivos da coisa julgada no caso de *improcedência* da ação anulatória, mas que a doutrina germânica costuma entender que “[...] a coisa julgada negativa também atua *erga omnes*.”

Logo, na Alemanha, tanto no caso de procedência, quanto no caso de improcedência da ação anulatória de deliberação de assembléia ajuizada somente por um acionista, haverá extensão da autoridade da coisa julgada aos demais co-legitimados que não participaram da referida ação anulatória.

²⁶¹ GRINOVER, 2007, p. 231, nota 11.

²⁶² Ibid., p. 231, nota 11.

Já na Itália, a previsão legislativa referente ao caso em estudo encontra-se no Código Civil (art. 2.377).²⁶³ Referido diploma disciplina o regime dos limites subjetivos da coisa julgada, mas, assim como na legislação alemã, tão-somente regula a hipótese de *procedência* da ação anulatória de deliberação de assembléia ajuizada somente por um acionista.

Nesse ponto, a lei italiana prevê que no caso de procedência da ação anulatória de deliberação de assembléia aforada por um único acionista, haverá extensão *ultra partes* da autoridade da coisa julgada. Na hipótese de eventual *improcedência*, todavia, o Código Civil italiano restou silente, assim como a Lei das Sociedades Anônimas Alemã ao disciplinar idêntica situação.

Diferentemente da doutrina germânica, contudo, a doutrina italiana tem interpretado que quando a Lei quis conferir a extensão *ultra partes* da coisa julgada formada na ação anulatória de deliberação de assembléia ajuizada por um único acionista, assim o fez expressamente, logo, *a contrario sensu*, no caso de improcedência, em que houve omissão legislativa, deve se compreender que os efeitos serão *inter partes* e qualquer co-legitimado poderá ajuizar nova ação com o mesmo desiderato.²⁶⁴

Nessa sentido, válida a transcrição do art. 2.377 do Código Civil italiano:

Art. 2377 - Invalidità delle deliberazioni. Le deliberazioni dell'assemblea, prese in conformità della legge e dell'atto costitutivo vincolano tutti i soci, ancorché non intervenuti o dissenzienti (2437). Le deliberazioni che non sono prese in conformità della legge o dell'atto costitutivo possono essere impugnate dagli amministratori, dai sindaci e dai soci assenti o dissenzienti, e quelle dell'assemblea ordinaria altresì dai soci con diritto di voto limitato (2351), entro tre mesi (2964 e seguenti) dalla data della deliberazione, ovvero, se questa è soggetta ad iscrizione nel registro delle imprese entro tre mesi dall'iscrizione. L'annullamento della deliberazione ha effetto rispetto a tutti i soci ed obbliga gli amministratori a prendere i conseguenti provvedimenti, sotto la propria responsabilità. In ogni caso sono salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione.²⁶⁵

²⁶³ GRINOVER, 2007, p. 231, nota 11.

²⁶⁴ Ibid., p. 231, nota 11. Há outras razões que justificam a posição da doutrina italiana majoritária no sentido de que a improcedência da ação anulatória não impede que novas demandas sejam propostas por outros sócios, sendo *inter partes* os “efeitos” gerados. Nesse sentido, conferir GRINOVER, op. cit., p. 231-232, nota 11.

²⁶⁵ A tradução do artigo transcrito é feita por Arruda Alvim: “Art. 2.377 – Invalidade das deliberações. A anulação da deliberação tem efeito relativamente a todos os sócios e obriga os administradores a adotar todas as providências consequentes, sob a responsabilidade própria. São, em todo o caso, ressalvados os

Portanto, na Itália, por previsão legal expressa no art. 2.377 do Código Civil, no caso de procedência da ação anulatória de deliberação de assembleia, haverá extensão da autoridade da coisa julgada *ultra partes* e, no caso de improcedência, por interpretação majoritária da doutrina italiana, a autoridade da coisa julgada será limitada às partes.

No direito brasileiro, todavia, ante a omissão legislativa tanto na hipótese de procedência, quanto na hipótese de improcedência, coube a doutrina formular o regime dos limites subjetivos da coisa julgada nas ações anulatórias de deliberação de assembleia.

Nessa esteira, iniciamos pelo registro da posição de Enrico Tullio Liebman²⁶⁶ para quem, uma vez julgada *improcedente* a ação que objetiva a anulação de deliberação de assembleia, esta sentença de improcedência teria um conteúdo simplesmente declaratório, ficando, assim, aberta aos demais acionistas a via processual para impugnar a mesma deliberação. É dizer, portanto, que diante deste caso, a autoridade da coisa julgada estaria restrita às partes. Já em caso de procedência da ação ajuizada somente por um acionista, atingir-se-ia o escopo comum a todos os demais, razão pela qual, haveria falta de *interesse de agir* para o ajuizamento de outras ações.

Note-se que para defender este posicionamento, Liebman baseou-se na premissa de que todos os sócios teriam o mesmo objetivo, é dizer, anular a deliberação de assembleia da sociedade anônima.

Logo, por esta razão, uma vez obtido o resultado almejado por todos, ainda que por meio de ação ajuizada somente por um dos co-legitimados, careceriam de interesse de agir os demais acionistas, por já ter sido alcançado o objetivo comum.

De acordo com esse pensamento, portanto, eventual procedência da ação anulatória de deliberação de assembleia extinguiria todas as demais ações eventualmente propostas com o mesmo desiderato, ao passo que, a sua eventual rejeição, não prejudicaria as demais.

direitos adquiridos de boa-fé por terceiros com base nos atos realizados em execução da deliberação". ALVIM, Arruda. A posição dos sócios e associados em relação a ações movidas contra as sociedades e associações de que façam parte. In: DIDDIER JÚNIOR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 51

²⁶⁶ LIEBMAN, 2007, p. 224, nota 14.

Não podemos, contudo, incorrer em erro ao analisarmos o posicionamento de Liebman diante deste caso. Isso porque uma leitura superficial de sua atemporal obra “*Efficacia ed autorità della sentenza*”, publicada pela primeira vez em 1935, poderia nos levar ao equívoco de concluir que Liebman, ao defender que no caso de procedência da ação anulatória de deliberação de assembléia todas as demais ações, por ventura ajuizadas pelos outros acionistas co-legitimados seriam extintas, estaria a defender a extensão subjetiva da autoridade da coisa julgada a terceiros. Impõe registrar que não é essa a idéia de Liebman,²⁶⁷ conforme expressamente registrou em sentido contrário o próprio Autor:

[...] a opinião que eu sigo não implica, tal como pode parecer à primeira vista, em alargamento da coisa julgada aos terceiros no caso de sentença favorável. O que se estende aos terceiros, isto é, aos outros legitimados à impugnação, é somente o *efeito* da sentença; e precisamente a anulação do ato impugnado, porque o *petitum* de cada ação inclui necessariamente, em razão da unidade e indivisibilidade do ato que se impugna, também o escopo de todas as outras concorrentes e assim o acolhimento de uma delas leva efetivamente à consequência que também para todos os outros interessados o ato já não existe. Mas este resultado não implica, com efeito, extensão da coisa julgada além dos seus costumados limites subjetivos; tal se produz legitimamente para todos porque a todos se estende a eficácia da *sentença*, na sua objetiva consistência determinada pelo conteúdo da decisão, mercê de um princípio geral, atribuído à sua qualidade de ato do Estado.

Dito isto, em que pese a indiscutível propriedade e valia da teoria da coisa julgada elaborada por Enrico Tullio Liebman, neste tocante, não nos parece correta a proposição formulada pelo referido Autor, mormente ante as relevantes observações de José Carlos Barbosa Moreira sobre o tema.

Nesse sentido, Barbosa Moreira²⁶⁸ observou que a alegada falta de interesse de agir de outros acionistas à mesma ação é facilmente refutável, pois a um dado acionista poderia exatamente interessar o resultado oposto ao conseguido no primeiro processo (por exemplo, a declaração de validade da deliberação de assembléia que a primeira sentença declarou nula ou anulável).

²⁶⁷ LIEBMAN, 2007, p. 227, nota 14.

²⁶⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Coisa julgada: extensão subjetiva”. In **Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 281 e ss.

Assim, nos parece ser possível que outros acionistas tenham interesse em ajuizar novas demandas, ainda que um dos co-legitimados já tenha obtido a anulação da assembléia em determinada ação judicial, pois o interesse daqueles pode ser pela validade da referida assembléia.²⁶⁹

Logo, a proposição de Liebman para a casuística em estudo não pode prosperar, pois a eventual sentença de procedência da ação anulatória de deliberação de assembléia aforada por um único acionista, não pode implicar na falta de interesse de agir dos demais co-legitimados/terceiros, posto que a estes pode justamente ater interesse diverso ao do acionista-autor, qual seja, a declaração de validade da deliberação de assembléia outrora anulada.

Afastada, portanto, a hipótese de investigação formulada por Liebman no sentido de que a procedência de uma determinada ação anulatória ajuizada somente por um único legitimado, implicaria na falta de interesse de agir dos demais co-legitimados terceiros.

Convém lembrar, contudo, conforme adverte Ada Pellegrini Grinover,²⁷⁰ que posteriormente o próprio Liebman tendeu a rever seu posicionamento no caso de concurso de ações, ao afirmar que “[...] o estado da doutrina e da jurisprudência não lhe permitia indicações seguras sobre a solução dos diversos problemas.”

Nesse passo, Grinover,²⁷¹ em notas ao livro de Enrico Tullio Liebman “Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada”, 4ª edição, posicionou-se no sentido de adoção do litisconsórcio facultativo unitário²⁷² para os casos de pluralidade de legitimados à impugnação de um único ato.

²⁶⁹ Além da possibilidade de ajuizar ações com o fito de obter a declaração de validade das assembléias, os sócios que tenham interesse distinto do sócio vitorioso na ação anulatória e que se sintam prejudicados pela decisão de anulação da assembléia podem interpor recurso, nos termos autorizados pelo art. 499 do CPC, na qualidade de terceiros prejudicados, atendidas as exigências previstas em Lei. Nesse sentido, dispõe o art. 499 do CPC:

Art. 499. O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público.

§ 1º Cumpre ao terceiro demonstrar o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial.

§ 2º O Ministério Público tem legitimidade para recorrer assim no processo em que é parte, como naqueles em que oficiou como fiscal da lei.

²⁷⁰GRINOVER, 2007, p. 114, nota 11.

²⁷¹ Ibid., p. 230-233, nota 11.

²⁷² Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover acolhe expressamente o posicionamento de José Carlos Barbosa Moreira. Cf. GRINOVER, op. cit., p. 233-234, nota 11.

Sobre o tema, Grinover expressamente afirmou acolher a posição de Barbosa Moreira²⁷³ que, por sua vez, já havia defendido que o caso de pluralidade de legitimados à impugnação de um único ato era hipótese de litisconsórcio facultativo unitário, em que a coisa julgada que se constituísse para qualquer dos litisconsortes valeria, igualmente, para os outros. Haveria, portanto, extensão da autoridade da coisa julgada a terceiros que, não obstante legitimados, deixaram de participar do litisconsórcio facultativo.

No ponto, sustenta Ada Pellegrini Grinover:²⁷⁴

Revido minha posição anterior [ADA PELLEGRINI GRINOVER, notas à Eficácia e autoridade da sentença, de Liebman, 3ª ed., p. 241], radicada em uma postura intransigente de total indiferença à coisa julgada por todo e qualquer terceiro, acompanho hoje a posição sempre lúcida de BARBOSA MOREIRA, que demonstra que a extensão a terceiros, virtuais litisconsortes unitários, da coisa julgada que verse sobre bem de natureza indivisível torna impossível a formulação de regras jurídicas concretas diversas em relação àqueles que, se participassem do juízo, obteriam sentenças uniformes (ressalvada, naturalmente, a hipótese de ações diversas, intentadas com base em outra *causa pretendi*).

Nesse sentido, Grinover, em notas à 4ª edição da obra de Liebman, “Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada”, modifica seu posicionamento anterior, em que defendia a limitação da autoridade da coisa julgada às partes nas ações anulatórias de deliberação de assembleia,²⁷⁵ para aderir ao posicionamento de Barbosa Moreira, diametralmente oposto, para quem a coisa julgada a ser formada na ação anulatória ajuizada por qualquer um dos legitimados a impugnar deliberação de assembléia se estenderá aos demais co-legitimados, tudo para que se evite a formação de coisas julgadas contraditórias. Haverá, portanto, na posição defendida por Barbosa Moreira e, seguida por Grinover, extensão da autoridade da coisa julgada a terceiros.

Nesse sentido, expõe Barbosa Moreira²⁷⁶ sobre o tema:

²⁷³ BARBOSA MOREIRA, 1972, p. 26-27, nota 225. Também na defesa pela formação do litisconsórcio facultativo unitário, Cândido Rangel Dinamarco. DINAMARCO, 1997, p. 193.

²⁷⁴ GRINOVER, 2007, p. 233, nota 11.

²⁷⁵ Ibid., p. 241, nota 11.

²⁷⁶ BARBOSA MOREIRA, op. cit., p. 27, nota 225.

A essa conclusão se chega por meio de interessante raciocínio. A coisa julgada que se constitui para qualquer dos possíveis litisconsortes vale igualmente para os outros, e esse resultado deve ocorrer tanto na hipótese de processos distintos e sucessivos, quanto na de um único processo em que vários deles, ou todos, atuem em conjunto. Ora, se se admitisse quebra da uniformidade na solução do litígio, de tal sorte que para um, ou para alguns, a decisão viesse a apresentar determinado teor contrário, haveria a consequência absurda de sobrevirem, para cada qual, duas coisas julgadas contraditórias.

Há, portanto, duas proposições inseridas no posicionamento defendido por Barbosa Moreira, quando diante da situação de pluralidade de legitimados à impugnação de um único ato: primeiramente, o Autor defende a adoção do litisconsórcio facultativo unitário, em que a sentença a ser prolatada será idêntica para todos os legitimados, ante a natureza incindível do objeto da ação anulatória; em seguida, o Autor defende a adoção da técnica de extensão da autoridade da coisa julgada a terceiros, considerados litisconsortes unitários virtuais, com a finalidade de se evitar a formação de coisas julgadas contraditórias.

