

JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI

LIMITES SUBJETIVOS DA
EFICÁCIA DA SENTENÇA
E DA COISA JULGADA CIVIL

TESE APRESENTADA PARA CONCURSO AO CARGO DE PROFESSOR TITULAR
DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2006

JOSÉ ROGÉRIO CRUZE TUCCI

*Os meus amigos e colegas
Paulo Lucena e a
estima do Rogério*

LIMITES SUBJETIVOS DA
EFICÁCIA DA SENTENÇA
E DA COISA JULGADA CIVIL

TESE APRESENTADA PARA CONCURSO AO CARGO DE PROFESSOR TITULAR
DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2006

Qual bisogno sarebbe stato della massima res inter alios, se non per avvertire che non si avesse a dedurre, a pregiudizio dei non chiamati, la conseguenza logica del giudicato intervenuto tra altri? (Matteo Pescatore, Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale, I, Torino, 1864, p. 268)

SUMÁRIO

Capítulo I INTRODUÇÃO

1. Considerações preambulares	11
2. Objeto e horizontes da tese	17
3. Conceito processual de parte	24
4. Partes e terceiros ante a eficácia da sentença e a extensão da coisa julgada material	30

Capítulo II CONSTRUÇÃO DOGMÁTICA DOS LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA

5. Atualidade da <i>lex Saepe</i> sob a perspectiva histórica	37
6. Perfil evolutivo da doutrina moderna	48
6.1. <i>Valor absoluto da coisa julgada</i>	48
6.2. <i>Teoria da representação</i> (Savigny)	49
6.3. <i>Eficácia reflexa dos atos jurídicos</i> (Ihering)	52
6.4. <i>Eficácia reflexa da coisa julgada a terceiros</i> (Wach, Mendelssohn Bartholdy e Chiovenda)	57
6.5. <i>Terceiros juridicamente indiferentes e terceiros juridicamente interessados</i> (Betti e Carnelutti)	62
6.6. <i>Teoria da eficácia reflexa</i> (Allorio)	70
6.7. <i>Teoria da eficácia natural</i> (Liebman)	77
6.8. <i>Teorias ecléticas</i> (Pugliese e Carpi)	84
6.9. <i>Posicionamentos restritivos</i> (Monteleone e Vocino) ...	88
7. Síntese conclusiva da evolução doutrinária	90

Capítulo III
GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E POSIÇÃO
DOS TERCEIROS

8. Noção de devido processo legal (em sentido processual)	93
9. Princípio do contraditório	96
10. Posicionamento da doutrina e da jurisprudência sob o enfoque constitucional	102
11. Inconstitucionalidade de atual orientação jurisprudencial (pluralidade de legitimados para demandar indenização por dano moral)	114
12. Princípio da isonomia processual	118
13. Posicionamento da doutrina: inviabilidade da coisa julgada <i>secundum eventum litis</i>	120
14. Garantias constitucionais do processo e eficácia da sentença arbitral	125
15. Garantias constitucionais do processo e <i>collateral estoppel</i> ..	131
16. Terceiros nas ações coletivas e a coisa julgada <i>secundum eventum probationis</i>	139
17. <i>Right to opt out</i> como expressão das garantias constitucionais do processo	148
17.1. <i>Nota prévia</i>	148
17.2. <i>Estados Unidos</i>	149
17.3. <i>Canadá</i>	153

Capítulo IV
EFICÁCIA *ULTRA PARTES* DA SENTENÇA

18. Eficácia da sentença e coisa julgada	155
19. Eficácia da sentença antes do trânsito em julgado	156
19.1. <i>Considerações prévias</i>	156
19.2. <i>Eficácia inter partes e eficácia em face de terceiros</i>	160
19.3. <i>Terceiros atingidos pela antecipação da tutela</i>	162
19.4. <i>Prejuízo jurídico: legitimidade e interesse do terceiro</i> ...	164

19.5. <i>Remédios processuais para afastar o prejuízo</i>	166
19.5.1. Embargos de terceiro	166
19.5.2. Recurso do terceiro prejudicado	169
19.5.3. Mandado de segurança	172
20. Eficácia da sentença depois do trânsito em julgado	174
20.1. <i>Considerações prévias</i>	174
20.2. <i>Remédios processuais para afastar o prejuízo</i>	177
20.3. <i>Nexo de prejudicialidade-dependência</i>	179
20.4. <i>Eficácia da sentença proferida na ação entre credor e devedor em relação ao fiador</i>	182
20.5. <i>Eficácia da sentença proferida na ação reivindicatória em relação ao titular de direito real sobre o bem reivindicando</i>	184
20.6. <i>Eficácia da sentença proferida na ação ajuizada em face do promitente comprador em relação ao locatário/comodatário</i>	186
20.7. <i>Eficácia da sentença proferida na ação entre locador e locatário em relação ao sublocatário</i>	187
20.8. <i>Eficácia da sentença proferida na ação pauliana em relação à posição dos demais credores quirografários</i> ...	190

Capítulo V
EXTENSÃO DA COISA JULGADA A TERCEIROS

21. Introdução: terceiro prejudicado e terceiro beneficiado	196
22. Legitimidade e interesse processual do terceiro prejudicado pela eficácia da sentença	197
23. Falta de interesse processual do terceiro beneficiado pela extensão da coisa julgada	198
24. Demonstração prática da tese proposta: situações concretas substancialmente heterogêneas	199
24.1. <i>Sucessor da parte</i>	200
24.1.1. Generalidades	200

24.1.2.	Limites subjetivos da coisa julgada	201
24.1.3.	Conseqüência da falta de ciência do processo ..	209
24.1.4.	Sucessão <i>post rem iudicatam</i>	213
24.2.	<i>Substituição processual</i>	214
24.2.1.	Conceito	214
24.2.2.	Limites subjetivos da coisa julgada	214
24.2.3.	Análise crítica do problema	216
24.3.	<i>Litisconsorte necessário unitário</i>	221
24.3.1.	Generalidades	221
24.3.2.	Limites subjetivos da coisa julgada	227
24.3.3.	Capítulos da sentença e litisconsórcio unitário .	232
24.4.	<i>Pluralidade de legitimados à impugnação de um único ato</i>	233
24.4.1.	Generalidades	233
24.4.2.	Limites subjetivos da coisa julgada	235
24.4.3.	Posicionamento da doutrina brasileira	241
24.5.	<i>Pluralidade de legitimados e tutela jurisdicional da personalidade post mortem</i>	247
24.5.1.	Transcendência dos direitos da personalidade na atualidade	247
24.5.2.	Proteção dos direitos da personalidade <i>post mortem</i>	248
24.5.3.	Legitimados a proteger os direitos da personalidade <i>post mortem</i>	252
24.5.4.	Limites subjetivos da coisa julgada	256
24.6.	<i>Relação jurídica entre credores e devedores solidários</i> ..	259
24.6.1.	Generalidades	259
24.6.2.	Limites subjetivos da coisa julgada	261
24.6.3.	Recurso interposto por apenas um dos condenados	270
24.7.	<i>Relação jurídica entre credores e devedores de obrigações indivisíveis</i>	271

24.7.1.	Generalidades	271
24.7.2.	Limites subjetivos da coisa julgada	272
24.8.	<i>Relação jurídica entre credor-devedor-fiador</i>	273
24.8.1.	Generalidades	273
24.8.2.	Limites subjetivos da coisa julgada	274
24.9.	<i>Causas relativas ao estado da pessoa</i>	276
24.9.1.	Generalidades	276
24.9.2.	Limites subjetivos da coisa julgada	277
24.10.	<i>Sentença penal condenatória</i>	282
24.10.1.	Autonomia da ação civil	282
24.10.2.	Limites subjetivos da coisa julgada	283
24.10.3.	Prescrição da ação penal antes do trânsito em julgado	288

Capítulo VI

EFICÁCIA DA SENTENÇA E DIMENSÃO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS

25.	Acesso à Justiça: da tutela individual à tutela coletiva	289
26.	Conceituação dos direitos transindividuais	293
26.1.	<i>Direitos difusos</i>	296
26.2.	<i>Direitos coletivos</i>	296
26.3.	<i>Direitos individuais homogêneos</i>	297
27.	Disciplina legal	298
28.	Exame sistemático e crítico da técnica legal	299
29.	Terceiros beneficiados pela coisa julgada	302
30.	Direitos individuais homogêneos: eficácia da sentença e extensão da coisa julgada	303
31.	Eficácia da sentença de procedência proferida na ação coletiva e extensão da coisa julgada	305
32.	Eficácia da sentença penal condenatória e extensão da coisa julgada	306

33. Limitação subjetiva e territorial da extensão da coisa julgada	307
34. Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América	310
35. Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos	313

Capítulo VII

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E EXTENSÃO *ERGA OMNES* DA COISA JULGADA

36. Controle jurisdicional da constitucionalidade da lei	315
37. Controle da constitucionalidade das leis no direito brasileiro	317
38. Eficácia vinculante e extensão <i>erga omnes</i> da coisa julgada ..	320

Capítulo VIII

CONCLUSÃO

39. Considerações conclusivas	329
40. Esboço de um regramento geral da eficácia da sentença e da extensão da coisa julgada em relação às partes e a terceiros ...	330

BIBLIOGRAFIA	335
--------------------	-----

ÍNDICE ONOMÁSTICO	363
-------------------------	-----

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO	369
-----------------------------------	-----

Capítulo I INTRODUÇÃO

Sumário: 1. Considerações preambulares. 2. Objeto e horizontes da tese. 3. Conceito processual de parte. 4. Partes e terceiros ante a eficácia da sentença e a extensão da coisa julgada material.