Essa solução, contudo, não nos parece correta.

Iniciamos nossa análise pela proposição da modalidade de litisconsórcio facultativo, para, em seguida, analisarmos a técnica processual de extensão da autoridade da coisa julgada a terceiros, ambas defendidas por José Carlos Barbosa Moreira e Ada Pellegrini Grinover.

Em estudo ao caso, entendemos que a adoção do litisconsórcio facultativo fere o princípio da segurança jurídica, posto que quanto aos acionistas que não integraram a lide, estes poderão, a qualquer tempo, ajuizar uma ação com pretensão contrária a prevista e consagrada na lide anterior, onde operou-se o trânsito em julgado. Assim, a rediscussão do tema poderia perdurar até o último acionista que, não tendo ingressado nas ações anteriores, poderia exercitar o seu direito de ação quando bem lhe conviesse (dentro do prazo prescricional).

Note-se que esta instabilidade jurídica vai de encontro à própria natureza de gestão empresarial de uma sociedade anônima, pois como gerir uma empresa se dadas deliberações de assembléia, por exemplo, estarão sempre sujeitas (dentro do prazo prescricional) a eventuais ações anulatórias propostas, sucessivamente, por legitimados distintos?

Logo, a nosso ver, a adoção do litisconsórcio facultativo fere o princípio da segurança jurídica, pois como nesta modalidade de litisconsórcio não é obrigatória a citação de todos os legitimados, a autoridade da coisa julgada estaria restrita aos litigantes (partes) e, assim, o legitimado que não foi citado para ingressar à lide e que, eventualmente, não concorde com o resultado da ação anulatória, poderá, a qualquer tempo (dentro do prazo prescricional, reitera-se), vir a ajuizar ação com o objetivo oposto à ação anulatória anterior e, assim, sucessivamente.

Portanto, a modalidade de litisconsórcio facultativo abre espaço para o ajuizamento de ações sucessivas, ora com o pedido de anulação da assembléia, ora com o pedido de declaração de validade da assembléia, a depender do interesse jurídico individual de cada acionista.

A insegurança jurídica que o julgamento de ações sucessivas poderia vir a desencadear, portanto, parece fulminar a posição doutrinária que defende a adoção do litisconsórcio facultativo quando há pluralidade de legitimados à impugnação de um único ato.

Observe-se que mesmo com a adoção do procedimento pertinente às ações conexas, previsto no art. 105 do CPC,²⁷⁷ que autoriza a reunião destas ações para o respectivo julgamento simultâneo, permaneceriam alguns problemas sem solução.

É que, se por um lado, o Código de Processo Civil determina que havendo conexão o juiz poderá²⁷⁸ (inclusive de ofício) determinar a reunião das ações propostas em separado, a fim de que sejam julgadas simultaneamente, o que implicaria na elaboração de uma única decisão para todos os acionistas litigantes, por outro, é certo que a reunião dos processos somente se justifica até o momento da prolação da sentença, já que o objetivo da reunião das ações é possibilitar o julgamento simultâneo destas.

Logo, aos acionistas que ingressarem com as suas respectivas ações anulatórias após a prolação da sentença das ações conexas, permanecerá a mesma problemática pertinente ao litisconsórcio facultativo: possibilidade de julgamentos distintos (quebra da homogeneidade), uma vez que, reitera-se, a reunião dos processos conexas somente

²⁷⁷ Art. 105. Havendo conexão ou continência, o juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pode ordenar a reunião de ações propostas em separado, a fim de que sejam decididas simultaneamente.

²⁷⁸ Celso Agrícola Barbi entende que o Juiz tem o dever e não a “faculdade” de determinar a reunião de processos. Para o Autor, portanto, onde se lê “pode” (art. 105 do CPC), leia-se “deve”. BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, I v, p. 468. No mesmo sentido, Cândido Rangel Dinamarco: DINAMARCO, 1997, p. 330.

se justifica até o julgamento da lide, visto que seu objetivo é o de assegurar o julgamento simultâneo das ações e, assim, evitar julgamentos contraditórios.

Portanto, o instituto da conexão e, por conseqüência, a técnica processual de reunião das ações anulatórias conexas, somente soluciona o problema de coisas julgadas contraditórias quanto às ações a serem julgadas simultaneamente; mas quanto às ações anulatórias eventualmente ajuizadas pelos demais co-legitimados, em época posterior, o problema da possibilidade de julgamentos distintos (contraditórios) persistirá, pois uma vez proposta a ação em data posterior ao julgamento das ações conexas, não há que se falar em reunião dos processos e, assim, as “novas” ações poderão ser julgadas por órgãos julgadores distintos, o que nos remete a possibilidade de julgamentos contraditórios diante de um objeto incindível.

Desse modo, a adoção do litisconsórcio facultativo ao caso em estudo, mesmo sem analisar se na forma unitária ou simples, fere o princípio constitucional da segurança jurídica, diretamente ligado à idéia de Estado Democrático de Direito (cf. item 1, Capítulo I), uma vez que permite o ajuizamento sucessivo de ações pelos legitimados a impugnar um único ato (ex: deliberação de assembléia), dentro do lapso prescricional.

Geovany Cardoso Jevaux,²⁷⁹ contudo, com perspicácia, adverte que a única forma de evitar a difusão de decisões posteriores contraditórias, quando da adoção da modalidade de litisconsórcio facultativo, seria com a suspensão dos processos iniciais até o vencimento da prescrição bienal, o que poderia ocorrer tanto a requerimento das partes iniciais, quanto *ex officio* (art. 265, inciso II ou inciso IV, "b", do Código de Processo Civil).²⁸⁰

²⁷⁹O posicionamento do Autor foi apresentado em reunião de orientação de dissertação no curso de Mestrado em Direito Processual Civil, da Universidade Federal do Espírito Santo, UFES. Em 23.01.2012.

²⁸⁰ Art. 265. Suspende-se o processo:

I - pela morte ou perda da capacidade processual de qualquer das partes, de seu representante legal ou de seu procurador;

II - pela convenção das partes;

III - quando for oposta exceção de incompetência do juízo, da câmara ou do tribunal, bem como de suspeição ou impedimento do juiz;

IV - quando a sentença de mérito:

a) depender do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente;

b) não puder ser proferida senão depois de verificado determinado fato, ou de produzida certa prova, requisitada a outro juízo;

Nesse sentido, explica o referido Autor que a prescrição para anular as deliberações tomadas em assembléia é de 02 (dois) anos, nos termos do art. 286 da Lei 6404/76.²⁸¹ Logo, se nesse período houver a suspensão dos processos iniciais ajuizados, o problema da proliferação de decisões posteriores acabaria, uma vez que o julgamento das ações restará suspenso, durante o prazo prescricional para propositura das ações anulatórias e, assim, nesses dois anos, quantas forem as ações ajuizadas, quantas serão as ações suspensas, sendo que todas serão julgadas simultaneamente.

Jeveaux admite que nesse período de suspensão do processo haveria mitigação da garantia constitucional da razoável duração do processo, contudo, propõe a análise do que proporcionalmente seria mais importante: a tramitação preferencial dos processos em curso já reunidos, com o risco posterior de decisões contraditórias, ou a suspensão dos processos até o vencimento da prescrição bienal, com o fim de se evitar decisões contraditórias futuras?

Logo, o único meio que nos parece evitar a proliferação de coisas julgadas sucessivas e, eventualmente, contraditórias quando da adoção da modalidade de litisconsórcio facultativo no caso em estudo, é com a suspensão dos processos iniciais pelo prazo prescricional, conforme posicionamento de Geovany Cardoso Jeveaux, pois referida técnica processual encontra guarida na legislação vigente - art. 265, inciso II ou inciso IV, "b", do Código de Processo Civil - e permite que todas as ações ajuizadas durante a vigência do prazo prescricional (dois anos) possam ser reunidas mediante o instituto da conexão, tendo um julgamento simultâneo.

Não obstante referido pensamento destacar-se pelo rigor técnico processual, foi visto no Capítulo V que o litisconsórcio é facultativo somente nos casos em que a lei não dita a sua necessidade²⁸² e, no caso em exame, nos parece que a lei determina a formação do litisconsórcio necessário em razão da natureza da relação jurídica material discutida – incidível-, razão pela qual, ainda que a suspensão dos processos possa ser uma técnica processual eficaz na busca de evitar julgamentos contraditórios, deve ser aplicado o regime do litisconsórcio necessário em razão da natureza da relação jurídica

²⁸¹ Art. 286. A ação para anular as deliberações tomadas em assembléia-geral ou especial, irregularmente convocada ou instalada, violadoras da lei ou do estatuto, ou eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação, prescreve em 2 (dois) anos, contados da deliberação.

²⁸² DINAMARCO, 1997, p. 67.

material posta em juízo, ante expressa previsão legal (art. 47 do Código de Processo Civil).

Saliente-se, outrossim, antes de adentrarmos à hipótese de investigação referente ao litisconsórcio necessário, que a adoção da técnica de extensão da autoridade da coisa julgada a terceiros no litisconsórcio facultativo, com o fito de evitar a formação de coisas julgadas contraditórias (posicionamento de Barbosa Moreira), não tem amparo legal no sistema jurídico brasileiro.

Nesse sentido, a técnica processual defendida por Barbosa Moreira no sentido de considerar os terceiros como litisconsortes unitários *virtuais* atenta contra as garantias constitucionais do processo, como o contraditório, a ampla defesa e o acesso à justiça, pois autoriza a submissão de terceiros à autoridade da coisa julgada formada em um processo em que não lhes foi oportunizado atuar. Aliás, sequer há, nesta hipótese, autorização legal para extensão da coisa julgada a terceiros.

Portanto, a técnica de extensão da autoridade da coisa julgada a terceiros, proposta por Barbosa Moreira quando da adoção do litisconsórcio *facultativo* unitário, com a devida vênia, não se apresenta como solução à problemática deste trabalho, pois além de existir previsão legal no sentido de que o caso em estudo insere-se na modalidade de litisconsórcio necessário (art. 47 do CPC), o que afasta, por si só, a modalidade de litisconsórcio facultativo, a referida técnica de extensão da coisa julgada fere garantias constitucionais do processo em face de *terceiros*, como o devido processo legal (art. 5º, LIV da CF/88) e, portanto, seus postulados básicos como o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV da CF/88), além da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV da CF/88).

Afastada, portanto, a hipótese de investigação de litisconsórcio facultativo unitário, defendida por José Carlos Barbosa Moreira e Ada Pellegrini Grinover, como técnica processual a ser aplicada ao caso de pluralidade de legitimados à impugnação de um único ato.

Ainda sobre o tema, insta ressaltar que Grinover²⁸³ já manifestava preocupação com a posição de Barbosa Moreira no sentido de estender a terceiros a coisa julgada

²⁸³ GRINOVER, 2007, p. 234-235, nota 11.

formada na ação anulatória de deliberação de assembleia ajuizada somente por um dos co-legitimados.

Nesse sentido, em que pese Grinover tenha aderido ao posicionamento de Barbosa Moreira - litisconsórcio facultativo unitário -, a referida Autora debruçou esforços para amparar legalmente a posição deste processualista brasileiro quanto à técnica de extensão da coisa julgada a terceiros (“litisconsortes virtuais”) sem que com isso restassem violadas as garantias constitucionais do processo, mormente do contraditório.

Nesse passo, Grinover²⁸⁴ sustentou que deveria ser adotada a tese de que o autor da ação anulatória de deliberação de assembleia agiria como substituto processual dos demais acionistas que se encontrassem na mesma situação jurídica, pois partindo-se desta premissa, restaria afastada qualquer alegação de violação ao devido processo legal por extensão da autoridade da coisa julgada a terceiros, uma vez que na substituição processual não há dúvidas de que a autoridade da coisa julgada abrange tanto o substituto, quanto os substituídos.

Ato contínuo, Grinover²⁸⁵ esclarece que mesmo que não haja comunhão de interesses entre todos os acionistas, pois alguns poderiam ter interesse na anulação e outros na validade da assembleia, os acionistas interessados na declaração de validade da deliberação de assembleia seriam substituídos pela parte contrária.

Portanto, de acordo com a técnica processual da substituição processual proposta por Ada Pellegrini Grinover, no caso de ajuizamento de ação anulatória de deliberação de assembleia aforada somente por um dos co-legitimados, a autoridade da coisa julgada irá abranger tanto o substituto (autor da ação), quanto os substituídos (terceiros co-legitimados que não ingressaram à lide).

Aparentemente, estaria resolvida a discussão quanto ao alcance da coisa julgada aos legitimados que não ingressaram à lide – terceiros - sob a ótica das garantias constitucionais do processo.

Ademais, Grinover sustenta que quanto à ausência de previsão legal que autorize o acionista a pleitear, em nome próprio, direito próprio e também alheio, na denominada

²⁸⁴ GRINOVER, 2007, p. 234, nota 11.

²⁸⁵ Ibid., p. 234, nota 11.

legitimidade extraordinária concorrente, deve ser feita uma interpretação hermenêutica, o que “[...] seria suficiente para entender ser o sócio que pretende a anulação da assembléia substituto processual dos demais, que se encontram na mesma situação jurídica.”²⁸⁶

Todavia, a técnica da substituição processual não nos parece ser a solução adequada para o caso em estudo, sendo necessário lembrarmos alguns registros feitos quanto ao instituto da substituição processual (cf. item 1.2, Capítulo IV) para comprovarmos que referida técnica, no caso de ação anulatória de deliberação de assembléia ajuizada somente um co-legitimado, não encontra amparo legal.

Nesse sentido, vimos que a substituição processual, como espécie de legitimidade extraordinária, depende de autorização legal específica, por ser uma exceção à regra geral adotada pelo Código de Processo Civil no que pertine à legitimidade das partes (art. 6º do CPC).

Logo, apenas excepcionalmente e diante de autorização legal específica, poderá haver a legitimidade extraordinária em que os titulares do direito material afirmado *não* terão legitimidade processual, é dizer, não serão partes formais no processo.