1. Considerações preambulares

O tema acerca dos limites subjetivos da coisa julgada, sobretudo na primeira metade do século passado, foi objeto de viva e duradoura polêmica doutrinária entre processualistas da Alemanha e, em particular, da Itália. Desde a original abordagem de Savigny, passando pelas obras e ensaios que fizeram escola, dentre outros, de Wach, Mendelssohn Bartholdy, Hofmann, Chiovenda, Ugo Rocco, Carnelutti e Betti, até as clássicas monografias de Allorio e Liebman, o profícuo debate deixou inestimável legado, consubstanciado em premissas metodológicas bem definidas, que, até os nossos dias, constituem, por certo, ponto de partida para o exame do palpitante assunto.

Merecem ainda alusão, nesse contexto introdutório, os trabalhos de síntese, escritos, em época posterior, por Giovanni Pugliese, Federico Carpi e Girolamo Monteleone, mas que, em linhas gerais, se reportam à precedente doutrina.

Transcorrido esse período, dois importantes fatores contribuíram para uma determinada renovação dos estudos sobre o objeto desta tese. Em primeiro lugar, por força do incremento do tráfico negocial gerado pela sociedade moderna, verificou-se uma progressiva dilatação dos nexos de prejudicialidade-de-

pendência existentes entre relações jurídicas envolvendo uma pluralidade de sujeitos, resultando daí inexorável ampliação da possibilidade de extensão da eficácia da sentença e da coisa julgada a terceiros. Ademais, em decorrência do enfoque constitucional que os especialistas passaram a imprimir ao estudo do processo, a dogmática européia foi igualmente instada a rever a problemática dos limites subjetivos da coisa julgada, já agora sob o ângulo da tutela do direito de defesa do terceiro, que não participou do contraditório, mas que sofreu a eficácia da sentença ou foi atingido pela imutabilidade do conteúdo da decisão proferida no respectivo processo.

É verdade que Emilio Betti, na obra que veio a lume em 1922 e que marcou época – intitulada *D. 42.1.63 – Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano* –, já demonstrava acentuada preocupação com aquele que permaneceu estranho ao processo *inter alios* e que, embora prejudicado, não teve a possibilidade de defender-se apresentando as suas próprias razões e, conseqüentemente, de influir nos fundamentos da sentença. No entanto, a despeito dessa significativa ressalva, a doutrina coeva, sob o aspecto científico, em regra, examinava as instituições processuais pelo prisma precipuamente técnico, sob a ótica da legislação infraconstitucional.

A tônica do princípio da bilateralidade da audiência, moldado no precioso brocardo *audiatur et altera parte*, que depois de inserido em vários textos constitucionais passou a ser investigado, em sucessivas pesquisas, como um importante corolário da garantia do devido processo legal, recaía na necessidade de efetivo contraditório entre os sujeitos destinatários diretos do provimento judicial, ou seja, entre as *partes*.

Erigiu-se, portanto, o dogma de que o processo devia desenrolar-se, com estrita observância dos regramentos ínsitos ao denominado *due process of law*, visando à tutela do direito sub-

jetivo material objeto de reconhecimento, satisfação ou assecuração em juízo. Assim também, sob a perspectiva da posição do réu, o mesmo ocorria com a tutela jurisdicional de seu respectivo direito, caso tivesse ele razão. Em síntese, a garantia constitucional do devido processo legal deveria – como deve – ser uma realidade durante as múltiplas etapas do processo judicial, de sorte que nenhuma das partes seja privada de seus direitos, a não ser que o procedimento no qual este se materializa observe todas as formalidades e exigências em lei previstas.

Pois bem, a partir da década dos anos 70, diante desse novo viés metodológico, centrado na regra do art. 24 da Constituição italiana, inúmeros escritos foram dedicados ao exame mais percuciente sobre o relacionamento entre o princípio do contraditório e a eficácia *ultra partes* da sentença.

O pioneiro a suscitar a questão foi Comoglio, cujo comentário, sobre uma importante decisão da Corte Constitucional italiana, despertou a atenção, em particular, de Proto Pisani, Luiso e Trocker, os quais se debruçaram na análise das já tradicionais formulações atinentes aos limites subjetivos da coisa julgada para submetê-las à prova em simetria com a garantia constitucional do direito de defesa.

Não é preciso ressaltar que, diante das reflexões e subsídios lançados nessas expressivas contribuições doutrinárias, iluminados pelos sólidos alicerces assentados na dogmática clássica, torna-se um grande desafio enfrentar as questões teóricas e práticas que irrompem dos limites subjetivos da eficácia da sentença e da autoridade da coisa julgada, um dos temas “più complessi della scienza del processo”.¹

⁽¹⁾ Federico Carpi, *L'efficacia “ultra partes” della sentenza civile*, n. 1, p. 5. Advirta-se, de logo, que a distinção semântica entre os vocábulos *eficácia* (qualidade daquilo que é eficaz) e *efeito* (conseqüência da

Sim, porque, como se observará em capítulo específico, não se delineia verdadeiro o postulado do direito romano clássico no sentido de que: “*Saepe constitutum est, res inter alios iudicatas aliis non praeiudicare*”², ou, em aceção mais completa, “*nec inter alios res iudicata alii prodesse, aut nocere solet*”³. Tanto em Roma quanto em nosso direito positivo (art. 472 CPC) é falsa a idéia de que um terceiro (portanto, sem ter tido a chance de participar do processo), em situação alguma possa ser destinatário da eficácia da sentença ou suportar o vínculo da coisa julgada.

Sobreleva também notar que, em época mais recente, o tema ganhou ainda um colorido especial determinado pela notória evolução referente ao escopo da efetividade do processo, que exigiu a criação ou a adaptação de instrumentos jurídicos aptos a tutelar os denominados direitos difusos e coletivos. A moderna teoria dos limites subjetivos da coisa julgada inclui na exposição da matéria a sua dinâmica nos quadrantes da tutela coletiva. Trata-se aqui de investigar se o tradicional regime dos limites subjetivos também se coaduna com o processo de espectro coletivo, ou, se, pelo contrário, novas regras governam a extensão subjetiva da eficácia da sentença e da coisa julgada.

A bem da verdade, na literatura pátria, é exatamente sob essa perspectiva da tutela coletiva que nas últimas duas décadas o tema tem sido examinado com maior disposição. E isso se ex-

decisão), não é, em princípio, relevante para o desenvolvimento do presente trabalho. Cumpre esclarecer apenas que a imutabilidade do conteúdo da sentença recai sobre a eficácia ou eficácias próprias desta e não sobre os efeitos que se projetam externamente ao ato decisório.

⁽²⁾ Macro, D. 42.1.63 (l. 2 de *appellationibus*): “Muitas vezes se determinou que a coisa julgada em relação a uns não prejudica a outros”.

⁽³⁾ Paulo, D. 20.4.16 (l. 3 *quaestionum*): “A coisa julgada entre uns não costuma aproveitar nem prejudicar a outrem”.

plica pelo interesse despertado, no Brasil, em decorrência da notável ampliação da proteção legislativa dos direitos difusos e coletivos e do respectivo desenvolvimento científico. É ampla e de invejável qualidade, como é sabido, a literatura dedicada a essa complexa temática.

O mesmo não ocorre com o trato da matéria na esfera do processo de corte individual. Tal constatação enseja até certa perplexidade, visto que, hoje, múltiplos problemas irrompem da delimitação subjetiva da coisa julgada. Com efeito, abstração feita da linha teórica (restritiva ou extensiva) que se adote quanto à abrangência subjetiva da eficácia da sentença e da coisa julgada, o tema imbrica-se, v. g., com a sucessão nos planos do direito material e do processo, com o instituto da substituição processual, especialmente com as variantes do litisconsórcio, com a intervenção de terceiros, com as relações jurídicas conexas e paralelas, com as obrigações solidárias e indivisíveis, com o estado da pessoa, com a tutela da personalidade *post mortem*; e relaciona-se ainda com a sentença penal de natureza condenatória.

Mas não é só! Em nossa atual experiência processual, diante do insolúvel e angustiante problema da intempestividade da prestação jurisdicional, ganhou corpo a técnica da antecipação da eficácia da tutela postulada, cuja decisão faz-se executável antes mesmo do trânsito em julgado da sentença. Tenha-se presente inclusive a viabilidade de antecipação no tocante a parte incontroversa do pedido (art. 273, § 6º, CPC). É correto dizer que os efeitos daí decorrentes (não importando a natureza destes) podem repercutir na esfera de direitos de alguém que não figura como parte no processo *inter alios*, no qual o ato decisório foi proferido. É perfeitamente possível que essa indesejável circunstância acarrete prejuízo jurídico (em senso chiovendiano) a esse terceiro.

É até desnecessário aduzir que a legislação processual civil brasileira, codificada e extravagante, em abono da efetividade do processo, especialmente nas hipóteses de obrigação de fazer, não fazer e de entrega de coisa móvel, fomenta a satisfação provisória do direito, por meio de tutela específica, pela parte que demonstrar, *prima facie*, a verossimilhança dos fatos que alegou; tornando-se curial que a execução dessa decisão possa excepcionalmente atingir a esfera de direito de algum sujeito que não seja parte no respectivo processo.

Investigar, pois, os denominados limites subjetivos da coisa julgada nas duas dimensões aqui propostas é tarefa ingente, que demanda prudência e reflexão, mormente pelas dificuldades que emergem da pesquisa na doutrina estrangeira, visto que, para fenômenos discrepantes, muitos estudiosos empregam idêntica denominação, ou, quando não, para designar situações análogas, utilizam diferentes conceitos. Acrescente-se a esse aspecto de índole precipuamente formal, a profunda assimetria legislativa existente entre experiências jurídicas que constituem modelo e fonte de inspiração para uma pesquisa de comparação jurídica.

O diálogo hermenêutico, se bem que não programável, é sempre possível, apesar das dificuldades metodológicas que se põem em investigações de “direito comparado” acerca de um mesmo instituto, muitas vezes recepcionado em “mundos culturais” de tradição jurídica diversificada. À guisa de exemplo, tenha-se presente a concepção que, a propósito dos limites subjetivos da coisa julgada, foi construída no ambiente do *common law*, em particular, pelas cortes norte-americanas, as quais não hesitaram em abandonar, diante de alguns casos concretos, o critério da identidade de partes para a delimitação da eficácia do julgado. Vale também invocar a nova *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola, que, de modo explícito, determina que a coisa jul-

gada afeta os sujeitos, *não litigantes*, titulares do direito material discutido (art. 222, 3); enquanto, por outro lado, prevê que *não faz coisa julgada* a sentença que decide, no bojo de processo oral, a pretensão fundada num direito real em face de quem a ele se oponha ou perturbe o seu exercício, sem dispor de título registrado (art. 447, 3).

Todavia, torna-se menos árduo o trabalho quando o objeto do estudo, guardadas as opções peculiares de técnica e de política legislativa, tem uma finalidade comum, como sucede com o instituto da coisa julgada. Este, como averbou Habscheid, é um instituto jurídico universal – a despeito das possíveis diferenças de detalhes, caracterizadoras de um ou outro ordenamento –, que tem dois escopos essenciais: o de proteger os direitos subjetivos e, simultaneamente, o direito objetivo; e, ainda, o de restabelecer e manter a certeza e a paz jurídica.⁴

Ao cabo dessas considerações preambulares, é até intuitivo concluir, na esteira de enfática doutrina, que as vicissitudes da eficácia *ultra partes* da coisa julgada não encerram, portanto, “*una problematica ottocentesca*”, mas suscitam indagações de extrema atualidade, destinadas a multiplicarem-se em futuro não muito distante.⁵

2. Objeto e horizontes da tese

Proponho-me, assim, a examinar o referido tema, procurando construir o seu perfil dogmático, ajustado à nossa realidade

⁽⁴⁾ *Introduzione al diritto processuale civile comparato*, p.161. Cf., em senso idêntico, Casad e Clermont, *Res Judicata – Theory, Doctrine and Practice*, cap. 1, p. 5, que, reportando-se a A. Freeman, destacam: “A doutrina da *res judicata* constitui um princípio universal de direito presente em todos os sistemas jurídicos das nações civilizadas”.

⁽⁵⁾ Proto Pisani, *Appunti sui rapporti tra i limiti soggettivi di efficacia della sentenza civile e la garanzia costituzionale del diritto di difesa*, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1971, p. 1.239.

jurídica, ao alvitre das atuais tendências do direito processual civil. Considero mais do que oportuno, até necessário, deixar desde logo bem claro que o título desta monografia – *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil* – coloca-se em sintonia com a concepção que será desenvolvida ao longo do trabalho. O título retrata as coordenadas científicas que embasam o meu entendimento sobre a eficácia da sentença e a imutabilidade de seu conteúdo decisório diante da esfera de direito subjetivo de terceiros. Aquelas se inspiram, em princípio, no pensamento de Liebman, que dedicou amplo espaço em sua fecunda produção acadêmica aos limites subjetivos da coisa julgada, não apenas em sua obra de referência obrigatória, como, ainda, em outros posteriores estudos.

Procede, sob todos os aspectos, a demonstração de que a autoridade da coisa julgada se distingue da eficácia da decisão. Os efeitos da sentença constituem atributo autônomo em relação à coisa julgada, até porque há situações nas quais, mesmo antes do trânsito em julgado, a sentença produz eficácia no plano do direito material.

Assevera Liebman, no que ora interessa, que, um aspecto é distinguir os efeitos da sentença segundo sua natureza declaratória ou constitutiva; outro é verificar se eles se manifestam de modo mais ou menos perene e imutável: “de fato, todos os efeitos possíveis da sentença (declaratório, constitutivo, executório) podem, de igual modo, imaginar-se, pelo menos em sentido puramente hipotético, produzidos independentemente da autoridade da coisa julgada, sem que isso se lhe desnature a essência”. A coisa julgada, segundo ainda a conhecida lição de Liebman, descortina-se como um *plus*, que se agrega aos efeitos da sentença para torná-los estáveis.⁶

⁶ *Efficacia ed autorità della sentenza*, rist., n. 3, p. 14 (= *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, tr. port.



A distinção acima traçada é fundamental para firmar o entendimento de que, em regra, a autoridade da coisa julgada (imutabilidade que recai sobre os efeitos da sentença, na construção de Liebman) forma-se apenas entre as partes. Já os efeitos da sentença não se restringem àqueles que tiveram a oportunidade de participar do processo, e podem atingir terceiros.

Edoardo Ricci, em recente estudo crítico sobre a original contribuição de Liebman acerca da coisa julgada, reitera a posição do renomado processualista quanto à força executiva provisória da sentença, antes mesmo de os efeitos adquirirem o selo da imutabilidade. Nesse particular, o pensamento liebmaniano serviu de bússola para a evolução da legislação processual italiana, que introduziu, em 1990, a regra geral da executividade da sentença de primeiro grau. Ademais, por esse mesmo aspecto, as noções expostas por Liebman sugerem que, a rigor científico, se comece a introduzir na terminologia técnica as expressões “exceção de sentença já proferida”, “limites objetivos da eficácia da sentença” e, ainda – permito-me acrescentar – “limites subjetivos da eficácia da sentença”.⁷

É de ter-se presente, também, que a questão dos limites subjetivos da coisa julgada, como bem pondera Attardi, é um pro-

Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, 2ª ed., n. 3, p. 19-20). Registre-se que Ugo Rocco, duas décadas antes, intuía essa distinção, ao escrever que, ao lado dos efeitos produzidos no terreno processual, o trânsito em julgado também produzia uma eficácia no campo do direito substancial. E, indagando qual seria esta, responde: a “*autorità della cosa giudicata*” (*L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi*, n. 138, p. 437).

⁷ *Enrico Tullio Liebman e la dottrina degli effetti della sentenza*, Enrico Tullio Liebman oggi – riflessioni sul pensiero di un maestro, n. 6, p. 103. Proto Pisani (*Opposizione di terzo ordinaria*, p. 30) refere-se à eficácia reflexa *ultra partes* da sentença...; e, em posteriores obras, utiliza, reiteradamente, a expressão *limiti soggettivi di efficacia della sentenza* (v., por ex., *Lezioni di diritto processuale civile*, n. 2.1, p. 400).

blema de direito positivo, e que, por essa razão, não é relevante, para a sua solução, qualquer orientação doutrinária que se pretenda seguir. Basta que o legislador disponha expressamente que, numa determinada situação, respeitada a garantia do direito de defesa, o *decisum* repercuta na esfera de direito de alguns sujeitos e não na de outros.⁸

Mas para alcançar a autoridade de coisa julgada, a sentença há de ter plena eficácia quanto ao que foi decidido. É por essa razão que a questão da eficácia da sentença e, conseqüentemen-

⁽⁸⁾ *Diritto processuale civile*, v. 1, n. 29, p. 493. Willis Santiago Guerra Filho (*Reflexões a respeito da natureza da coisa julgada como problema filosófico*, Revista de Processo, n. 58, 1990, p. 246), afirmando que a coisa julgada, de um modo geral, é um artifício que visa a infundir um estado de segurança aos jurisdicionados, complementa o raciocínio, aduzindo que a coisa julgada é, na verdade, enfrentada como um falso problema, “que nos leva a procurar em vão por um fundamento concreto, uma substância, onde não há, uma vez que o referencial semântico da coisa julgada é um outro signo lingüístico, a *sentença*. Essa sim é dotada de um referencial palpável, que é o ato do órgão judicial de pronunciá-la. Utilizando o moderno aparato conceitual fornecido pela semiótica, pode-se dizer que a coisa julgada é um signo com função de organizar o discurso comunicativo no direito processual, o que a coloca em uma dimensão puramente sintática, onde os signos se relacionam entre si. Como o próprio processo se situa nesse plano formal, tem-se que o instituto em tela é tipicamente processual, prestando-se para atender função de organizar sistematicamente a matéria jurídica, tendo em vista a sua aplicação, que afinal é o processo... A coisa julgada aparece como artifício ou mecanismo para implementar o convencimento e a certeza sobre a existência ou não de um direito ou qualquer outra situação jurídica, exercendo assim o papel ideológico de legitimação desse mesmo ordenamento e de garantia da sua manutenção, pois evita o confronto dos indivíduos entre si e com o próprio ordenamento, ao tornar incontrovertido, em princípio, o resultado da função cognitiva do processo, que leva à atuação do direito em um caso concreto. Trata-se, portanto de um conceito operativo, indissociável daquele outro a que se reporta, o de sentença”.

te, da delimitação de seus respectivos efeitos antecede à dos limites subjetivos da coisa julgada.⁹

Desse modo, insta frisar que, em certas hipóteses previstas em nosso direito positivo, são os efeitos da sentença que irão atingir terceiros. Tome-se o exemplo clássico da rescisão judicial do contrato de locação. O sublocatário sofrerá, de modo incontornável, a eficácia daquela decisão. O promitente comprador de um determinado bem imóvel também será atingido por tais efeitos se o promitente vendedor for vencido em ação reivindicatória. A hipoteca judiciária constitui efeito secundário da sentença condenatória, cuja especialização, em princípio *inter partes*, também pode provocar efetivo prejuízo jurídico a um estranho.