Fixada esta premissa, verifica-se que a técnica processual da substituição processual *não* poderá ser utilizada no caso de pluralidade de legitimados à impugnação de um único ato por ausência de previsão legal respectiva.

Com efeito, não há previsão legal no ordenamento jurídico pátrio que autorize um acionista a pleitear, em nome próprio e, também, em nome alheio, pretensão dos demais acionistas diante de um objeto incindível.

Portanto, com a devida vênia, não procede o posicionamento de Ada Pellegrini Grinover no sentido de que uma interpretação hermenêutica do sistema autorizaria a utilização da técnica da substituição processual no caso de ação anulatória de deliberação de assembléia ajuizada somente por um acionista, pois a legitimidade extraordinária, seja concorrente, seja exclusiva, nos termos do art. 6º do Código de Processo Civil, pressupõe autorização legal que, no caso em exame, não existe.

De ver-se que nem mesmo eventual argumento no sentido de que a técnica processual deva servir a efetividade do processo poderia justificar a adoção da

²⁸⁶ Ibid., p. 235, nota 11.

substituição processual no caso em estudo, pois a técnica processual deve ser usada com o escopo de viabilizar as garantias constitucionais do processo e, no caso em apreço, o uso da técnica da substituição processual estaria a usurpar a garantia constitucional do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e do acesso à justiça de inúmeros co-legitimados.

Logo, não há como acolher o posicionamento o qual, criando hipótese de substituição processual não prevista em lei, viola garantias constitucionais do processo e, ainda, o disposto no art. 6º e 472, ambos do Código de Processo Civil.

Nessa linha de raciocínio, justamente em razão da ausência de previsão legal que autorize a legitimação extraordinária no caso de ação anulatória de deliberação de assembléia ajuizada somente por um acionista, assim como, diante de todas as demais impugnações tecidas às hipóteses de investigação apresentadas neste trabalho, aderimos ao posicionamento de Egas Dirceu Moniz de Aragão²⁸⁷ para quem, com fulcro no art. 47, primeira parte do CPC,²⁸⁸ todas as vezes que a lide for incindível, exigindo uma única decisão para todas as pessoas que dela fazem parte, a regra a ser adotada é a do litisconsórcio necessário unitário por exigência da *natureza da relação jurídica material*, sob pena de violação do texto constitucional que assegura a todos que possam vir a ter sua esfera jurídica atingida o exercício do contraditório e da ampla defesa. No mesmo sentido, Marcelo Abelha Rodrigues²⁸⁹ e Cassio Scarpinella Bueno.²⁹⁰

Note-se que, nesse caso, a obrigatoriedade do litisconsórcio é definida não somente pelo direito processual, mas, antes de tudo, pela natureza do direito material controvertido.²⁹¹

Nesse linha de raciocínio, válida a lição de Dinamarco²⁹² ao conceituar as hipóteses de litisconsórcio necessário: “[...] se a relação posta em juízo for incindível,

²⁸⁷ MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. **Sentença e coisa julgada: exegese do código de processo civil. (arts. 444 a 475)**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 303-304.

²⁸⁸ 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.

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.

²⁸⁹ RODRIGUES, 2008, p. 214.

²⁹⁰ BUENO, 2006, p. 126-127.

²⁹¹ CRUZ E TUCCI, 2006, p. 233, nota 75.

²⁹² DINAMARCO, 1997, p. 164.

por esse motivo não se admitirão julgamentos discrepantes e, por força da regra geral contida no art. 47, também necessário será o litisconsórcio.”

Desta forma, diante da formação do litisconsórcio necessário, todos os legitimados deverão obrigatoriamente ser citados, oportunidade em que poderão optar por qual pólo da relação jurídica processual irão aderir.²⁹³

Nesse particular, vislumbramos três situações possíveis de ocorrer quando da citação de todos os acionistas: a primeira delas é a possibilidade de o acionista citado ter interesse similar ao do autor da ação anulatória, o que justificará seu ingresso à lide no pólo ativo; a segunda é a possibilidade de o acionista citado ter interesse oposto ao do autor da ação anulatória, pois favorável à validade da deliberação da assembléia, o que justificará seu ingresso à lide no pólo passivo; a terceira é a possibilidade de o acionista, não obstante citado, revelar-se indiferente ao objeto da ação anulatória, não tendo interesse nem na anulação, nem na validade da deliberação da assembléia.

De ver-se que estas três possibilidades existem em razão do fato de cada acionista poder apresentar interesses distintos, conforme suas convicções pessoais, sendo plausível que haja acionistas favoráveis ao pleito de anulação de uma dada assembléia, assim como, contrários à referida pretensão, não sendo perdoável esquecermos que há, ainda, aqueles acionistas para quem a discussão quanto à validade, ou não, de determinada assembléia é simplesmente indiferente.

O fato é que a formação do litisconsórcio necessário com a conseqüente citação de todos os legitimados permitirá o exercício do contraditório por parte de todos,²⁹⁴ facultando-lhes, assim, a oportunidade de participação na demanda como sujeito ativo ou passivo e até mesmo a não-participação, se assim lhe convir.

Não podem existir, dúvidas, portanto, que estamos diante da hipótese de formação de litisconsórcio *necessário* e *unitário*, com fulcro no art. 47 do Código de Processo Civil, sendo cada uma destas modalidades de litisconsórcio justificada por premissas interligadas, mas individualizadas.

²⁹³ Nesse sentido, cf. BUENO, op. cit., p. 127; CRUZ E TUCCI, op. cit., p. 258, nota 75.

²⁹⁴ Na definição de Arruda Alvim, o contraditório deve ser compreendido como a garantia de citação e de participação com igualdade de oportunidades durante todo o procedimento. ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. 1 v, p. 25, texto e nota 12.

Nesse ponto, já foram vistas as falhas da adoção da modalidade de litisconsórcio facultativo tendo sido comprovado que esta espécie acaba por violar garantias constitucionais de terceiros. Foi visto, por exemplo, que não tendo integrado no processo, o terceiro não participou do devido processo legal (art. 5º, LIV da CF/88), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV da CF/88), além de lhe ser extirpado o também constitucional direito de inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV da CF/88).

Já foi defendido, por outro lado, a necessidade de adoção do litisconsórcio necessário, com fulcro no art. 47, primeira parte do Código de Processo Civil,²⁹⁵ por exigência da *natureza da relação jurídica material*, sob pena de violação ao texto constitucional que assegura a todos que possam vir a ter sua esfera jurídica atingida o exercício do contraditório e da ampla defesa (postulados da garantia constitucional do devido processo legal).

Todavia, resta demonstrar as razões pelas quais defendemos a adoção da modalidade de litisconsórcio *unitário* no caso em estudo.

Nesse sentido, registramos que o bem da vida deduzido em Juízo é um só: validade ou invalidade da assembleia de uma dada sociedade anônima. Logo, como se está diante de *um* só bem jurídico, o resultado da ação terá que ser único, é dizer, ou a assembleia é válida, ou não é.

Nessa linha de raciocínio, não há como imaginar que a mesma assembleia possa ser válida diante de determinados sócios e inválida perante outros, sob pena de incorrerem na esdrúxula situação de coisas julgadas contraditórias.

Logo, a unitariedade do bem da vida deduzido em Juízo justifica a adoção do litisconsórcio unitário, pois há de se ter uma única decisão para todos os interessados (cf. item 2.1, Capítulo V).

Nesse sentido, no caso de pluralidade de legitimados à impugnação de um único ato, a justificativa pela adoção do litisconsórcio unitário parece ser até mesmo intuitiva, pois não seria compatível com a própria gestão de uma sociedade empresarial ter uma

²⁹⁵ 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. 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.

decisão que considera uma dada assembléia X como válida e, outra, *ao revés*, que pudesse considerar a mesma assembléia X como inválida, pois, afinal, a sociedade aplicaria ou não as deliberações tomadas nesta citada assembléia?

Portanto, nos parece até mesmo lógica a defesa que diante de um único ato (único bem), a decisão a ser proferida deva ser única para todos os legitimados.

Assim, diante das situações em que há pluralidade de partes legítimas à impugnação de um único ato, a hipótese de investigação que nos parece procedente é a do litisconsórcio necessário unitário, previsto no art. 47 do Código de Processo Civil, posto que, além de guardar amparo legal, está em consonância com as garantias constitucionais do processo como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e a inafastabilidade da jurisdição.

Aqui impõe registrar que com o fenômeno da constitucionalização do processo civil, observado nas últimas décadas, houve um forte movimento no campo doutrinário no sentido de interpretar a lei conforme os mandamentos constitucionais.

Nessa linha de idéias, sustenta-se que as normas processuais insertas no Código de Processo Civil devem ser interpretadas sob as lentes dos princípios e garantias constitucionais, à luz do que se denominou como “constitucionalização do processo”.

Nesse sentido, o direito constitucional representa o centro de onde todas as normas adquirem a sua jurisdição²⁹⁶ e, assim, sob esse prisma, o processo é indissociável das garantias constitucionais, pois é o instrumento para garantir o resultado justo.²⁹⁷

Portanto, na esteira da constitucionalização do processo civil, temos que o devido processo constitucional é o modelo de processo constitucionalizado em que são asseguradas todas as garantias constitucionais do processo, sob a premissa de que este deve ser interpretado sob um ângulo constitucional considerando toda a interferência da Constituição nas noções de jurisdição, ação e processo.²⁹⁸

²⁹⁶ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo Constitucional. O Modelo Constitucional de Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 4.

²⁹⁷ Adverte Samuel Meira Brasil, que o princípio do resultado justo deve ser considerado pelo intérprete em todo e qualquer provimento judicial. Assim, sempre que for prestar a tutela jurisdicional o juiz deverá indagar se o resultado produzido é justo e equo. Cf. BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. **Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 148.

²⁹⁸ ZANETI JÚNIOR, op. cit., p. 6, nota 296.

De ver-se, contudo, que não se trata de minimizar o estudo do direito processual civil, mas apenas de fazer uma leitura deste à luz da Carta Maior de modo que se alcance os valores consagrados na ordem constitucional.

Nessa senda, temos na solução proposta neste trabalho diante do caso específico em que há pluralidade de legitimados à impugnação de um único ato, a adoção de um instituto processual – litisconsórcio necessário unitário - compatível com as normas constitucionais, mormente com as garantias constitucionais do processo (devido processo legal, contraditório, ampla defesa e inafastabilidade da jurisdição).

Nesse contexto, defendemos que a adoção do litisconsórcio necessário unitário assegura o contraditório e a ampla defesa a todos os legitimados, pois estes terão conhecimento da ação por ventura aforada por outro co-legitimado, assim como, de todos os demais atos do processo, sendo-lhes oportunizado reagir aos atos que lhes forem desfavoráveis (caso assim tenham interesse).

Assim, entendemos que somente com a citação de todos os litisconsortes, o trinômio em que é entendido o contraditório poderá ser observado: informação-reação-participação.

Nesse sentido, por meio da citação todos os interessados serão informados quanto à existência de eventual ação anulatória de deliberação de assembléia aforada por apenas um dos legitimados. Uma vez citados, os interessados terão a oportunidade de aderir ao pleito exordial, rechaçá-lo ou permanecer alheio ao processo judicial, conforme interesses pessoais. Em seguida, será oportunizado a todos os legitimados a participação no processo, que pode ser compreendida, em apertada síntese, como a possibilidade de vir a influir no convencimento do magistrado.

Sob semelhante raciocínio, restará assegurada a garantia constitucional da ampla defesa, pois aos interessados será oportunizado apresentar uma defesa completa (abrangente), técnica, por meio do exercício do contraditório.

De ver-se que também no que pertine a garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição, esta restará preservada com a adoção da modalidade do litisconsórcio necessário unitário, pois será assegurado a todos os legitimados o ingresso na ação, seja na condição de autor, seja na condição de réu, e, ainda, a possibilidade de não ingressar na referida ação.

Portanto, a adoção do litisconsórcio necessário unitário, quando há pluralidade de legitimados a impugnação de um único ato, é a hipótese de investigação compatível com o Código de Processo Civil (artigo 47) e com as normas constitucionais, mormente com as garantias constitucionais do processo, sendo por tais razões, a hipótese de investigação que entendemos ser procedente neste trabalho.

Por outro lado, impõe-se o breve registro que em se tratando de ação anulatória de deliberação de assembléia de *condomínio*, os Tribunais Superiores já manifestaram entendimento no sentido de que é dispensada a citação de todos os condôminos, posicionando-se ao lado da doutrina que defende a formação do litisconsórcio facultativo unitário para a referida casuística.

Nessa senda, apenas a título exemplificativo, é o julgado do Superior Tribunal de Justiça – Resp 112.185:

EMENTA

DIREITO CIVIL. CONDOMÍNIO. ASSEMBLÉIA GERAL. ANULAÇÃO. VÍCIO APONTADO. PROCURAÇÕES OUTORGADAS AO SÍNDICO. IRREGULARIDADE. INEXISTÊNCIA DE FIRMA RECONHECIDA. LEGITIMIDADE ATIVA DOS CONDÔMINOS. LEGITIMIDADE PASSIVA DO CONDOMÍNIO. RATIFICAÇÃO DOS PODERES. IMPOSSIBILIDADE. EXTEMPORANEIDADE. ART. 1.296, CC. RECURSO DESACOLHIDO. I - Em se tratando de anulação de assembléia geral de condomínio, por ter sido instalada como procurações sem reconhecimento de firma, inviável a pretendida ratificação após seu encerramento e somente depois da sentença proferida na competente ação judicial instaurada. II - Os condôminos têm legitimidade e interesse para pleitear a anulação de assembléia geral do condomínio, se irregularmente foram iniciados os trabalhos da reunião, sendo parte passiva legítima o condomínio, por ser ele o que vai sofrer os efeitos da sentença de procedência.

[...]

A respeito do tema, esclarece João Batista Lopes:

‘A invalidade das deliberações (casos de nulidade ou anulabilidade, e não de existência) deve ser pleiteada por ação constitutiva negativa intentada contra o condomínio representado pelo síndico.

[...]