Em outras situações, pelo contrário, é a coisa julgada que se projeta sobre a posição jurídica de um terceiro. É o que ocorre, e. g., na hipótese prevista na 2ª parte do art. 274 do Código Civil em vigor, que estende a *auctoritas rei iudicatae* aos credores que não foram parte no processo. Isso significa que estes não mais poderão discutir o objeto litigioso do precedente processo. Ficam eles atingidos pela imutabilidade do conteúdo decisório da sentença de procedência transitada em julgado.

O sucessor da parte e o titular do direito material, substituído por quem esteve em juízo para a defesa de seu interesse, são, em regra, abrangidos pela autoridade do julgado como se tivessem exercido, no processo, todos os poderes, faculdades, ônus, deveres e sujeição próprios das partes.

Ao defender a coerência da estrutura lógica de sua teoria, Allorio, autor de clássica monografia sobre o tema, procura demonstrar que, enquanto a projeção da eficácia da sentença a ter-

⁽⁹⁾ V., nesse sentido, Dinamarco, *Litisconsórcio*, 7ª ed., n. 64.3, p. 271.

ceiros, por força de um nexo de prejudicialidade-dependência entre relações jurídicas, é ocorrência que nada tem de inusitado; o alargamento da autoridade da coisa julgada à posição jurídica de alguém estranho ao processo *inter alios* corresponde a situação de todo anormal, que é devida à existência de "relações similares", concorrentes ou paralelas.¹⁰

Seja como for, esses dois fenômenos de extensão *ultra partes*, verificados cada qual num determinado momento do processo, são portadores de inegáveis incertezas que reclamam equacionamento e solução em harmonia com os cânones do contraditório, do tratamento paritário das partes e da máxima eficiência processual (*processo de resultados*).

Deixando de aderir integralmente à conhecida tese propugnada por Liebman, por motivos que serão oportunamente explicitados, entendo que a extensão *ultra partes* dos efeitos da sentença ocorre toda vez que houver, entre a causa decidida e a relação jurídica que envolve o terceiro, um nexo de prejudicialidade-dependência. Em tais hipóteses, o terceiro prejudicado,

⁽¹⁰⁾ *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, n. 30, p. 67 ss., e 117 ss. V., em senso análogo, Barbosa Moreira, *Litisconsórcio unitário*, n. 84, p. 144: "... a extensão do vínculo da coisa julgada a terceiros é medida de consequências cuja gravidade seria inútil querer dissimular. Apresenta inconvenientes de tal monta, que só se podem razoavelmente admitir em não havendo possibilidade de outra solução". A excepcionalidade da extensão da coisa julgada material a terceiros é, também, enfatizada por Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, 3, 2ª ed., n. 965, p. 323; *Litisconsórcio*, 7ª ed., n. 64.3, p. 271.

É oportuno lembrar que a coisa julgada material não se confunde com a coisa julgada formal, que decorre do trânsito em julgado da sentença ou do acórdão de extinção do processo sem julgamento de mérito ou que examina o mérito, pondo ou não fim ao processo. Enquanto a coisa julgada formal opera apenas no âmbito do processo no qual a decisão é proferida, a coisa julgada material projeta-se externamente, dada a imutabilidade do conteúdo do provimento judicial.

para afastar a consequência jurídica da sentença, mesmo antes do respectivo trânsito em julgado, poderá valer-se dos meios processuais colocados à sua disposição pela legislação em vigor.

Já em outras situações, tendo-se em vista a posição jurídica do terceiro ou a natureza do direito material em jogo, é a própria imutabilidade do comando da sentença que acaba atingindo aquele que ficou ausente do processo. Nesses casos, havendo prejuízo jurídico ao terceiro, o julgado, conquanto lhe interesse, não lhe será oponível. Trazendo-lhe benefício, ainda que não tenha participado do contraditório, seja como autor, seja como réu, poderá até deixar de valer-se da posição de vantagem que lhe foi propiciada pela sentença; contudo, o que não será possível fazer é opor-se ao julgado, porque, a toda evidência, é ele carecedor de interesse processual para insurgir-se contra a coisa julgada.

Assinale-se que a estrutura da tese ora apresentada compreende a sistematização de oito capítulos: no primeiro, dedicado às considerações preambulares, depois da delimitação do objeto do estudo, reputei oportuno relembrar o conceito processual de parte e posicionar as partes e os terceiros ante a eficácia da sentença e a extensão da coisa julgada material; no segundo, é feita uma análise, tanto quanto possível minuciosa, da construção dogmática dos limites subjetivos da coisa julgada, com destaque para a atualidade da famosa *lex Saepe*, de época romano-clássica, e com exame das sucessivas teorias sobre o tema: no terceiro, o fenômeno da eficácia da sentença e da extensão da coisa julgada *ultra partes* é enfocado pelo prisma das garantias constitucionais do processo, merecendo ainda atenção a eficácia da sentença arbitral e alguns institutos da experiência jurídica do *common law*; no quarto e no quinto, que são os capítulos centrais do trabalho, firme na distinção entre os efeitos produzidos pela sentença e a autoridade da coisa julgada, são exa-

minadas, respectivamente, as hipóteses concretas de eficácia *ultra partes* da sentença e aquelas, substancialmente heterogêneas, de extensão da coisa julgada a terceiros; no sexto, a problemática dos limites subjetivos passa a ser investigada pela perspectiva da tutela coletiva, à luz da legislação específica e inclusive daquela projetada; no sétimo, é destacado o controle de constitucionalidade das leis, em especial, pelo Poder Judiciário, com a análise da eficácia vinculante e da extensão *erga omnes* da coisa julgada, que decorrem dos respectivos provimentos judiciais nessa matéria; e, finalmente, o derradeiro capítulo, à guisa de encerramento da pesquisa, contém as considerações conclusivas atinentes aos resultados que foram atingidos acerca da temática desenvolvida.

3. Conceito processual de parte

O estudo dos limites subjetivos da coisa julgada no âmbito do processo civil assume real importância, tanto mais quanto se tenha na devida conta que uma de suas mais significativas características é a de ser um processo de partes. Sintetizando, a esse respeito, o entendimento dominante na moderna doutrina processual, precisa José Frederico Marques¹¹ que, em virtude de o processo constituir, em seu desenho estrutural, um *actus trium personarum*, o juiz, o autor e o réu apresentam-se como os principais protagonistas da relação processual, por encarnarem, pelo ângulo subjetivo, individualizando-as de forma devida, a jurisdição, a ação e a defesa.

Daí, a necessidade de, num primeiro momento, estabelecer o conceito de parte, para, em seguida, determinar o de terceiro e a sua respectiva sujeição à eficácia da sentença e, excepcionalmente, à coisa julgada.

⁽¹¹⁾ *Manual de direito processual civil*, v. 1, n. 152, p. 172.

Como bem ressalta Chiovenda, a formulação do conceito de parte não se restringe a simples questão de ordem teórica, mas se presta, fundamentalmente, à solução de sérios problemas de natureza prática.¹² De fato, para o fim de dirimir questões atinentes ao impedimento e à suspeição do juiz, ao litisconsórcio e à intervenção de terceiros, à litispendência e aos limites subjetivos da coisa julgada, delineia-se necessária a elaboração de um conceito de parte abstraído de qualquer liame com a situação de direito material.

Tornou-se famosa a definição de Chiovenda, que é centrada no aspecto formal: *parte é aquele que demanda, aquele em cujo nome se demanda e aquele em face de quem se demanda a atuação da vontade concreta da lei*. Ressalte-se, porém, que tal proposição encontra-se imbricada, de forma até excessiva, à demanda pendente e ao objeto do processo, “pecando ainda pela falta de associação ao princípio do contraditório”.¹³

A noção de “parte” admite variantes de conformidade com a perspectiva adotada, apresentando-se, pois, como um conceito polissêmico.

Garbagnati propõe um desdobramento do conceito de parte em três categorias. Partes são: a) os sujeitos dos atos processuais; b) os sujeitos destinatários dos efeitos jurídicos puramente processuais; e c) os titulares da relação jurídica litigiosa, sujeitos, portanto, dos efeitos da sentença.¹⁴

⁽¹²⁾ *Instituições de direito processual civil*, v. 2, 2ª ed., tr. port. J. Guimarães Menegale, p. 233.

⁽¹³⁾ *Principii di diritto processuale civile*, § 34, p. 579. A crítica é de Dinamarco, *Intervenção de terceiros*, 2ª ed., n. 3, p. 17. Cf. também, em senso assemelhado, Athos Carneiro, *Intervenção de terceiros*, 12ª ed., n. 1, p. 4.

⁽¹⁴⁾ Garbagnati, *La sostituzione processuale nel nuovo Codice di Procedura Civile*, p. 245-247.