Legitimado passivo é o condomínio, representado pelo síndico, como foi dito, sendo dispensável a citação dos demais condôminos, porquanto não há falar-se em litisconsórcio necessário.’ (Condomínio, 5ª ed., RT, 1996, n. 11.11, p. 130 e 132). (RE 112185, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 12/05/1998, publicado no DJU em 08/09/1998, p. 67)²⁹⁹

²⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Disponível

Há, ainda, julgados referentes à hipótese específica de ação anulatória de deliberação de assembléia de *sociedade anônima*, cujo entendimento também é no sentido de ser dispensada a formação do litisconsórcio necessário.

A propósito do tema, também apenas a título exemplificativo, o julgamento do RE 59.862, pelo Supremo Tribunal Federal, em que consta na ementa e no voto do relator, respectivamente:

EMENTA

SOCIEDADE POR QUOTAS. AÇÃO CONTRA A SOCIEDADE E SEUS DIRETORES, PARA ANULAR DELIBERAÇÃO DA ASSEMBLÉIA. EXCLUÍDO, PELO PRÓPRIO PEDIDO, O LITISCONSORCIO NECESSARIO DOS SOCIOS QUE PARTICIPARAM DA DELIBERAÇÃO.

[...] o que não parece justificável [...] é a citação de todos os quotistas que participaram das assembléias como litisconsortes passivos necessários. São eles, no caso, litisconsortes facultativos, que poderão intervir, ou não, no feito.

Para que prossiga a ação, admitindo-se os demais quotistas apenas como litisconsortes voluntários, é que dou provimento ao recurso. (RE 59862, Rel. Min. VICTOR NUNES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/04/1966, publicado no DJ em 24/06/1966)³⁰⁰

Em que pese, contudo, o posicionamento jurisprudencial nos Tribunais Superiores no sentido de ser dispensável a formação do litisconsórcio necessário no caso em estudo, adotamos posicionamento diverso, pois como sobejamente visto em linhas anteriores, a formação do litisconsórcio necessário decorre da natureza incindível da relação jurídica material posta em juízo, tendo previsão *legal* expressa no Código de Processo Civil, o que afasta a modalidade de litisconsórcio facultativo, outrora adotado nos tribunais brasileiros.³⁰¹

Sobre o tema, registramos que não há súmula vinculante, tampouco, previsão legal expressa no sentido de que deve ser adotado o litisconsórcio facultativo, logo, as decisões judiciais as quais fizemos menção, assim como, as demais cuja transcrição é

em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199600689385&dt_publicacao=08-09-1998&cod_tipo_documento> Acesso em: 24.01.2012

³⁰⁰ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Relator: Ministro Victor Nunes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=157581>>. Acesso em: 24.01.2012.

³⁰¹ A transcrição de jurisprudência em sentido contrário ao posicionamento acolhido neste trabalho é imperativo de respeito ao leitor, pois este deve estar ciente quanto à existência de jurisprudências contrárias ao posicionamento defendido no presente trabalho.

dispensável, não tem o condão de calar as vozes da doutrina nem, muito menos, apagar a esperança acadêmica de que outros posicionamentos possam vir a ser acolhidos pela jurisprudência ou pelo legislador, mormente porque amparados na Constituição Federal e no Código de Processo Civil.

Destarte, não obstante a boa técnica processual lançada na defesa da formação do litisconsórcio necessário unitário para o caso em estudo, há que se ponderar que poderiam surgir críticas no sentido de que a depender do número de legitimados, a citação de todos estes poderia vir a tumultuar o feito vindo a ferir outra garantia constitucional, a razoável duração do processo (art. 5º, inciso LXXVIII da CF).

Nesse sentido poderia se pensar que é característico das sociedades anônimas o número expressivo de sócios (centenas, milhares) e essa particularidade poderia vir a retardar a marcha processual, além de apresentar um elevado custo no processo.

Quanto ao número de litisconsortes, contudo, em uma única demanda, alguns registros devem ser feitos.

Primeiramente, não há que se cogitar dos problemas advindos de eventual amplitude subjetiva da ação, pois sendo necessário o litisconsórcio, tal dificuldade *não* constitui óbice à sua admissibilidade.

Note-se que a possibilidade de limitação do número de litisconsortes cinge-se à modalidade facultativa, nos termos exatos do art. 46, § único do CPC: “O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa.”

Portanto, não há permissivo legal que autorize a limitação do número de litisconsortes necessários em uma única ação, pois as razões que levam a formação do litisconsórcio nesta modalidade sobrepõem-se a qualquer possível dificuldade.

Oportuna, neste ponto, a lição sobre o tema de Cândido Rangel Dinamarco:³⁰²

Quando em um processo se reúnem litisconsortes em número muito elevado, é intuitivo o embaraço que isso pode trazer à marcha do procedimento, o tumulto, a dificuldade para julgar. Com referência a cada um deles, haverá fatos distintos a considerar, situações autônomas a compreender, documentos a compulsar, eventualmente prova oral a recolher.

³⁰² DINAMARCO, 1997, p. 344.

Sendo *necessário* o litisconsórcio, tais e outras dificuldades não constituem óbice à sua admissibilidade, já que as razões da própria necessidade têm um poder muito grande de aglutinação e são suficientes para superá-las, determinando a todo custo o cúmulo subjetivo.

Logo, afastamos qualquer possível alegação de que diante da pluralidade de legitimados à impugnação de um único ato, a adoção do litisconsórcio necessário unitário poderia vir a provocar um “inchaço” subjetivo na ação, com o conseqüente retardamento da marcha processual, pois as razões que levam a formação do litisconsórcio necessário (no caso em análise, a incidibilidade da relação jurídica material), sobrepõem-se a qualquer dificuldade, inclusive, as relacionadas ao tempo de duração da ação.

Não fosse isso, registra-se que como a hipótese de investigação acolhida neste trabalho refere-se ao litisconsórcio necessário *unitário*, não obstante haja eventual número expressivo de sujeitos na ação litisconsorcial, o objeto do processo é constituído de uma só pretensão, dirigida a uma só relação jurídica incidível, comum a todos os litisconsortes.

Logo, não haverá multiplicidade de fatos a serem analisados durante a instrução processual, pois uma é a relação jurídica substancial.

Portanto, o número de litisconsortes nas ações anulatórias em que há pluralidade de legitimados à impugnação de um único ato não constitui óbice para adoção da modalidade de litisconsórcio necessário unitário, seja porque as razões da necessidade sobrepõem-se às eventuais dificuldades decorrentes da ampliação subjetiva da relação processual, seja porque a unitariedade não implica em dilação probatória para cada litisconsorte, uma vez que cada parte terá a mesma sorte no julgamento.

Mas, se diante da problemática em análise, todos os litisconsortes necessários terão que ser citados, como proceder à citação dos mesmos sem despender custos financeiros expressivos e sem dilatar a marcha processual? Em análise pontual e, a nosso ver, mais uma vez irretocável, Moniz de Aragão³⁰³ propõe a citação de todos os litisconsortes por edital. O referido Autor, além de defender ser o caso em estudo

³⁰³ MONIZ DE ARAGÃO, 1992, p. 303-304, nota 287.

hipótese de litisconsórcio necessário unitário (art. 47 do CPC), cita acórdão do Supremo Tribunal Federal admitindo a citação editalícia quando forem muitos os citandos (RE 87.001, RTJ 84/1.042).

Com efeito, se o número de acionistas de uma sociedade anônima, cuja deliberação de assembléia se pretende anular, por exemplo, for de fato expressivo, a citação por edital representará um instrumento processual eficaz, pois irá assegurar a ciência da ação a todos os legitimados de forma célere e não dispendiosa.

De ver-se que para o caso em estudo, a legislação foi omissa quanto à forma de citação a ser adotada, o que, aliás, falhou, ante a peculiaridade do caso que envolve, em regra, um número expressivo de legitimados.

Logo, diante da ausência legislativa, cabe ao intérprete interpretar as normas legais vigentes e, eventualmente, apresentar proposta de alteração legislativa.

Por ora, ainda que não haja previsão *legal* específica para a modalidade de citação editalícia no caso em estudo, a Constituição Federal, ao incluir no rol de garantias constitucionais a efetividade processual (art. 5º, inciso LXXVIII da CF/88), autorizou o intérprete a utilizar as técnicas processuais, já existentes, com a finalidade de alcançar a efetividade no processo, é dizer, o objetivo real deste.

Nessa linha de raciocínio, também impõe-se registrar que a garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição não significa somente o direito de ingressar em juízo, mas sobretudo, o direito de ter a prestação da tutela jurisdicional de forma qualificada, efetiva.

Logo, o uso da técnica processual para alcançar a efetividade na prestação da tutela jurisdicional deve ser prestigiado pelo intérprete, mormente porque não há como se fazer uso das técnicas processuais olvidando-se que o processo deve ser efetivo e compatível com as normas constitucionais.

Processo efetivo, por sua vez, é aquele que observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado almejado pelo direito material.³⁰⁴

³⁰⁴ BEDAQUE, José Roberto dos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 49.

Nesse sentido, a utilização da técnica processual de citação por edital ao caso em estudo prestigia a garantia constitucional da efetividade do processo, posto que por meio da citação editalícia cumpre-se finalidade semelhante a da citação pessoal, com a preservação do contraditório e da ampla defesa a todos os legitimados (segurança), e, ao mesmo tempo, assegura o mínimo de dispêndio de recursos financeiros e de tempo (celeridade).

Ademais, esclarecedora é a lição de Cândido Rangel Dinamarco³⁰⁵ para quem, amparado em julgamentos do Supremo Tribunal Federal e no conceito de instrumentalidade do processo, defende que as normas processuais não podem ser interpretadas no sentido de impossibilitar o andamento da causa.

Como adverte Bedaque,³⁰⁶ a organização e estrutura do processo encontram sua razão de ser nos valores e princípios constitucionais por ele incorporados. A técnica processual, aduz o referido Autor, em última análise, destina-se a assegurar o justo processo.

Portanto, há que se ter uma interpretação mais consciente de que o processo é instrumento de pacificação social e, como tal, deve concorrer para este objetivo.

Nessa linha de idéias, concluímos que a citação por edital de todos os litisconsortes necessários, embora não tenha previsão legal específica, caracteriza-se como uma técnica processual em consonância com as garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da efetividade processual e da razoável duração do processo, o que autoriza a sua utilização no caso objeto de estudo neste trabalho.

Ato contínuo verifica-se que uma vez operada a citação por edital restará proporcionado a todos os interessados o direito de ingresso na ação - seja no pólo ativo, seja no pólo passivo - e, ainda, a opção de não ingressar no processo, a depender do interesse pessoal de cada acionista, como visto em linhas anteriores.

Nesse caso, portanto, a modalidade de citação por edital deverá seguir o rito semelhante ao dos sistemas de vinculação dos indivíduos ao processo coletivo: o de inclusão e o de exclusão, conhecidos, respectivamente, como *opt-in* e *opt-out*.

³⁰⁵ DINAMARCO, 1997, p. 347.

³⁰⁶ BEDAQUE, 2007, p. 26, nota 304.

Nesse ponto, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes³⁰⁷ discorre, com precisão, sobre os conceitos do sistema de inclusão e de exclusão:

[...] a proteção judicial dos interesses pluri-individuais encontra-se dividida em dois sistemas de vinculação. O de inclusão, no qual a pessoa interessada precisa manifestar expressamente a sua vontade de ser atingida pelos efeitos do pronunciamento judicial coletivo, é também conhecido pela expressão inglesa *opt-in*, diante da necessidade de opção pelo ingresso no grupo atrelado à decisão. É o que se passa, por exemplo, na Inglaterra e na China.

O sistema de exclusão, por sua vez, está baseado na exigência de representação adequada e na comunicação prévia aos interessados que, em geral, dentro de prazo fixado pelo órgão judicial, deverão requerer a sua exclusão (*opt-out*) em relação à eficácia dos provimentos proferidos no processo metaindividual. Do contrário, estará, *a priori*, vinculado ao pronunciamento. É o modelo adotado, atualmente, *v.g.*, nos Estados Unidos, no Canadá e na Austrália.

A vinculação aos efeitos da coisa julgada pode estar, também, condicionada ao resultado de esta ser ou não favorável (*secundum eventum litis*) aos interesses coletivos. Em alguns casos, a dependência da eficácia em relação ao teor do julgamento é absoluta, ou seja, sempre que for contrária à parte coletiva, os integrantes do grupo não serão afetados.

Mas, há, também, a possibilidade de se estabelecer um sistema menos draconiano para a parte contrária aos interesses metaindividuais, normalmente situada no pólo passivo. É o que ocorre quando a ineficácia está condicionada apenas à improcedência do pedido em decorrência da falta de provas, tal qual previsto em Portugal, a exemplo da ação popular brasileira.

Como visto, no sistema norte-americano adota-se o sistema de exclusão, em que uma vez aceita a ação coletiva pelo juiz, os pretensos titulares dos direitos subjetivos individuais são dela notificados sob a égide do critério *opt-out*, é dizer, para se manifestarem se têm interesse pela exclusão do litígio coletivo. Caso não façam o requerimento de exclusão da *class action*³⁰⁸ no prazo assinalado pelo órgão jurisdicional, os pretensos titulares dos direitos subjetivos individuais serão automaticamente abrangidos pela coisa julgada, sem necessidade de anuência expressa, seja ela favorável ou não.

³⁰⁷ MENDES, 2010, p. 187-188, nota 131.

³⁰⁸ Aluisio Gonçalves de Castro Mendes anota: “Finalmente, em 1938, surge nos Estados Unidos, o primeiro Código de Processo Civil no âmbito federal. Dentre as *Federal Rules of Civil Procedure* encontrava-se a de n. 23, destinada a regular as chamadas *class actions*, que passavam a estar disponíveis para todo o direito e não apenas para os processos calcados na equidade.” Cf.: MENDES, 2010, p. 64, nota 131.

De ver-se que na sistemática norte-americana, os potenciais titulares dos direitos individuais têm a opção de requerer a sua exclusão da *class action*, situação em que não serão abrangidos pela coisa julgada, mas, caso não façam o requerimento de exclusão, automaticamente estarão incluídos na ação de classe e, portanto, irão se submeter à coisa julgada coletiva.

O silêncio, portanto, na *class action*, implica em anuência à ação coletiva e torna desnecessária a concordância expressa em aderir à lide coletiva.