Mais recentemente, Proto Pisani, baseando-se nas aceções utilizadas pelo legislador, aceita essa tripartição e preleciona que partes são: a) os sujeitos dos atos processuais; b) os sujeitos dos efeitos do processo; e c) os sujeitos dos efeitos da sentença.¹⁵

Note-se que o significado desse derradeiro campo semântico do conceito de parte – titulares da relação jurídica deduzida em juízo, sujeitos dos efeitos da sentença – engloba, tout court, sem qualquer distinção, todas aquelas pessoas que, embora ausentes do processo, sofrem a eficácia da sentença. Há, nesse enfoque, uma visível aproximação entre a concepção de partes, em sentido processual, com a dos denominados *legitimi contradictores*, vale dizer, das *partes legítimas*. Propicia ele, ainda, desnecessária confusão entre os conceitos de parte e de terceiro...

Ao destacar a *lide* como pólo metodológico central de sua exposição, Carnelutti assevera: “exatamente porque o conflito de interesses relevante para o direito tem dois sujeitos, cada um destes recebe o nome de parte... A noção de parte, que é própria do conflito juridicamente relevante, é comum tanto ao direito processual quanto ao direito material e assim ingressa na teoria geral do direito: certamente fala-se de parte também em relação ao contrato”.¹⁶

Mas é importante advertir, sobretudo para o contexto do presente estudo, que o conceito de parte não pode ser aferido nos domínios da relação jurídica de direito material.

⁽¹⁵⁾ *Parte (dir. proc. civ.)*, Enciclopedia del diritto, 31, 1981, p. 921; *Lezioni di diritto processuale civile*, n. 3.1, p. 331.

⁽¹⁶⁾ *Sistema del diritto processuale civile*, 1, n. 119, p. 342-343. Cf., ainda, Carnelutti, *Diritto e processo*, n. 53, p. 92: “... considerando que a posição passiva das partes relaciona-se com a *lide*, enquanto a posição ativa diz com o processo, vem formulada a distinção entre partes em *senso material ou substancial* e partes em *senso formal ou processual*”.

De modo claro e preciso, Liebman escreve que “as partes são os sujeitos contrapostos na dialética do processo instaurado perante o juiz”. E, por lógica exclusão, arremata: “*tutti coloro che non sono parti sono, rispetto a quel processo, terzi*”. A própria essência do contraditório – explica Fazzalari – exige que do processo participem ao menos dois sujeitos, um interessado e um contra-interessado: em relação a um deles, o provimento final é destinado a produzir efeitos favoráveis, e, no tocante ao outro, efeitos prejudiciais.¹⁷

É de Liebman a afirmação no sentido de que a imutabilidade dos efeitos da sentença vale “apenas entre as partes”.¹⁸ Observe que já na vigência do atual Código Civil italiano e, portanto, do respectivo art. 2.909, que alude a *partes* como destinatárias da coisa julgada (“*L'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti...*”), Liebman reitera o mesmo ponto de vista, ao destacar que os sujeitos que ficam adstritos à coisa julgada, são as “*parti del processo*”, no qual a sentença foi proferida, e não da relação jurídica substancial.¹⁹

Além do autor e do réu, também adquirem a “qualidade” de parte (*eadem condicio personarum* – D. 44.2.12) todos aqueles que forem citados, substituindo a parte originária (sucessor), ou que intervenham, defendendo direito próprio (opoente), ou em auxílio da parte, figurando como titular das diversas posições ativas ou passivas inseridas na dinâmica da relação jurídica.

⁽¹⁷⁾ Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, 1, 6ª ed., n. 41, p. 85; Fazzalari, *Istituzioni di diritto processuale*, 4ª ed., § 6, p. 81.

⁽¹⁸⁾ *Efficacia ed autorità della sentenza*, rist., n. 25, p. 56 (= *Eficácia e autoridade da sentença*, 2ª ed., n. 25, p. 80).

⁽¹⁹⁾ *Giudicato – diritto processuale civile*, Enciclopedia giuridica treccani, v. 15, 1989, n. 7.1, p. 14. V., na versão inglesa, Liebman, *The Notion of Res Judicata*, Italian Yearbook of Civil Procedure, n. 2, p. 236.

ca processual (interveniente litisconsorcial), ou ainda por provocação de uma das partes originárias (denunciado, chamado ou nomeado). Também passa a ser parte aquele que sofre os efeitos da desconsideração incidental da personalidade jurídica.²⁰

Como enfatiza Dinamarco, o conceito estritamente processual de parte desponta como o único apto a explicar, nos quadrantes do sistema, “a contraposição parte-terceiro, sem as distorções próprias das inconvenientes ligações com fenômenos de direito substancial ou com o objeto do processo”.²¹

Ressalte-se que tal conceituação, a toda evidência, não merece qualquer reparo na órbita das ações de espectro coletivo.²²

⁽²⁰⁾ Cf. STJ, 3ª Turma, RMS n. 16.274-SP, rel. Nancy Andrighi: “O sócio alcançado pela desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária torna-se parte no processo e assim está legitimado a interpor, perante o Juízo de origem, os recursos tidos por cabíveis, visando a defesa de seus direitos”. Na verdade, na maioria das vezes, o sócio nestas condições, é litisconsorte passivo. V., a propósito, o documentado artigo de Sidnei Agostinho Beneti, *Desconsideração da sociedade e legitimidade ad causam: esboço de sistematização*, Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins (obra coletiva), p. 1.005 ss.

⁽²¹⁾ *Intervenção de terceiros*, n. 3, p. 17. V., em sentido análogo, Lopes da Costa, ao esclarecer que a relação crígida no processo tem um conteúdo puramente processual e, assim, sob tal aspecto, “indiferente é que ela se forme entre os verdadeiros ou os pretensos titulares do direito trazido à lide. Autor e réu podem não ser os ‘sujeitos do direito’, mas se apresentam como os da ação; surgem, pois, como os ‘senhores do processo’” (*Da intervenção de terceiros no processo*, n. 1, p. 11); Arruda Alvim, *Manual de direito processual civil*, v. 2, 6ª ed., n. 4, p. 23: “O conceito de parte é eminentemente processual...”.

⁽²²⁾ Não obstante, registro que segmento considerável da doutrina estrangeira e nacional, em busca de um conceito de parte na esfera do processo coletivo, acaba se norteando pela posição dos interessados no plano do direito material. V., e. g., Monteleone, ao examinar o regime das *class actions* do sistema norte-americano, afirma que a decisão pro-

of Em suma: a identificação de parte em senso substancial, como sujeito da lide, é de todo espúria ao sistema de direito processual civil. A denominada parte em sentido substancial, quando não guarda coincidência com a parte que atua no processo, é apenas um terceiro.²³

ferida nas demandas coletivas não é emitida apenas perante duas partes, e que vai influir na posição jurídica de outros sujeitos, titulares da relação de direito material, ausentes do processo, mas, ao contrário, é proferida em relação à categoria de pessoas, todas representadas perante o juiz por aqueles legitimados, que tomaram a iniciativa da ação. No processo, ademais, vem rigorosamente assegurado o direito de defesa de todos, impondo-se, num juízo essencial e preliminar de admissibilidade da ação, o controle da adequada representação (*I limiti soggettivi del giudicato civile*, n. 16, p. 178). Na doutrina pátria, Nilton Luiz de Freitas Bazilioni (*A coisa julgada nas ações coletivas*, n. 2.17, p. 83) escreve: “tecnicamente não existem terceiros nas ações coletivas, posto que todas as pessoas estarão adequadamente representadas nos respectivos processos. Se terceiro é aquele que não participou da relação processual ou não fez parte da relação de direito material, segue-se que nas ações coletivas, de uma forma ou de outra, todos os interessados estarão ‘participando’”. Ao ver de Mancuso (*Jurisdição coletiva e coisa julgada*, tese, n. VIII, p. 359): “A própria nomenclatura *terceiro* é questionável no plano coletivo, porque, se é inviável a presença efetiva dos sujeitos concernentes ao interesse judicializado e se esses sujeitos estão *adequadamente representados* no processo por um autor credenciado *ope legis*, então a rigor não se pode tê-los como *terceiros*, porque, de duas uma: ou bem os sujeitos concernem ao conflito judicializado, e nesse caso eles tecnicamente participam do processo coletivo através do autor idcológico; ou bem eles são estranhos ao *thema decidendum*, e então, enquanto *terceiros indiferentes*, não se lhes toca o trâmite da ação coletiva, inclusive a coisa julgada que aí se venha formar”.

⁽²³⁾ Cf. Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, 1, 6ª ed., n. 41, p. 86, que aduz: “A determinação do conceito de parte não tem qualquer imbricação com o problema da legitimação para agir; esse problema consiste na identificação das *partes justas*, ou *legítimos contraditores*, em relação a um determinado objeto; são, pelo contrário, partes no processo aqueles que de fato são os sujeitos, com todas as con-

4. Partes e terceiros ante a eficácia da sentença e a extensão da coisa julgada material

A ordem descortina-se essencial tanto à vida individual como ao convívio no seio da coletividade. Toda sociedade, independentemente de seu grau de evolução, pressupõe mínima organização, sem a qual de modo algum poderia subsistir. Conhecida é, a propósito, a exortação de Goethe, no sentido de que é preferível alguma injustiça à desordem, numa significativa demonstração de que ao seu sagaz espírito não passou despercebido que a existência normal do ser humano impõe uma estabilidade que só a ordem permite proporcionar. Essa exigência de ordem, que traz implícita a noção de segurança, indispensável a qualquer modalidade de convivência, é de tal sorte profunda, que, ao longo do tempo, irrompe espontânea e natural.²⁴

Com o desenvolvimento da sociedade, uma das principais funções das instituições públicas é a de construir estruturas de ordem e estabilidade para reger as relações entre os membros da comunidade. Cabe, assim, às normas jurídicas acrescentar a essa estabilidade ordenadora das instituições sociais uma segurança específica e própria, à qual se costuma denominar de segurança jurídica.

Como bem destaca Arthur Kaufmann, na esteira, aliás, de secular concepção, um elemento indispensável da segurança jurídica é a força da coisa julgada das sentenças judiciais, significando que um provimento judicial que adquire tal *status* não mais pode ser impugnado pelos instrumentos jurídicos ordiná-

seqüências que daí resultam, e independentemente da circunstância de que sejam ou não, no tocante à ação proposta, também as partes legítimas”.

⁽²⁴⁾ Cf. Theophilo Cavalcanti Filho, *O problema da segurança no direito*, p. 7-8.

rios. “O processo se encontra terminado: *Roma locuta, causa finita*”.²⁵

Com efeito, há certos institutos jurídicos que são predominantemente informados pela exigência de segurança e de certeza do direito. É o que se verifica, *e. g.*, no atinente à norma que fixa a maioria (e a capacidade para o exercício de direitos); àquelas regras que estabelecem prazos de prescrição e de decadência; que exigem determinadas formalidades para a validade ou para a prova de certos atos jurídicos; que procuram proteger a confiança ou a fé pública. Igualmente, um instituto como o da coisa julgada (insusceptibilidade de recurso contra as decisões judiciais transitadas em julgado) visa essencialmente pôr um ponto final nos litígios. É famoso, a propósito, o brocardo *interest rei publicae ut sit litium finis...*

A imutabilidade que passa a exornar o conteúdo decisório da sentença de mérito transitada em julgado, como expressivo e peculiar fenômeno do processo de conhecimento, tem por escopo, como é curial, de um lado, obstar à eternização dos litígios e, de outro, garantir a paz social, prestigiando a segurança jurídica, ainda que em detrimento da própria justiça.²⁶

⁽²⁵⁾ *Filosofia del derecho*, tr. cast. Luis Villar Borda e Ana Maria Montoya, da 2ª ed. alemã de 1997, p. 349.

⁽²⁶⁾ J. Baptista Machado, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, p. 57. No final dos anos 90, contudo, o dogma da coisa julgada passou a ser reapreciado por alguns juristas brasileiros, à luz de um valor ínsito à tutela jurisdicional, qual seja, o da justiça das decisões. A doutrina e a jurisprudência começaram então – como destacou Dinamarco – a despertar para a necessidade de revisar a garantia constitucional e o instituto técnico-processual da coisa julgada, na crença de que “não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas” (*Relativizar a coisa julgada material*, Revista da Escola Paulista da Magistratura, 2, 2001, p. 13 ss.; Revista de Processo, n. 109, 2003, p. 22 ss; Nova era do processo civil, n. 113, p. 227). Essa posi-

Por essa razão é que, no âmbito do processo de conhecimento, para a formação da coisa julgada material – na pontual observação de Donald Armelin –, impõe-se cognição plena e exauriente, não exigida em outras espécies de processo, possibilitando ao órgão jurisdicional a oportunidade de aprofundar-se no exame dos fatos e do direito, de modo que a imutabilidade outorgada pelo sistema jurídico à sentença possa produzir uma decisão que também preserve a justiça, evitando, tanto quanto possível, as conseqüências deletérias para as partes e para as próprias instituições, da deplorável situação na qual ocorra a dissociação desses valores fundamentais para a sociedade como são a justiça e a segurança jurídica.²⁷

É certo que a coisa julgada não é vetor essencial ao provimento judicial, mas possui indiscutível caráter preventivo, ao impedir que se retorne a discutir determinada matéria já submetida à apreciação do Judiciário.

Procurando destacar que o instituto da coisa julgada imbrica-se com a exigência de certeza nas relações jurídicas, assevera Chiovenda que: “são razões de oportunidade, concernentes à utilidade social, que determinam colocar um fim à cognição judiciária e considerar a sentença como lei irrevogável para o caso concreto”.²⁸

ção não poderia deixar de suscitar ampla polêmica na nossa literatura (cf., por último, Talamini, *Coisa julgada e sua revisão*, especialmente, n. 6.4, p. 392 ss.). Importante orientação jurisprudencial tem *relativizado* a coisa julgada em situações extremadas, envolvendo direitos da personalidade ou fundamentais (investigação de paternidade) ou a moralidade pública (cf., nesse sentido, v. g., STJ, 4ª Turma, *REsp. n. 330.172-RJ*; 1ª Turma, *REsp. n. 240.712-SP*).

⁽²⁷⁾ *Observância à coisa julgada e enriquecimento ilícito – postura ética e jurídica dos magistrados e advogados*, Cadernos do Centro de Estudos Judiciários, p. 297.

⁽²⁸⁾ *Sulla cosa giudicata*, Saggi di diritto processuale civile, v. 2, p. 400.

Quanto aos denominados limites objetivos da coisa julgada, o nosso Código de Processo Civil, rompendo com a sistemática anterior, praticamente colocou fim aos problemas decorrentes da exegese do par. único do art. 287 da revogada legislação. Estabelecendo que o pronunciamento judicial não extravasa os limites da lide (art. 468), cuja configuração vai se encontrar na resposta ao pedido formulado pelo autor (regra da congruência – art. 128), o estatuto processual civil acolheu a doutrina restritiva, pela qual a autoridade da coisa julgada restringe-se ao dispositivo da sentença, não abrangendo as questões prejudiciais e tampouco os motivos que serviram de alicerce à decisão (art. 469).

Ademais, por força de imperativos de natureza técnica e política, no que toca aos limites subjetivos, a sentença e a coisa julgada devem projetar eficácia apenas entre as partes.

Todo aquele que não atua no processo na condição de sujeito parcial (*parte*) é considerado *terceiro*. Não integrando o contraditório, não é titular dos poderes, faculdades, ônus, deveres e sujeição próprios das partes. Ora, por não terem participado dos atos que precedem e preparam o julgamento final, os terceiros não podem sofrer os efeitos da sentença de mérito e muito menos se vincularem à coisa julgada material.

A tradicional regra da limitação subjetiva da coisa julgada vem consagrada, na legislação brasileira, na 1ª 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”.

Ocorre que a interdependência das relações negociais e a complexidade do comércio jurídico acabam rompendo as fronteiras do denominado *princípio da relatividade da coisa julgada*²⁹ e,

⁽²⁹⁾ A atual doutrina processual francesa, inspirando-se no *princípio da relatividade do contrato*, continua empregando essa terminologia para designar a regra de que a coisa julgada material vale apenas *inter par-*

com isso, torna-se inexorável a projeção, ainda que por via reflexa, dos efeitos da decisão e, às vezes, em caráter excepcional, da própria expansão da autoridade da coisa julgada a terceiros.

tes: v., a propósito, por último, Christophe Lefort, *Procédure civile*, n. 577, p. 312. Cf., ainda, Jacques Héron, *Droit judiciaire privé*, n. 292, p. 214; Roger Perrot, *La cosa giudicata: recenti sviluppi nel diritto francese*, *Rivista di diritto processuale*, 1982, n. 5, p. 5: "... A relatividade da coisa julgada, inserida no art. 1.351 do Código Civil francês, constitui um princípio de direito natural. Salvo casos excepcionais, como poderia um terceiro estar vinculado a uma sentença de cuja elaboração não participou? Por esse ponto de vista, a relatividade da coisa julgada é corolário necessário do princípio do contraditório".

Note-se que Rudolf von Ihering, em ensaio que se tornou famoso e que, mais adiante, será objeto de análise (*Des effets réflexes ou de la réaction exercée sur les tiers par les faits juridiques*, *Études complémentaires de l'esprit du droit romain*, 5-9, p. 239 ss.), demonstrou que, no plano do direito material, muitos atos e negócios jurídicos acabam projetando eficácia reflexa na esfera de direitos de terceiros. Em época moderna, provém da experiência do *common law* os subsídios que evidenciam a interdependência das relações jurídicas e suas respectivas implicações. O conhecido precedente da jurisprudência norte-americana *Mac Pherson v. Buick Motor Co.* [1916] é considerado o *leading case* em matéria de responsabilidade aquiliana, no qual se anteviu a falácia da relatividade dos efeitos contratuais (*privity of contract fallacy*), e que, depois, foi aos poucos sendo aplicado a um sem-número de situações análogas, em que a vítima experimentou danos materiais (consulte-se, sobre esse instigante assunto, Patrick S. Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract*, 5ª ed., p. 374-376).

V., na moderna doutrina francesa, R. Wintgen, *Étude critique de l'opposabilité: les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, p. 22 ss. Philippe Delmas Saint-Hilaire, *Le tiers à l'acte juridique*, p. 3 ss. Examinando a temática à luz do atual Código Civil brasileiro, Teresa Negreiros (*Teoria dos contratos – novos paradigmas*, n. 4.2, p. 229 ss.) aponta duas ordens de problemas, cuja solução se reporta à aplicação do princípio da relatividade do contrato: "(i) a posição do terceiro vítima de um dano consecutivo ao inadimplemento de uma obrigação (obrigação esta originária de um contrato do qual este terceiro não participa); e, inversamente, (ii) a posição da parte credora em relação ao terceiro que contribuiu para o inadimplemento da obrigação assumida pelo co-contratante devedor".