Há que se registrar, contudo, que o direito norte-americano, ao adotar o sistema de vinculação do indivíduo ao processo coletivo pelo critério de exclusão (*opt-out*), assim não o fez de forma aleatória, tendo fixado alguns pré-requisitos para a denominada ação de classe.

Nessa senda, o regime da *class action* está calcado na verificação rigorosa, por parte do magistrado, a qualquer tempo, da representatividade adequada (*adequacy of representation*) no caso concreto, é dizer, se o legitimado tem condições materiais e o firme propósito de defender da forma mais adequada e eficiente possível o interesse comum.³⁰⁹

Adverte Luiz Norton Baptista de Mattos³¹⁰ que se o magistrado constatar falta de representatividade adequada, o mesmo indeferirá o prosseguimento da ação como *class action* e extinguirá o processo sem exame do mérito.

Por outro lado, certificada a adequação da conduta processual do legitimado, está afastado o risco de conluio ou negligência na defesa dos interesses coletivos, razão pela qual, disciplinou a *Rule 23*, das *Federal Rules of Civil Procedure*, que uma vez notificado o interessado, se este não se manifestar pela exclusão da *class action*, o mesmo se sujeitará à coisa julgada coletiva sem qualquer violação ao contraditório ou à ampla defesa, uma vez que o substituído foi representado em Juízo de forma adequada.³¹¹

No sistema brasileiro, por sua vez, o legislador adotou solução diversa,³¹² pois os possíveis titulares dos direitos individuais, uma vez citados, somente considerar-se-ão

³⁰⁹ MATTOS, 2007, p. 208, nota 130.

³¹⁰ Ibid., p. 208, nota 130.

³¹¹ Ibid., p. 209, nota 130.

³¹² ZAVASCKI, 2007, p. 175, nota 128.

inclusos na ação coletiva caso venham a manifestar concordância expressa nesse sentido. É dizer, o silêncio dos pretensos titulares após a citação, no direito brasileiro, *não* implica em adesão à ação coletiva, como ocorre no modelo norte-americano, pois a eventual adesão à lide coletiva, no Brasil, somente dar-se-á de forma expressa.³¹³

Logo, nas ações coletivas brasileiras não vigora o critério do *opt-out*, pois caso os possíveis titulares dos direitos individuais permaneçam silentes após a sua citação, os mesmos não serão considerados como partes na ação coletiva, uma vez que a adesão a esta somente ocorrerá de forma expressa.³¹⁴

Desse modo, enquanto na *class action* do direito norte-americano o silêncio dos interessados, quando notificados da existência da ação coletiva, importa em adesão a esta, pois parte-se da premissa de que os interessados serão adequadamente representados, nas ações coletivas no Brasil, o silêncio dos interessados não importa adesão à ação coletiva e tal fato justifica-se, dentre outras razões, ante a inexistência de previsão legal que autorize o exame judicial quanto à representatividade adequada do legitimado extraordinário (coletivo).³¹⁵

É imperioso o registro, contudo, que o caso-problema deste trabalho, referente à pluralidade de legitimados à impugnação de um único ato, não é caso de ação coletiva e, sim, de litisconsórcio, conforme já analisamos no item 1, Capítulo V deste trabalho.³¹⁶

³¹³No ponto, Teori Albino Zavascki registra que “[...] entre nós vigora o princípio da integral liberdade de adesão ou não ao processo coletivo, que, em caso positivo, deve ser expressa e inequívoca por parte do titular do direito.” ZAVASCKI, 2007, p. 175, nota 128.

³¹⁴Cumpra advertir que diferentemente da legislação norte-americana, a legislação brasileira contenta-se com um exame formal quanto à representatividade adequada, pois apenas verifica se o legitimado ativo enquadra-se no rol de legitimados do art. 82 do CDC. Logo, como adverte Luiz Norton Baptista de Mattos, por não haver previsão legal que autorize o magistrado a proceder à análise quanto “a idoneidade material, jurídica e moral da parte ativa formal para a correta defesa do interesse ou direito comum, nem a verificação de que os argumentos jurídicos e as provas estão sendo bem apresentados”, seria temerário considerar que o silêncio dos interessados implicaria, por consequência, em adesão à lide coletiva quando ao magistrado não foi permitido a perquirição judicial da representatividade adequada. MATTOS, 2007, p. 209, nota 130.

³¹⁵Adverte, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, que o art. 104 do CDC deixa claro que não foi adotado nenhum dos dois sistemas de vinculação (*opt-in* e *opt-out*) nas ações coletivas brasileiras, ao contrário, deixou o legislador de colocar a ação coletiva como “referencial mais importante, diante da qual os indivíduos precisariam optar, seja pelo ingresso ou pela exclusão, para passar a dispor sobre a conduta dos autores individuais em relação às suas ações singulares.” MENDES, 2010, p. 277, nota 131.

³¹⁶A legitimidade ativa é apenas uma das características da ação coletiva que diferem esta do litisconsórcio ativo, conforme já tivemos oportunidade de analisar (cf. item 1, Capítulo V). Em análise do tema, Teori Albino Zavascki traz as seguintes características da ação coletiva como traços distintivos do litisconsórcio: (a) a repartição da atividade cognitiva em duas fases, uma, que constitui o objeto da ação coletiva, em que será analisado o núcleo de homogeneidade entre os titulares dos direitos individuais homogêneos, e, outra, a ser promovida em uma ou mais ações posteriores, propostas em caso de procedência da ação coletiva, em que serão analisadas as situações individuais de cada um dos lesados; (b)

Logo, para análise do caso em estudo, não há qualquer obrigatoriedade em seguir o regramento do processo coletivo brasileiro descrito, sucintamente, em linhas anteriores, pois, reitera-se, não se está diante de ação coletiva, e, sim, de litisconsórcio (necessário e unitário).

Fixada essa premissa, há que se ponderar, todavia, que a idéia comum aos processos coletivos de uma citação que possa oportunizar aos legitimados o ingresso à lide, seja em adesão ao pólo ativo, seja em adesão ao pólo passivo, ou, simplesmente, a não-adesão à ação em curso, é de grande valia para o caso em estudo.

Com efeito, pelo rigor técnico, não seria somente o sistema do *opt-in* ou, somente o sistema do *opt-out*, nem mesmo, os dois em conjunto, a solução a ser adotada ao caso-problema deste trabalho, até porque, aqueles são sistemas distintos e antagônicos e não há como adotar, ao mesmo tempo, o sistema *opt-in* e o sistema *opt-out*.

Todavia, o que nos parece positivo extrair da sistemática dos processos coletivos para este trabalho é a idéia de adotarmos a modalidade de citação por edital com um rito *semelhante* ao dos sistemas de vinculação dos indivíduos ao processo coletivo (*opt-in* e *opt-out*).

Nesse particular, defendemos uma modalidade de citação *especial* para os casos em que há pluralidade de legitimados à impugnação de um único ato, de tal modo que seja oportunizado aos legitimados, uma vez citados, aderir ao pleito anulatório, vindo a ocupar o pólo ativo da ação; rechaçá-lo, vindo a ocupar o respectivo pólo passivo e, ainda, eventualmente, optar por não ingressar na ação (seja de forma expressa, seja de forma tácita).

Pode destoar, em primeira análise, a possibilidade de *citar* um legitimado para vir ao processo como autor, mas, como obtempera Dinamarco, não faltam disposições contidas em ordenamentos processuais antigos e mesmo alienígenas da atualidade,

a legitimação ativa por substituição processual (legitimidade ativa extraordinária) e (c) a sentença genérica, pois em razão da repartição da cognição, na ação coletiva a sentença fará juízo apenas sobre o núcleo de homogeneidade dos direitos afirmados na inicial. Em verdade, concluiu o Autor, “[...] a ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos representa um instrumento alternativo ao litisconsórcio facultativo previsto no CPC.” ZAVASCKI, 2007, p. 166-177, nota 128.

invocados em prol da possibilidade de ser uma pessoa chamada a integrar o processo no seu pólo ativo.³¹⁷

Aliás, como discorreremos nas linhas seguintes, não é necessário, sequer, recorrermos ao direito alienígena para justificar a modalidade de citação defendida neste trabalho.

Nesse sentido, a partir de uma análise técnica do conceito de citação no direito brasileiro, fácil é a percepção de que a citação é o ato de convocar, chamar, comunicar o *interessado* acerca da existência de um processo.

Nas palavras de Dinamarco,³¹⁸ citação é “[...] o ato de comunicação processual destinado a levar a conhecimento do demandado a existência de demanda ajuizada com a proposta de atingir de algum modo sua esfera jurídica.”

Logo, a nosso ver, não há qualquer impropriedade técnica denominarmos de citação o meio processual para convocação dos *interessados* à ação anulatória de deliberação de assembléia.

Nesse passo, lembramos que o Código de Processo Civil, em seu art. 942,³¹⁹ ao dispor sobre o rito da ação de usucapião, determina a citação daquele em cujo nome estiver registrado o imóvel usucapiendo, bem como dos confinantes e, *por edital*, dos réus em lugar incerto e dos *eventuais interessados*, observado quanto ao prazo o disposto no inciso IV, do art. 232.

Portanto, o Código de Processo Civil, não obstante em caso diverso, adotou a técnica da citação por edital dos *interessados* (e não exclusivamente dos réus), na esteira das idéias perfilhadas neste trabalho para o caso de ação anulatória de deliberação de assembléia.

Assim, a técnica da citação por edital de todos os *interessados*, no caso em estudo, de todos os co-legitimados a ajuizar ação anulatória de deliberação de assembléia, não é uma técnica estranha ao direito processual civil, nem mesmo, ao ordenamento processual brasileiro.

³¹⁷ Cf. Cândido Rangel Dinamarco para estudo aprofundado do tema: DINAMARCO, 1997, p. 221-228.

³¹⁸ DINAMARCO, 1997, p. 227.

³¹⁹ Art. 942. O autor, expondo na petição inicial o fundamento do pedido e juntando planta do imóvel, requererá a citação daquele em cujo nome estiver registrado o imóvel usucapiendo, bem como dos confinantes e, por edital, dos réus em lugar incerto e dos eventuais interessados, observado quanto ao prazo o disposto no inciso IV do art. 232.

Não fosse isso, eventuais objeções apresentadas à modalidade de citação em que é oportunizado o ingresso do interessado ao pólo ativo, são menos graves que os inconvenientes de se permitir que uma decisão (e, posteriormente, a coisa julgada) proferida em processo em que o interessado permaneceu alheio possa vir a alcançá-lo.

Das considerações acima, pensamos que no caso de pluralidade de legitimados a impugnação de um único ato deve ser adotada a citação editalícia com algumas características tanto do sistema *opt-in*, quanto do sistema *opt-out*, de tal modo que seja oportunizado ao interessado aderir ao pólo processual que lhe convir, assim como, simplesmente, não aderir à ação em curso.

Há que se registrar, contudo, que em todas as possibilidades disponibilizadas aos legitimados a partir da adoção do sistema de citação editalícia, nos termos acima preconizados, haverá a formação da coisa julgada.

Com efeito, os legitimados que vierem a optar pela adesão ao pólo ativo ou ao pólo passivo da ação anulatória de deliberação de assembléia, estarão submetidos à autoridade da coisa julgada por adquirirem a condição de partes (litisconsortes), nos termos da regra geral dos limites subjetivos da coisa julgada, inserta no art. 472 do Código de Processo Civil, sendo dispensadas maiores digressões nesse particular.

Já no tocante aos que optarem por não ingressar na referida ação, seja de forma expressa, mediante petição, seja de forma tácita, pelo silêncio, reitera-se, também aqui serão abrangidos pela autoridade da coisa julgada, pois se assim o fizeram é porque não têm interesse nem na anulação, nem na manutenção da deliberação de assembléia objeto de impugnação, logo, a decisão judicial lhes será indiferente e a autoridade da coisa julgada lhes alcançará sem maiores repercussões.

De ver-se que por ter sido dada a devida ciência do ajuizamento da ação anulatória a todos os legitimados sendo, igualmente, a todos oportunizado o ingresso à lide com o conseqüente exercício do contraditório, a autoridade da coisa julgada vinculará até mesmo aqueles que eventualmente vierem a optar por não ingressar na ação, pois a estes também foi proporcionada a oportunidade de participação no litígio.³²⁰

³²⁰ Cf. CRUZ E TUCCI, 2006, p. 259, nota 75. José Rogério Cruz e Tucci colacionando o posicionamento de Eduardo Talamini.

Dessa forma, é possível concluir, com Athos Gusmão Carneiro,³²¹ que para a validade da citação não é necessário que os interessados utilizem, efetivamente, as oportunidades processuais que lhes são concedidas quando da convocação, sendo suficiente ter-lhes sido dada a *oportunidade* para o exercício do contraditório.

A citação por edital, portanto, permite dar ciência a todos os interessados da existência de ação anulatória de deliberação de assembléia ajuizada somente por um co-legitimado, conferindo àqueles a oportunidade de exercer o contraditório e a ampla defesa.

Defendemos, ainda, que diante da peculiaridade do caso-problema deste trabalho, é dizer, ante a possível amplitude do número de legitimados, mormente quando diante de sociedades anônimas, em que o número de acionistas pode superar os três dígitos, a citação por edital deverá ser procedida da maneira mais eficaz diante das circunstâncias do caso concreto.

Portanto, minimamente, a citação por edital deverá seguir o rito traçado no art. 232 do Código de Processo Civil,³²² qual seja, (a) afixação do edital, na sede do juízo, certificada pelo escrivão e (b) publicação do edital no prazo máximo de 15 (quinze) dias, uma vez no órgão oficial e, pelo menos, duas vezes em jornal local, onde houver.

Além disso, caso seja viável no caso concreto, propomos a adoção de medidas cumulativas à publicação do edital, tais como: (a) afixação do edital na sede e nas filiais da pessoa jurídica a qual se refere à assembléia objeto de impugnação na ação anulatória em curso, e, (b) divulgação do edital (também) no *site* da pessoa jurídica interessada, tudo com vistas a promover a maior publicidade da existência da ação em curso.