Apesar de raro, nada há de inusitado nesse fenômeno, até porque o nosso Código de Processo Civil fornece reiterados indícios de sua ocorrência no plano da dinâmica processual. O Código traz um capítulo sobre a intervenção de *terceiros* (arts. 56 a 80); atribui legitimidade ao *terceiro* juridicamente interessado para ajuizar ação rescisória (art. 487, II); reconhece ao *terceiro* prejudicado interesse para recorrer (art. 499); institui os embargos de *terceiro* para aquele que, "não sendo parte no processo, sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens" (art. 1.046). A legislação extravagante, no mesmo sentido, oferece outras tantas hipóteses de extensão *ultra partes* dos efeitos da sentença e da coisa julgada.

No último estudo que escreveu sobre esse tema, pondera Liebman que a limitação da coisa julgada às partes foi considerada, ao longo dos tempos, ora mais, ora menos rigorosa, segundo a concepção que prevalecia, num determinado momento histórico, sobre os direitos individuais ou sobre a exigência de coerência lógica das decisões judiciais. Nos dias de hoje, contudo, é possível acreditar, por inúmeros motivos, que as normas jurídicas estejam mais sensíveis à solidariedade social, que torna cada um de nós responsável pelos seus próprios atos em relação aos outros membros da sociedade, ressaltando sempre que todos podem defender os seus próprios direitos, como garantido expressamente pelos textos constitucionais modernos.³⁰

Realmente, nos quadrantes de uma ciência processual dominada por regramentos éticos e políticos, de tendência marcadamente democrática, repugna a idéia de que um sujeito de direitos, sem que se lhe seja assegurado "o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes", para que pos-

³⁰⁾ *Giudicato – diritto processuale civile*, Enciclopedia giuridica treccani, v. 15, 1989, n. 7.1, p. 14.

sa, na condição de parte, apresentar as suas próprias razões, venha a ser privado de seus bens por força de decisão judicial transitada em julgado. Quando nada, haveria inarredável afronta à letra dos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal.

No efetivo equilíbrio dos pressupostos e exigências que regem a delimitação subjetiva da eficácia da sentença e da extensão da coisa julgada, parece-me que se encontra a chave para a solução da problemática que dela decorre, em perfeita sintonia com o ideário dos tempos-atuais.

Capítulo II

CONSTRUÇÃO DOGMÁTICA DOS LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA

Sumário: 5. Atualidade da *lex Saepe* sob a perspectiva histórica. 6. Perfil evolutivo da doutrina moderna. 6.1. *Valor absoluto da coisa julgada*. 6.2. *Teoria da representação* (Savigny). 6.3. *Eficácia reflexa dos atos jurídicos* (Ihering). 6.4. *Eficácia reflexa da coisa julgada a terceiros* (Wach, Mendelssohn Bartholdy e Chiovenda). 6.5. *Terceiros juridicamente indiferentes e terceiros juridicamente interessados* (Betti e Carnelutti). 6.6. *Teoria da eficácia reflexa* (Allorio). 6.7. *Teoria da eficácia natural* (Liebman). 6.8. *Teorias ecléticas* (Pugliese e Carpi). 6.9. *Posicionamentos restritivos* (Montelcone e Vocino). 7. Síntese conclusiva da evolução doutrinária.

5. Atualidade da *lex Saepe* sob a perspectiva histórica

A pesquisa pelo prisma histórico acerca dos limites subjetivos da coisa julgada, como demonstrado no minucioso levantamento feito por Betti³¹, delineia-se extremamente atual, uma vez que a maioria das questões enfrentadas pelos juristas romanos é, de um modo geral, praticamente a mesma que desafia os estudiosos de época contemporânea.

³¹⁾ Refiro-me naturalmente à obra já citada, *D. 42.1.63 – Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*. Em complemento, para o estudo histórico, também importante é a contribuição de Enrico Redenti, *Pluralità di parte nel processo civile (diritto romano)*, Archivio giuridico Filippo Serafini, v. 78, 1907, p. 3 ss.

Importa ressaltar que a harmonia das decisões judiciais e a posição dos terceiros em relação a uma sentença, proferida *inter alios*, constituem problemas que sempre foram objeto de grande preocupação na história da coisa julgada civil.

Com efeito, na experiência jurídica romana, as fontes revelam que a jurisprudência clássica, visando a inibir o ajuizamento de nova ação com idêntico objeto, passou a elaborar uma série de critérios pelos quais se aferia a reprodução de uma demanda já finda (*eadem res*). Tais critérios são conhecidos por meio de inúmeros preciosos fragmentos que foram conservados, especialmente, no livro 44 do Digesto.

Como esclarece Giovanni Pugliese, a noção de *eadem res* “já havia possivelmente sido esboçada no processo *per legis actiones*, em relação à proibição de *rem actam agere*; todavia, ganhando expressão o processo *per formulas*, vem ela delimitada e aprofundada com específica referência à *litis contestatio* e ao seu primordial efeito”.³²

O jurisconsulto Juliano procurava acentuar na identidade das pessoas – *eadem personae* – e da relação jurídica – *eadem questio* – a possibilidade de o réu opor, numa subsequente ação, a *exceptio rei iudicatae* (D. 44.2.3, Ulpiano, l. 15 ad edictum: “Responde Juliano... que a exceção de coisa julgada sempre obsta a que entre as mesmas pessoas a mesma questão seja renovada”).

Foi, na verdade, Neracio quem traçou com rigorosa precisão a indicação dos três elementos componentes da demanda, e que deviam ser considerados para a identificação da *res in iudicium deducta*: D. 44.2.27, l. 7 *membranarum*: “quando se investiga se há *eadem res*, deve ser considerado o seguinte:

³²⁾ Pugliese, *Giudicato civile (storia)*, Enciclopedia del diritto, 18, 1968, n. 6, p. 738.

personae, id ipsum de quo agitur [o mesmo pelo qual se age], *causa proxima actionis...*”.

Examinando essa opinião, Paulo aduzia que, para se saber se é possível opor a *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deducta*, fazia-se necessário verificar a existência de *idem corpus, eadem causa petendi* e *eadem condicio personarum*.³³

Assim, como expõe Pugliese, para Paulo, diferentemente do ponto de vista manifestado por Neracio, não se impunha a identidade de pessoas, mas, apenas, a “mesma condição”: “realmente, poderia haver *eadem res*, mesmo se os sujeitos fossem fisicamente diversos, embora em idêntica posição jurídica, como, por exemplo, o interessado direto e aquele que era legitimado a *rem in iudicium deducere* por conta própria (*cognitor, defensor, actor municipum* etc.), vários credores ou vários devedores *in solidum*; condôminos de um imóvel, réus em uma demanda na qual deduzido o direito de servidão, enquanto pretensão indivisível objeto de ação *in solidum*; ainda, o alienante e o adquirente”.

Poderia, pelo contrário – continua Pugliese –, existir a *eadem res*, ainda que os sujeitos fossem fisicamente os mesmos, quando, no segundo processo, uma das partes participasse em situação jurídica diversa, como, e. g., na qualidade de representante ou sucessor de outro sujeito.³⁴

Se porventura fosse ajuizada a mesma ação entre as mesmas partes, o réu poderia valer-se da exceção de coisa julgada. Era essa a doutrina de Juliano, invocada por Ulpiano: “*exceptio*

³³⁾ D. 44.2.12 e 14, l. 70 ad edictum.

³⁴⁾ *Giudicato civile (storia)*, n. 6, p. 738. Cf., ainda, Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, 2ª ed., n. 2.6, p. 39-40; Cruz e Tucci e Azevedo, *Lições de história do processo civil romano*, n. 7, p. 105-106.

tionem rei iudicatae obstare, quotiens eadem quaestio inter easdem personas revocatur".³⁵

As fontes clássicas ainda comprovam que os juristas tinham consciência de que a sentença que colocava termo ao processo, gerando imediata *res iudicata*, somente deveria produzir efeitos *inter partes*.

Realmente, num famosíssimo fragmento do Digesto, Macro inicia o texto com um princípio de direito que já era conhecido: "*Saepe constitutum est, res inter alios iudicatas aliis non praeiudicare*" (D. 42.1.63).³⁶ Com formulação idêntica ou assemelhada, o mesmo postulado encontra-se em muitos outros passos da mesma época: "*Quum res inter alios iudicatae nullum aliis praeiudicium faciant*" (D. 44.2.1)³⁷; "... *nec inter alios res iudicata alii prodesse, aut nocere solet*" (D. 20.4.16)³⁸; "*Modestinus respondit, res inter alios iudicata aliis non obest*" (D. 44.1.10)³⁹; "... *non potuisse inter alios iudicando alterius ius mutare*" (D. 33.2.31).⁴⁰

E, ainda, a demonstrar que tal regra, com o passar do tempo, tornara-se sedimentada, uma constituição dos imperadores

³⁵ Ulpiano, D. 44.2.3 (*l. 15 ad edictum*): "A exceção de coisa julgada sempre obsta a que entre as mesmas pessoas a mesma questão seja renovada". V., a propósito desse texto, Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, tr. it. Vittorio Scialoja, v. 6, § 301, p. 498 ss.

³⁶ Macro (*l. 2 de appellationibus*): "Muitas vezes se determinou que a coisa julgada em relação a uns não prejudica a outros".