³²¹CARNEIRO, 2003, p. 18. Explica o Autor que “[...] contestar o pedido não constitui obrigação do réu; é um ônus, isto é, ‘um imperativo de seu próprio interesse’. Validamente citado, o réu que se omite em contestar torna-se *revel*, e sofre os efeitos da revelia.”

³²² Art. 232. São requisitos da citação por edital:

I - a afirmação do autor, ou a certidão do oficial, quanto às circunstâncias previstas nos incisos I e II do artigo antecedente;

II - a afixação do edital, na sede do juízo, certificada pelo escrivão;

III - a publicação do edital no prazo máximo de 15 (quinze) dias, uma vez no órgão oficial e pelo menos duas vezes em jornal local, onde houver;

IV - a determinação, pelo juiz, do prazo, que variará entre 20 (vinte) e 60 (sessenta) dias, correndo da data da primeira publicação;

V - a advertência a que se refere o art. 285, segunda parte, se o litígio versar sobre direitos disponíveis.

§ 1º Juntar-se-á aos autos um exemplar de cada publicação, bem como do anúncio, de que trata o no II deste artigo.

§ 2º A publicação do edital será feita apenas no órgão oficial quando a parte for beneficiária da Assistência Judiciária.

Dessa forma, a citação por edital deverá seguir o rito do art. 232 do Código de Processo Civil, sem prejuízo da adoção de outros meios que possam ser eficazes com o escopo de cientificar todos os legitimados acerca da existência de ação anulatória em curso, cujo objeto versa sobre ato único de interesse de todos.

Cumprе registrar, nesse particular, que ainda que a citação de todos os legitimados por meio *diverso* à citação editalícia pudesse vir a prolongar o processo, haveria que se ponderar que diante de um aparente conflito de direitos e garantias constitucionais,³²³ a opção por relativizar a garantia constitucional à razoável duração do processo seria acertada diante da gravidade de extirpar, de inúmeros jurisdicionados (legitimados que não integraram a lide), a garantia constitucional ao contraditório e a ampla defesa,³²⁴ corolários do devido processo legal.

Nesse sentido, como já procuramos deixar claro, nas ações em que há pluralidade de legitimados à impugnação de um único ato, a extensão da autoridade da coisa julgada a *terceiros* legitimados somente poderia ocorrer se houvesse previsão legal expressa nesse sentido, é dizer, se houvesse, por exemplo, a consagração do instituto da substituição processual para esse caso específico, o que não existe.³²⁵

Nesse particular, registra-se que não há como conceber o conceito de devido processo legal sem a presença do contraditório, entendendo-se como imposição do Estado Democrático a participação de cada um na formação dos provimentos jurisdicionais que de alguma forma virão a atingir sua esfera de direitos.³²⁶

³²³ Cf. JEVEAUX, Geovany. **Direito Constitucional: teoria da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 338. O Autor ensina: “Sempre que dois princípios constitucionais entrarem em colisão, em um caso concreto, entende-se que um deve ser aplicado preferencialmente num primeiro momento, sem que o segundo seja eliminado do ordenamento jurídico. Fala-se, com isso, que o princípio indicado como preferencial assim o é porque proporcionalmente mais importante no momento da resolução do empate.”

³²⁴ Nesse particular, referimo-nos ao conceito contemporâneo de contraditório que vai além de permitir a participação formal dos litigantes, chegando a impor ao juiz, que preside a instrução processual, “[...] a sua própria participação, seja mediante a iniciativa de providências e provas no processo, seja dialogando com os litigantes na medida do necessário e conveniente à boa condução do litígio.” DINAMARCO, 1997, p. 19.

³²⁵ No sentido de que só há formação da coisa julgada material quando o indivíduo tiver oportunidade de participar do contraditório, MARCATO, Ana Cândida Menezes. O princípio do contraditório como elemento essencial para a formação da coisa julgada material na defesa dos interesses transindividuais. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coords.). **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 298-318.

³²⁶ DINAMARCO, 1997, p. 18- 19.

Nessa linha de idéias, não há como defender a constitucionalidade de uma dada situação em que há prolação de sentença e, posteriormente, formação da coisa julgada, sem a participação dos sujeitos que de alguma forma terão sua esfera jurídica atingida.

Assim, partimos da premissa que somente será constitucional a coisa julgada formada em processo desenvolvido em regime de contraditório entre as partes, seja efetivo ou potencial.

Por tudo quanto exposto, consideramos que quando houver pluralidade de partes legítimas à impugnação de um único ato, a regra a ser adotada é a da formação do litisconsórcio necessário unitário, com a adoção da modalidade de citação editalícia, a partir de critérios semelhantes ao dos sistemas do *opt-in* (inclusão) e do *opt-out* (exclusão), em que se assegure aos legitimados a possibilidade de ingressar em qualquer dos pólos da demanda (e até mesmo, a possibilidade de não ingressar na demanda), posto ser esta a hipótese de investigação compatível com as garantias constitucionais do processo (devido processo legal, contraditório, ampla defesa, inafastabilidade da jurisdição, razoável duração do processo e efetividade processual) e com as normas legais vigentes (artigos 6º, 47 e 472, todos do Código de Processo Civil).

CAPÍTULO VII – CONCLUSÕES

O presente trabalho, como de início registrado, visou examinar um tema clássico do direito processual civil: limites subjetivos da coisa julgada quando há pluralidade de legitimados à impugnação de um único ato.

Nesse sentido, a deficiência legislativa acerca do tema e o novo enfoque constitucional conferido pelos especialistas ao estudo do processo civil, que compeliu a doutrina contemporânea a rever a problemática dos limites subjetivos da coisa julgada, estimulou a pesquisa do tema.

Para fins deste trabalho, contudo, nos propomos a examinar a problemática da extensão da autoridade da coisa julgada a terceiros em um caso singular, é dizer, quando há pluralidade de legitimados à impugnação de um único ato, agora, contudo, sob o enfoque das garantias constitucionais do processo.

Para tal desiderato, analisamos as hipóteses de investigação formuladas pela doutrina, assim como, o atual posicionamento da jurisprudência brasileira.

Antes, contudo, fomos firmando premissas que a título de considerações finais, merecem destaque:

1. A coisa julgada é um instituto de natureza constitucional, que tem como fundamento o princípio da segurança jurídica.

2. Das diversas teorias sobre a coisa julgada, foi visto que não há homogeneidade entre as proposições defendidas, embora cada teoria seja compatível com o ordenamento jurídico vigente à época em que foi escrita.

3. A autoridade da coisa julgada e a eficácia da sentença são situações distintas, não similares. Enquanto a autoridade da coisa julgada é a qualidade de imutabilidade do comando sentencial, a eficácia da sentença é a aptidão que esta sentença tem, assim como qualquer ato estatal, de produzir efeitos.

4. Com a formação da coisa julgada, os efeitos do provimento jurisdicional podem, em determinadas condições, ser alterados ou extintos, sem que haja afronta a coisa julgada, pois esta é a imutabilidade do *conteúdo* da sentença e não dos efeitos desta.

5. O conceito de coisa julgada está disposto na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro e no Código de Processo Civil vigente. Em ambos os diplomas, o conceito legal padece de atecnia, ora por apenas mencionar o aspecto cronológico da coisa julgada sem abordar o seu respectivo aspecto ontológico, ora por conceituar coisa julgada como eficácia e não como qualidade de imutabilidade do comando sentencial.

6. Quanto às teorias que examinaram a problemática dos limites subjetivos da coisa julgada, destacamos que provém do direito romano-canônico o princípio de que a autoridade da coisa julgada limita-se às partes do processo, não podendo beneficiar nem prejudicar terceiros. Quanto às teorias construídas no direito moderno, destacamos que uma tem seu pensamento complementado por outra, embora cada qual tenha sido construída em épocas distintas.

7. O estudo reflexivo das teorias que com maior profundidade abordaram o tema dos limites subjetivos da coisa julgada nos permitiu formular as seguintes proposições: primeiramente, que a coisa julgada é eficaz para todos, é dizer, tem aptidão de produzir efeitos tanto perante as partes, quanto perante terceiros e, segundo, que aos terceiros que vierem a sofrer prejuízo jurídico em face de sentença proferida *inter alios* é permitido opor-se a *res iudicata*, por meio dos instrumentos processuais previstos em Lei.

8. Na jurisdição individual, o Código de Processo Civil consagrou a teoria Liebman, quanto aos limites subjetivos da coisa julgada, ao definir que a *res iudicata* vincula somente as partes, embora seja eficaz para todos. A referida opção legislativa decorre da confluência de diversas garantias constitucionais do processo, como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e a inafastabilidade da jurisdição. Vimos, contudo, que esta regra geral comporta exceções.

9. Na jurisdição coletiva, há um rompimento com o regramento do art. 472 do Código de Processo Civil, o que demonstramos ser natural, pois é da essência dos litígios coletivos que a autoridade da coisa julgada atinja aqueles que não participaram da lide, mormente em razão de a legitimidade ativa nestas ações ser extraordinária.

10. Definimos parte como aquele quem pede e em face de quem se pede a tutela jurisdicional e, terceiro, como aquele que não pede e em face de quem nada se pede em juízo (Chiovenda).

11. No tocante ao litisconsórcio, definimos este como a cumulação subjetiva de

partes na relação jurídica processual.

12. Quanto às modalidades de litisconsórcio, destacamos: há litisconsórcio necessário quando é obrigatória a presença simultânea de duas ou mais pessoas no pólo ativo ou no pólo passivo, seja em razão de expressa previsão legal, seja em razão da natureza da relação jurídica posta em juízo; há litisconsórcio facultativo quando o litisconsórcio apresenta-se apenas como uma faculdade prevista em lei, a bem da efetividade e da economia processual; há litisconsórcio unitário quando o destino que tiver um litisconsorte houver de ser idêntico ao dos demais e, por derradeiro, há litisconsórcio comum quando não existe obrigatoriedade de julgamento uniforme para todos os litisconsortes.

Assim, diante destas premissas conclusivas, torna-se possível traçar um regramento dos limites subjetivos da coisa julgada para o caso em que há pluralidade de legitimados à impugnação de um único ato.

Nesse sentido, vimos que não procede a hipótese de investigação formulada por Enrico Tullio Liebman para quem, no caso de procedência da ação de anulação de deliberação de assembléia ajuizada por um único legitimado, todas as demais ações, eventualmente ajuizadas pelos demais co-legitimados, seriam extintas por ausência de interesse processual. Demonstramos, nesse particular, que o equívoco dessa hipótese reside na falsa premissa de que todos os sócios teriam o mesmo objetivo, é dizer, anular determinada deliberação de assembléia.

Com efeito, eventual sentença de procedência de anulação de deliberação de assembléia, prolatada em sede de ação anulatória ajuizada por um único acionista, não pode implicar na falta de interesse de agir dos demais co-legitimados/terceiros, posto que a estes pode justamente ater interesse diverso ao do acionista-autor, qual seja, a declaração de validade da deliberação de assembléia outrora anulada.

Logo, afastamos a hipótese de investigação formulada por Enrico Tullio Liebman, pois lastreada em premissa equivocada.

Demonstramos, também, que não procede a hipótese de investigação construída por José Carlos Barbosa Moreira, seguida por Ada Pellegrini Grinover, referente à adoção da modalidade de litisconsórcio facultativo unitário. Nessa mesma linha de raciocínio, demonstramos que a idéia de extensão da autoridade da coisa julgada a

terceiros, propalada pelos referidos autores, sob o argumento de que aqueles deveriam ser considerados litisconsortes unitários virtuais não está amparada em lei, além de violar garantias constitucionais do processo como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e a inafastabilidade da jurisdição frente aos terceiros co-legitimados.

Nesse sentido, em que pese a propriedade na defesa da unitariedade do litisconsórcio, ante a natureza incindível do objeto da ação anulatória de deliberação de assembléia, demonstramos o equívoco na defesa da formação do litisconsórcio facultativo, sob dois argumentos: primeiro, porque o litisconsórcio facultativo permitiria o ajuizamento de ações sucessivas pelos demais co-legitimados, o que fere o princípio da segurança jurídica, fato, aliás, que somente poderia ser evitado adotando-se a técnica da suspensão dos processos ajuizados durante o prazo prescricional para ajuizamento da referida ação; segundo, porque o litisconsórcio é facultativo somente nos casos em que a lei não dita a sua necessidade, e, no caso em exame, a lei determina a formação do litisconsórcio necessário em razão da natureza da relação jurídica material discutida (incindível).

Logo, ainda que a suspensão dos processos pudesse ser uma técnica processual eficaz na busca de evitar julgamentos contraditórios diante da formação do litisconsórcio facultativo, vimos que deve ser aplicado o regime do litisconsórcio necessário em razão da natureza da relação jurídica material posta em juízo, nos termos do art. 47 do Código de Processo Civil.

Portanto, com as devidas vênias, refutamos a hipótese de investigação formulada por José Carlos Barbosa Moreira, seguida por Ada Pellegrini Grinover, dentre outros.

Do mesmo modo, demonstramos que a proposição de estender a autoridade da coisa julgada a terceiros sob a premissa de que estes seriam litisconsortes virtuais, não guarda amparo em lei, razão pela qual, deixamos de acolhê-la. Nesse sentido, demonstramos que a adoção da técnica da substituição processual para justificar a extensão da coisa julgada aos denominados litisconsortes virtuais, proposição esta defendida por Ada Pellegrini Grinover, não pode ser acolhida por ausência de previsão legal de substituição processual para o caso singular em estudo.

Por tudo quanto exposto, afastamos as hipóteses de investigação formuladas por Enrico Tullio Liebman, José Carlos Barbosa Moreira e Ada Pellegrini Grinover.

Acolhemos, de outro modo, a hipótese de investigação construída por Egas Dirceu Moniz de Aragão, seguida, dentre outros, por Marcelo Abelha Rodrigues e Cassio Scarpinella Bueno, para quem, com fulcro no art. 47, primeira parte do Código de Processo Civil, todas as vezes que a lide for incindível, exigindo uma única decisão para todas as pessoas que dela fazem parte, a regra a ser adotada é a do litisconsórcio necessário unitário em decorrência da *natureza da relação jurídica material*.

Sobre o tema, sustentamos que a obrigatoriedade do litisconsórcio é definida não somente pelo direito processual, mas, sobretudo, pela natureza do direito material controvertido.

Concluimos, nesse sentido, que a formação do litisconsórcio necessário (e unitário) no caso de pluralidade de legitimados à impugnação de um único ato decorre da natureza da relação jurídica existente entre os co-legitimados, inegavelmente, aliás, incindível.

Analizamos que diante da formação do litisconsórcio necessário, todos os legitimados devem obrigatoriamente ser citados, nos termos preconizados pelo art. 47 do Código de Processo Civil, oportunidade em que poderão optar por qual pólo da relação jurídica processual irão aderir e, até mesmo, se deixarão de aderir a esta relação jurídica.

Do mesmo modo, comprovamos que a natureza da relação jurídica material controvertida - incindível -, exige a uniformidade de julgamento a ser proferido entre os litisconsortes.

Assim, diante das situações em que há pluralidade de legitimados à impugnação de um único ato adotamos a hipótese de investigação referente ao litisconsórcio necessário unitário, previsto no art. 47 do Código de Processo Civil, posto que além de guardar amparo legal, está em consonância com as garantias constitucionais do processo como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e a inafastabilidade da jurisdição, na esteira do fenômeno consagrado como “constitucionalização do processo.”

Ato contínuo, afastamos qualquer possível alegação de que o número de litisconsortes pudesse vir a constituir óbice para adoção da modalidade de litisconsórcio necessário unitário, ao caso em estudo, ora porque as razões da necessidade

sobrepõem-se às eventuais dificuldades decorrentes da ampliação subjetiva da relação jurídica processual, ora porque a unitariedade não implica em dilação probatória para cada litisconsorte, uma vez que cada parte terá a mesma sorte no julgamento.

No tocante à modalidade de citação, acolhemos, por mais uma vez, o posicionamento de Egas Dirceu Moniz de Aragão, que defende a adoção da técnica processual da citação por edital para os casos em que há pluralidade de legitimados à impugnação de um único ato, pois, dessa forma, resta assegurada a ciência da ação a todos os legitimados de forma célere e não dispendiosa, tendo nas garantias constitucionais da razoável duração do processo e da efetividade processual, consagradas no art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal, o seu amparo jurídico.

Nesse particular, defendemos que a citação editalícia deverá ter algumas características dos dois sistemas de vinculação do indivíduo ao processo coletivo, *opt-in* e *opt-out*, característicos nas ações coletivas, de tal modo que seja oportunizado ao interessado aderir à ação no pólo que lhe achar conveniente, seja no pólo ativo, seja no pólo passivo, assim como, o direito de permanecer alheio ao processo, sendo que qualquer que seja a escolha dos interessados, estes serão abrangidos pela autoridade da coisa julgada por ter-lhes sido oportunizado o exercício do contraditório e da ampla defesa (postulados do devido processo legal).

Por tudo quanto exposto, concluímos que diante do caso de pluralidade de legitimados à impugnação de um único ato deve ser adotada a modalidade de litisconsórcio necessário unitário, com fulcro no art. 47 do Código de Processo Civil. No tocante à citação, defendemos que esta deve ser feita por edital, com algumas características tanto do sistema *opt-in* (inclusão), quanto do sistema *opt-out* (exclusão), sendo oportunizado aos interessados aderir à lide em curso, no pólo que reputarem conveniente, assim como, a possibilidade de não aderir à lide.

Nesse sentido, a citação por edital deverá seguir o rito do art. 232 do Código de Processo Civil, sem prejuízo da adoção de outros meios que possam ser eficazes com o escopo de cientificar todos os legitimados acerca da existência de ação anulatória em curso, cujo objeto versa sobre ato único de interesse de todos.

No que pertine aos limites subjetivos da coisa julgada diante desta casuística, demonstramos que por ter sido dada a devida ciência do ajuizamento da ação anulatória a todos os legitimados sendo, igualmente, a todos oportunizado o ingresso à lide com o

conseqüente exercício do contraditório, a autoridade da coisa julgada vinculará até mesmo aqueles que eventualmente vierem a optar por não ingressar no processo, pois a estes também foi proporcionada a oportunidade de participação no litígio.

Aqui impõe registrar que para fundamentar essa premissa conclusiva quanto aos limites subjetivos da coisa julgada nas ações em que há pluralidade de legitimados à impugnação de um único ato, acolhemos a lição de Athos Gusmão Carneiro, seguida por outros doutrinadores, no sentido de que para a validade da citação não é necessário que os interessados utilizem, efetivamente, as oportunidades processuais que lhe são concedidas quando da convocação, sendo suficiente ter-lhes sido dada a *oportunidade* para o exercício do contraditório.

REFERÊNCIAS

ALLORIO, Enrico. **La cosa giudicata rispetto ai terzi**. Milano: Giuffrè, 1992.

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. 1 v.

_____. A posição dos sócios e associados em relação a ações movidas contra as sociedades e associações de que fazem parte. In: DIDDIER JR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ALVIM, Eduardo Arruda. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 1 v.

_____. Coisa julgada e litispendência no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel de. **Tratado de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. I v.

AZEVEDO, Luiz Carlos de; CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Lições de História do Processo Civil Romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. I v.

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

_____. Coisa julgada: extensão subjetiva. In **Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

_____. A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro. In **Temas de Direito Processual**. 1ª Série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. Coisa julgada e declaração. In **Temas de Direito Processual**. 1ª Série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. **In Temas de Direito Processual**. 3ª Série. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Ainda e sempre a coisa julgada. **In Direito Processual Civil (ensaios e pareceres)**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Direito processual societário**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

BEDAQUE, José Roberto dos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº 12.376. Brasília, 30 dez. 2010. **Altera a Lei de Introdução ao Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12376.htm> Acesso em: 10 fev. 2012.

BRASIL. PL 8.046/2010. Brasília. **Dispõe sobre o Anteprojeto do novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em: 05 mar. 2012.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199600689385&dt_publicacao=08-09-1998&cod_tipo_documento> Acesso em: 24 jan. 2012.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Relator: Ministro Victor Nunes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=157581>>. Acesso em: 24 jan. 2012.

BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. **Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos**. São Paulo: Atlas, 2007.

BUENO, Carlos Scarpinella. **Partes e terceiros no processo civil brasileiro**. 2. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

- CAMPOS JUNIOR, Ephraim de. **Substituição processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. **Intervenção de Terceiros**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del Proceso Civil**. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Libreria “El Foro”, 1997. 1 v.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003.
- CARPI, Federico. **L’efficacia “ultra partes” della sentenza civile**. n. 3.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1965. II v.
- _____. **Principii di Diritto Processuale Civile**. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene: Napoli, 1965.
- CRETTELA JR, José. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 11. ed. Bahia: JusPodium, 2009. 1 v.
- _____. BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodium, 2009. 2.v
- _____. ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo**. 3. ed. Salvador: JusPodium, 2008. 4 v.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997.
- GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GOLDSCHIMIDT, James. **Direito Processual Civil**. Tradução: Lisa Pary Scarpa. 1. ed. Campinas: Bookseleer, 2003. II v.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. Notas ao §1º (Ada Pellegrini Grinover). In: LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada**. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. Notas ao §2º (Ada Pellegrini Grinover). In: LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada**. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. Notas ao §3º (Ada Pellegrini Grinover). In: LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada**. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. Notas: ações concorrentes, pluralidade de partes legítimas à impugnação de um único ato. In: LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. Notas: ações concorrentes, pluralidade de partes legítimas à impugnação de um único ato. In: LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a coisa julgada**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. Notas a coisa julgada nas questões de estado: limites à coisa julgada nas questões de estado. In: LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada**. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **O Processo: estudos e pareceres**. São Paulo: Perfil, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. “Notas fenomenológicas sobre a relativização dos limites subjetivos da coisa julgada em conexão com o litisconsórcio necessário”. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Orgs.). **Coisa julgada inconstitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

JEVEAUX, Geovany. **Direito Constitucional: teoria da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LOPES, José Reinaldo Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. São Paulo: Max limonad, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas**. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARCATO, Ana Cândida Menezes. O princípio do contraditório como elemento essencial para a formação da coisa julgada material na defesa dos interesses transindividuais. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coords.). **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica: para o curso de direito**. São Paulo: Atlas S.A, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa Julgada Inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in) constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MATTOS, Luiz Norton Baptista de. A litispendência e a coisa julgada nas ações coletivas segundo o código de defesa do consumidor e os anteprojetos do código de processos coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; Watanabe, Kazuo (coords.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. **Sentença e coisa julgada: exegese do código de processo civil**. (arts. 444 a 475). Rio de Janeiro: Aide, 1992.

NASPOLINI, Samyra Haydêe. Aspectos históricos, políticos e legais da inquisição. **Fundamentos de História do Direito**. In: Antonio Carlos Wolkmer (Org). 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

NEGRÃO, Theotonio. **Código de processo civil e legislação processual em vigor**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

REPOSITÓRIO AUTORIZADO DE JURISPRUDÊNCIA MAGISTER. Disponível em: <<https://www.magisteronline.com.br/mgstrnet/lpext.dll?f=templates&fn=main-hitj.htm&2>>. Repositório autorizado do STF nº 41/2009, do STJ nº 67/2008 e do TST nº 35/2009. Acesso em: 18 jun. 2011.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Processual Civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2000. 2 v.

_____. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. 3 v.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Sistema del diritto romano attuale**, v. 6.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Partes, terceiros e coisa julgada (os limites subjetivos da coisa julgada). In: DIDIER JR, Fredie e WAMBIER; Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 1 v.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Relativização da Coisa Julgada. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de Direito Processual Civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Dogma da coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZAGANELLI, Margareth Vetis; ANDRADE, Osvaldo Lucas. Em favor do método: erros e falácias sobre os ritos processuais da Inquisição e a importância do Direito Canônico. In: ZAGANELLI, Margareth Vetis (Coord.). **Estudos de História do Processo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo Constitucional: o modelo constitucional de processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Coisa julgada e litispendência no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ANEXO**ACÓRDÃOS DOS TRIBUNAIS PÁTRIOS SOBRE AÇÕES ANULATÓRIAS DE DELIBERAÇÃO DE ASSEMBLÉIA (somente ementas)**

1) AI 048.01.900126-1 – Ação anulatória de assembleia societária que deliberou pela exclusão de sócio – Interposto agravo de instrumento (AI) em face da decisão de primeiro grau que, provisoriamente, suspendeu a deliberação de assembleia que excluiu o sócio-autor – Recurso de AI não provido

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. ANULAÇÃO DE ASSEMBLÉIA SOCIETÁRIA C/C INDENIZAÇÃO. SOCIEDADE MÉDICA. EXCLUSÃO DO AGRAVADO DO QUADRO SOCIETÁRIO. DIVERGÊNCIA ENTRE OS SÓCIOS. MATÉRIA DISCUTIDA EM VÁRIAS AÇÕES. RECURSO IMPROVIDO.1) Inadmissível que os demais sócios proprietários da empresa, ora Agravante, que é uma sociedade uniprofissional médica, manifestem-se pela exclusão do Agravado, buscando frustrar a apreciação pelo Poder Judiciário das divergências originadas na referida empresa e que são objetos de várias ações judiciais. 2) Envolvendo a divergência entre as partes, portanto, várias ações, não é prudente que se altere o status quo existente entre os litigantes, com a concessão de tutela antecipada para excluí-lo da sociedade. 3) Recurso improvido. (TJES; AI 048.01.900126-1; Terceira Câmara Cível; Rel. Des. José Eduardo Grandi Ribeiro; Julg. 07/05/2002)

2) AC 70024446072 – Ação anulatória de assembleia geral extraordinária – Alegação de não cumprimento dos requisitos formais previstos no Estatuto Social – Pretensão de anulação acolhida - Recurso dos autores parcialmente provido

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. SOCIEDADE CIVIL. ANULAÇÃO. PROCESSO ELEITORAL. ASSEMBLÉIA GERAL EXTRAORDINÁRIA. REQUISITOS FORMAIS. Embora os editais tenham sido publicados em jornais de grande circulação, não restaram enviadas as cartas registradas aos sócios da sociedade, de acordo com determinação do Estatuto. Assim, nulas as decisões proferidas em AGE.

- Inviável a extensão do mandato da Diretoria sem a anuência do quórum mínimo e a publicidade exigida pelo Estatuto. - Ônus sucumbenciais redimensionados. APELO DOS AUTORES PARCIALMENTE PROVIDO. NEGADO PROVIMENTO AO APELO DA RÉ. (TJRS; AC 70024446072; Porto Alegre; Décima Segunda Câmara Cível; Rel. Des. Dálvio Leite Dias Teixeira; Julg. 17/06/2010; DJERS 24/06/2010)

3) AC 121.172-4 Ação anulatória de assembléia em que foram eleitos os conselheiros da sociedade anônima – Pretensão não acolhida - Recurso não provido

SOCIEDADE ANÔNIMA. SÓCIOS TITULARES DE AÇÕES ORDINÁRIAS COM A MESMA PARTICIPAÇÃO NO CAPITAL SOCIAL. DIVISÃO ENTRE ELES SOBRE A ESCOLHA DE NOME PARA OS CONSELHOS DA SOCIEDADE. Eleição pela maioria que estava a constituir legítimo exercício de seu direito e não ilícito acordo de acionistas como sustentado pela autora. Pretensão de anulação de assembléia de eleição não acolhida. Recurso não provido. (TJSP; AC 121.172-4; Ribeirão Preto; Quarta Câmara de Direito Privado; Rel. Des. José Geraldo Jacobia Rabello; Julg. 21/03/2002)

4) APL 990.10.180329-1 e Ac. 4786159 – Ação anulatória de deliberação de assembléia com causas de pedir diversas – Pretensão não acolhida – Recurso não provido

PRELIMINAR. ARGÜIÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DA APELAÇÃO POR FALTA DE PEDIDO DE NOVA DECISÃO. INSUBSISTÊNCIA. PRETENSÃO DEVOLUTIVA QUE SE EXTRAÍ DOS ARGUMENTOS ESPOSADOS NA PEÇA RECURSAL. PRELIMINAR REJEITADA. PRELIMINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE FASE PROBATÓRIA. INSUBSISTÊNCIA. MATÉRIA EMINENTEMENTE DE DIREITO. PROVAS EXISTENTES NOS AUTOS SUFICIENTES PARA PROLAÇÃO DO JULGAMENTO. APLICÁVEL A TEORIA DA CAUSA MADURA. PRELIMINAR REJEITADA. AGRAVO RETIDO. DECISÃO DE REJEIÇÃO DE IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA (R\$ 10.000,00). PEDIDO PRINCIPAL DE ANULAÇÃO DE ASSEMBLÉIA. AUSÊNCIA DE CONTEÚDO ECONÔMICO. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO

VALOR POR ESTIMATIVA. AGRAVO RETIDO REJEITADO. ANULATÓRIA DE ASSEMBLÉIA COM PEDIDO SUCESSIVO DE INDENIZAÇÃO. IMPUGNAÇÃO QUANTO À FORMA DE CÁLCULO DO TÍTULO DE SÓCIO EFETIVO PATRIMONIAL. INSUBSISTÊNCIA. ATUALIZAÇÃO DOS TÍTULOS DOS ASSOCIADOS DA BM&F DESVINCULADA DO PATRIMÔNIO EM OBSERVÂNCIA A DELIBERAÇÕES SOCIETÁRIAS ANTERIORES À PRÓPRIA ADMISSÃO DA AUTORA NO SEU QUADRO ASSOCIATIVO. ADEMAIS, INEXISTÊNCIA DE ÓBICE LEGAL PARA FIXAÇÃO DO VALOR DOS TÍTULOS DE FORMA DESATRELADA DO PATRIMÔNIO SOCIAL, TENDO EM VISTA QUE NAQUELA ÉPOCA A INDIGITADA PESSOA JURÍDICA POSSUÍA NATUREZA DE SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. Inocorrente a figura do direito adquirido ou alteração superveniente do modelo de estipulação do valor dos títulos na assembleia impugnada, que deliberou acerca da desmutualização da BM&F, com cisão parcial do patrimônio para constituição de uma sociedade anônima. Alegação de ausência de prévia ciência quanto à ocorrência da Assembleia. Descabimento. Cumprimento das exigências estatutárias, que determinavam a expedição de ofício circular três dias úteis antes do conclave, afixação no quadro de avisos da Bolsa. Ademais houve pré-convocação por meio de comunicado externo, com divulgação pelo sítio eletrônico da BM&F, além de constar do noticiário de vários meios de comunicação. Sentença de improcedência confirmada. Recurso improvido. (TJSP; APL 990.10.180329-1; Ac. 4786159; São Paulo; Quinta Câmara de Direito Privado; Rel. Des. James Siano; Julg. 27/10/2010; DJESP 10/12/2010)

5) AC 0088821-5 – Ação anulatória de deliberação de assembleia - Pretensão acolhida em primeiro grau – Recurso interposto não provido

AÇÃO ORDINÁRIA E AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. DIREITO EMPRESARIAL. SOCIEDADE ANÔNIMA. LEI Nº 6.404/76. PRELIMINARES DE INÉPCIA DA INICIAL, CARÊNCIA DA AÇÃO E CERCEAMENTO DE DEFESA. PRELIMINARES REJEITADAS. MÉRITO. ANULAÇÃO DE DELIBERAÇÕES DE ASSEMBLÉIA GERAL ORDINÁRIA. ELEIÇÃO DO CONSELHO FISCAL. DIREITO DOS ACIONISTAS PREFERENCIALISTA, SEM DIREITO A VOTO OU COM VOTO RESTRITO, DE ELEGER UM MEMBRO E RESPECTIVO SUPLENTE

DO CONSELHO FISCAL, EM SEPARADO E SEM A INTERFERÊNCIA DO GRUPO CONTROLADOR. APELO IMPROVIDO. 1. Primeira preliminar. Inépcia da Inicial. Observa-se que há congruência lógica entre os fatos e fundamentos jurídicos propostos e que a peça vestibular afigura-se em harmonia com os requisitos expressos no artigo 282 do CPC, e apta a amparar o pedido de tutela jurisdicional. Preliminar Rejeitada. 2. Segunda preliminar. Carência de Ação. Apesar da alegação de não ter sido negado o direito pleiteado, restou evidenciada a necessidade da tutela jurisdicional para assegurar a pretensão dos acionistas preferencialistas, não ligados ao grupo controlador, de elegerem um membro titular e outro suplente ao Conselho Fiscal. Interesse de agir demonstrado. Preliminar Rejeitada. 3. Terceira Preliminar. Cerceamento de Defesa. Quando a ação versa sobre questão de direito ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência, como é o caso dos autos, se faz desnecessária a audiência de conciliação, mormente se os autos contêm todos os elementos necessários à formação da convicção do juiz e possibilitado o julgamento antecipado da lide, nos termos do art. 330, I, do CPC. Preliminar Rejeitada. 4. Mérito. O artigo 161, §4^a, 'a', da Lei nº 6.404/76 garante aos acionistas preferencialistas, sem direito a voto, ou com voto restrito, o direito de eleger, em votação em separado, um membro do conselho fiscal e ser respectivo suplente, sem a interferência do grupo controlador. 5. Evidenciado a existência de controle acionário exercido pelo mencionado acionista preferencialista, o mesmo não poderia participar da votação para a vaga do conselho fiscal reservada aos preferencialistas não ligados ao grupo controlador. 6. Apelo Improvido. (TJPE; AC 0088821-5; Cabo de Sto. Agostinho; Quarta Câmara Cível; Rel. Des. Frederico Ricardo de Almeida Neves; Julg. 29/04/2010; DJEPE 21/05/2010)

6) AC 70037068624 - Ação de nulidade de deliberação de sociedade anônima em face dos acionistas ausentes - Pretensão acolhida – Recurso interposto não provido

APELAÇÃO CÍVEL. Ação de nulidade de assembléia de sociedade anônima, na forma do art. 286 da Lei n. 6.404/76. Ineficácia das deliberações em face dos acionistas ausentes, em razão de não haver sido publicado o edital de convocação. Caso concreto em que os acionistas não portam as ações, por extravio, mas que obtiveram judicialmente reconhecida a sua condição de proprietários de 9,62% do capital social,

em ação de anulação e substituição de títulos ao portador, na qual foi parte a empresa. O fato de a sociedade não haver emitido as novas ações em substituição não é justificativa para não reconhecer a condição de acionistas dos autores e não convocá-los para as assembleias. Realizada a assembleia especial onde houve alteração do tipo societário, de sociedade anônima para sociedade por cotas, na forma do art. 221 da Lei n. 6.404/76, os acionistas discordantes têm o direito de recesso e apuração de haveres, sendo essa a condição dos autores, mesmo que a empresa não tenha até hoje emitido as novas ações substitutivas, apesar de o julgado que reconheceu esse direito haver transitado em julgado em 1997. A pretensão dos autores não está prescrita, na medida em que o prazo para reclamar a nulidade da deliberação tomada na assembleia é de dois anos, na forma do art. 286 da Lei n. 6.404/76. Não se aplica ao caso concreto o prazo de trinta dias para o pedido de recesso, nem a contar da assembleia e nem a contar do arquivamento da alteração societária na Junta Comercial, porque a decisão foi ineficaz em relação aos autores, em razão de eles não terem sido comunicados da assembleia, já que não houve sequer a publicação do edital legalmente previsto. Caso típico de aplicação, pelo Poder Judiciário, do princípio que veda o enriquecimento ilícito ou sem causa. Os réus não emitiram as ações substitutivas aos autores e, de modo arditoso, mudaram o tipo societário, sem os autores saberem ou terem oportunidade de participar da assembleia especial, nada lhes sendo atribuído como participação no capital social da empresa, reestruturada na forma de sociedade por cotas. Recurso improvido. (TJRS; AC 70037068624; Canoas; Sexta Câmara Cível; Rel. Des. Ney Wiedemann Neto; Julg. 29/07/2010; DJERS 09/08/2010)

7) APL 9072231-67.2003.8.26.0000 e Ac. 4988109 – Ação de anulação de deliberação de assembleia – Acolhida a prescrição de 02 (dois) anos – Extinção com resolução do mérito

SOCIEDADE ANÔNIMA. ASSEMBLÉIA GERAL EXTRAORDINÁRIA. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE DELIBERAÇÃO. ART. 286 DA LEI DAS S/A. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA. Prazo prescricional de 2 anos -Art. 172 do CC/16. Extinção com resolução do mérito. Art. 269, IV, do CPC. Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJSP; APL 9072231-67.2003.8.26.0000; Ac. 4988109; São Paulo; Quinta Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Silvério Ribeiro; Julg. 23/02/2011; DJESP 20/04/2011)

8) AGIN 1686358-42.2009.8.13.0035 - Ação cautelar com pedido de suspensão de transformação do tipo societário, uma vez que a deliberação de assembléia que autorizou referida transformação é objeto de ação anulatória pendente de julgamento – Cautelar concedida – Interposto Agravo de Instrumento - Não provido

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CAUTELAR. SUSPENSÃO DE TRANSFORMAÇÃO DO TIPO SOCIETÁRIO. AÇÕES PRINCIPAIS PLEITEANDO A NULIDADE DE ASSEMBLÉIAS. PREJUDICIALIDADE DA TRANSFORMAÇÃO. Se o resultado do julgamento da ação de anulação da assembléia que alterou o estatuto social, para permitir a transformação do tipo societário sem a unanimidade dos votos, poderá ser ineficaz caso a transformação ocorra, deve esta ser provisoriamente sustada. Havendo o risco de dano consubstanciado na transformação da sociedade anônima em sociedade limitada, que pode resultar na exclusão de sócios antes do julgamento final do processo, deve-se deferir a medida cautelar para sustar a transformação. Recurso não provido. (TJMG; AGIN 1686358-42.2009.8.13.0035; Araguari; Décima Câmara Cível; Rel. Des. Mota e Silva; Julg. 13/04/2010; DJEMG 07/05/2010)

9) AGIN 1694527-18.2009.8.13.0035 – Medida cautelar incidental deferida para suspender a transformação do tipo societário, uma vez que esta ocorreu mediante alteração do estatuto social sem unanimidade dos sócios, fato que é objeto de ação anulatória pendente de julgamento.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRELIMINAR. CLÁUSULA ARBITRAL. INOPONIBILIDADE AO SÓCIO QUE COM ELA NÃO CONCORDOU. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. FUNGIBILIDADE. MEDIDA CAUTELAR INCIDENTAL. ALTERAÇÃO DO ESTATUTO SOCIAL PARA PERMITIR A TRANSFORMAÇÃO DO TIPO SOCIETÁRIO SEM UNANIMIDADE. NULIDADE DE ASSEMBLEIA. PREJUDICIALIDADE EM RELAÇÃO A ASSEMBLEIA POSTERIOR. DEFERIMENTO. A cláusula de arbitragem inserta em estatuto ou contrato social não vincula os sócios que a ela não anuíram expressamente, sob pena de violação do art. 5º, XXXV, da Constituição da República. Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz,

quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado. Se o resultado do julgamento da ação de anulação da assembléia que alterou o estatuto social, para permitir a transformação do tipo societário sem a unanimidade dos votos, poderá ser ineficaz caso a transformação ocorra, deve esta ser provisoriamente sustada. Havendo o risco de dano consubstanciado na transformação da sociedade anônima em sociedade limitada, que pode resultar na exclusão de sócios antes do julgamento final do processo, deve-se deferir a medida cautelar para sustar a transformação. Preliminar de cláusula de arbitragem não acolhida e recurso provido. (TJMG; AGIN 1694527-18.2009.8.13.0035; Araguari; Décima Câmara Cível; Rel. Des. Mota e Silva; Julg. 13/04/2010; DJEMG 07/05/2010)

10) AI 990.10.053156-5 e Ac. 4537151 – Recurso interposto em face de decisão de primeiro grau que indeferiu o pedido liminar de suspensão dos efeitos de assembléia extraordinária – Não verificados os pressupostos para concessão da liminar pleiteada – Recurso não provido

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCLUSÃO DE SÓCIO. ANULAÇÃO DE ASSEMBLÉIA. Recurso contra decisão que rejeitou pedido liminar *initio litis* de suspensão dos efeitos de assembléia extraordinária de sociedade limitada, na qual se deliberou a exclusão do agravante do quadro societário. Falta dos requisitos do art. 273 do Código de Processo Civil. Ausência de verossimilhança do direito afirmado. Inexistente perigo de dano capaz de comprometer a efetividade da prestação jurisdicional ou o perecimento do direito do jurisdicionado. Agravante que não exercia a administração de fato da empresa. Não comprovação de conduta temerária dos demais sócios tendente à derrocada financeira da empresa. Falta de urgência para a providência requerida. Recurso desprovido. (TJSP; AI 990.10.053156-5; Ac. 4537151; São Paulo; Sexta Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Paulo Alcides; Julg. 27/05/2010; DJESP 07/07/2010)

11) APL 994.03.013511-6 e Ac. 4293670 – Ação anulatória de assembléia de sociedade anônima julgada improcedente – Recurso interposto - Alegado ato nulo não restou ocorrido - Ato anulável sanado – Recurso não provido

PRELIMINAR. Cerceamento de Defesa em razão da aplicação da pena de confesso. Inocorrência. Sentença que afastou tal penalidade. Defesa processual afastada. ANULAÇÃO DE ASSEMBLÉIA EM SOCIEDADE ANÔNIMA. Ação julgada improcedente e cautelar extinta. Falta de instrumentalização formal da ata de assembleia. Alegação de ato nulo. Inocorrência. Ato anularei, passível de ser sanado. Falha suprida posteriormente. Falta de publicação do balanço patrimonial no prazo legal. Não ocorrência. Assembleia geral que reuniu a totalidade dos acionistas. Sentença mantida. Recurso improvido. (TJSP; APL 994.03.013511-6; Ac. 4293670; Itapeva; Sexta Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Percival Nogueira; Julg. 21/01/2010; DJESP 24/03/2010).