³⁷ Ulpiano (*l. 2 ad edictum*): "Como as coisas julgadas entre uns não causam prejuízo a outros...".

³⁸ Paulo (*l. 3 quaestionum*): "... a coisa julgada entre uns não costuma aproveitar nem prejudicar a outrem".

³⁹ Modestino (*l. 12 responsorum*): "Modestino respondeu que a coisa julgada entre uns não prejudica a outros".

⁴⁰ Labeão (*l. 2 posteriorum a Iavoleno epitomarum*): "... não é possível, julgando entre outros, mudar o direito de terceiro".

Diocleciano e Maximiniano, do ano 289, determinou: "*Iuris manifestissimi est..., his, qui congressi in iudicio non sunt, officere non posse...*".⁴¹

Para Betti, a concepção romana sobre a delimitação subjetiva da coisa julgada é bem clara: a sentença proferida *inter partes* é juridicamente irrelevante em relação aos terceiros estranhos ao processo. A sentença gera, assim, entre as partes aquela eficácia própria e vinculante que é denominada *res iudicata*; eficácia que, segundo as fontes romanas, tornava certo e indiscutível em qualquer processo futuro contra o mesmo adversário a relação jurídica que foi objeto de contestação e de decisão.

Todavia, esclarece Betti, ao escrever "*aliis non praeiudicare*" – e que pode ser traduzido por "irrelevância jurídica aos terceiros" –, o jurista Macro, na verdade, procurou destacar que os terceiros não se sujeitam à coisa julgada. Mas, nada leva a concluir que a sentença proferida *inter alios* não possa, de qualquer modo, projetar alguma espécie de eficácia ou mesmo interferir no direito alheio.⁴²

É evidente que na sociedade romana do alto império, mais desenvolvida sob inúmeros aspectos, era sem dúvida plausível

⁴¹ C. 7.56.3: "É de evidentíssimo direito..., que não se pode prejudicar aqueles que não estiveram reunidos no processo".

⁴² *Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, § 2º, p. 9; § 5º, p. 22-23. Betti bem apontou que, apesar de a maioria dos textos romanos atinentes à coisa julgada *inter partes* referir ao prejuízo (*lato oneroso*) que não poderia ser causado ao terceiro, a regra possuía o mesmo valor para a hipótese inversa, vale dizer, quando a *res iudicata* beneficiava terceiro. E isso, porque, "dada a incindibilidade dos efeitos jurídicos de um mesmo fato, negar, em relação a uma determinada pessoa, os efeitos prejudiciais de um fato jurídico, significa afirmar a total irrelevância jurídica desse fato em relação àquela pessoa considerada. Uma coisa julgada claudicante, *secundum eventum litis*, é um conceito absurdo" (§ 2º, p. 10-11).

que, diante da realidade da vida, as relações jurídicas não se apresentassem isoladas, mas, sim conexas e interdependentes. Por exemplo: se Tício, depois de haver cedido a Caio um crédito que tinha contra Semprônio, transige com este sobre o crédito cedido, é claro que a transação efetivada entre Tício e Semprônio não poderia produzir, entre Caio e Semprônio, aquele vínculo jurídico que é efeito característico da transação. Igualmente, não seria exato dizer que, para o cessionário do crédito, a transação entre o cedente e o devedor seja um fato juridicamente indiferente, uma vez que, se o devedor ao ensejo da transação ignorava a cessão, poderá, em face do cessionário que procurasse receber a dívida, excepcionar como fato liberatório em relação a ele a transação feita de boa-fé com o cedente.

Daí por que Betti observa que, na seara do processo, idêntico fenômeno também é passível de ocorrer, ou seja, a sentença proferida em demanda pendente *inter alios* poderá ter, para o terceiro estranho do processo, uma relevância de natureza prejudicial pertinente à relação jurídica da qual seja ele titular.⁴³

Realmente, a continuação do citado passo de Macro (D. 42.1.63) mostra, com clareza, a ciência que a jurisprudência clássica tinha dessa efetiva possibilidade. Constata-se, com efeito, que Macro, partindo do princípio *res inter alios iudicatas aliis non praeiudicare*, ressaltava que este nem sempre podia ser observado, havendo necessidade de distinguir entre os terceiros que, mesmo conhecendo o processo pendente entre outros sujeitos, não sofriam qualquer prejuízo, e aqueles que, pelo contrário, a despeito de tomarem conhecimento do processo, eram prejudicados.

⁽⁴³⁾ *Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, § 5º, p. 23-24.

Na primeira situação encontravam-se: a) o herdeiro do devedor, o qual, apesar de saber que o credor havia agido contra um outro herdeiro, não estava adstrito à sentença a este desfavorável; b) o condômino ou co-herdeiro que não sofria quaisquer conseqüências jurídicas pela derrota de outro condômino ou co-herdeiro; e c) aquele que reivindicasse um fundo da mesma pessoa que havia vencido precedente litígio dominial travado com outro sujeito. Já no segundo grupo, isto é, dos terceiros sujeitos à coisa julgada, Macro inseria: a) o credor pignoratício, o marido titular do dote e o comprador possuidor da coisa adquirida, que sofriam os efeitos de uma sentença desfavorável proferida, respectivamente, contra o devedor, o sogro ou a mulher e o vendedor, se, sabendo da existência do processo (iniciado por ou contra aqueles), admitissem, implícita ou expressamente, que estavam em juízo (praticamente em seu lugar); e b) aquele que interviesse num processo *inter alios*, relativamente a um seu liberto, e que fosse declarado escravo ou liberto de outro.⁴⁴

O período pós-clássico não acrescentou qualquer contribuição de relevo às teorias concernentes ao instituto da *res iudicata*. No tocante à natureza e extensão da coisa julgada nenhuma nova disposição é encontrada na obra legislativa de Justiniano.

Cumprе frisar, outrossim, que, na experiência do direito germânico-barbárico, não se denotava qualquer preocupação com a eficácia *ultra partes* da coisa julgada. E isso simplesmente porque o grupo social – de âmbito restrito, é verdade –, reunido em assembléia (*Dingmannen*), participava de todos os atos processuais. A sentença, em conseqüência, era proferida publicamente – *coram populo* –, projetava eficácia perante todos os

⁽⁴⁴⁾ Cf. Pugliese, *La "cognitio" e la formazione di principi teorici sull'efficacia del giudicato*, Studi in onore di Biondo Biondi, v. 2, n. 5, p. 20; *Giudicato civile (storia)*, n. 12, p. 750-751.

membros do grupo, sendo praticamente impossível discuti-la em posterior oportunidade.⁴⁵

Mais tarde, o florescimento do direito comum, absorvendo as regras germânicas, iria fomentar a criação de um novo processo, moldado quase que exclusivamente pelo direito romano-canônico.

É fruto do direito medieval a idéia de distinguir a sentença da *res iudicata* pelo critério da impugnabilidade. À época dos glosadores consolidou-se o entendimento de que a expressão *res iudicata* era reservada para designar a sentença não mais sujeita a qualquer recurso.⁴⁶ É expressivo, nesse sentido, o comentário de Bártolo: *res iudicata "est causa quae finem controversie a sententia accipit"*.⁴⁷

Tal como hoje ocorre, o conteúdo decisório da sentença ficava imune a qualquer discussão futura somente quando não mais pudesse ser atacado por via da apelação. No entanto, as fontes do direito comum mostram que, mesmo antes do "trânsito em julgado", a sentença, em situações excepcionais, já poderia produzir efeitos.

No tocante à delimitação subjetiva da coisa julgada, os glosadores e comentadores, consoante assere Pugliese, reconhe-

⁽⁴⁵⁾ Cf. Arthur Engelmann, *The Germanic Procedure, A History of Continental Civil Procedure*, tr. ingl. Robert Wyness Millar, § 51, p. 149; e, no mesmo sentido, Alessandro Lolli, *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo*, n. 1, p. 91.

⁽⁴⁶⁾ V., nesse sentido, Pugliese, *L'héritage romain dans les règles et les notions modernes concernant la chose jugée*, *Le droit romain et sa réception en Europe* (obra coletiva), p. 166-167; *Giudicato civile (storia)*, n. 18, p. 765.

⁽⁴⁷⁾ *Commentaria in primam digesti novi partem, lib. 1 de re iudicata* (D. 42.1.1), Venetiis, 1575.

ceram o mérito das proposições dos juristas romanos.⁴⁸ Na glosa de Acúrsio à *lex Saepe*, é reafirmado o princípio segundo o qual a sentença não prejudica e tampouco beneficia terceiros; e, outrossim, vêm catalogadas, ao lado daquelas enumeradas por Macro, várias outras situações nas quais tal disposição não prevalecia.

Foi na época dos glosadores que a fórmula romana *sententia facit ius* propiciou a configuração do julgado que, além de valer *inter partes*, era oponível *quoad omnes*. Esse conceito era invocado, em regra, às sentenças proferidas nas causas referentes ao *status* da pessoa.⁴⁹

A acatada investigação de Salvioli noticia que foi, igualmente, na glosa de Acúrsio que surgiu, como novidade, o remédio da oposição do terceiro (*tertia persona*) que não teve oportunidade de participar de um determinado processo, cuja decisão lhe trouxera prejuízo.⁵⁰

Reproduzindo um fenômeno que se evidenciou na maioria dos países da Europa Ocidental, verifica-se que o direito da Península Ibérica, após a ocupação dos sarracenos, também sofreria grande influência do *utrumque ius* que, pouco antes, havia sido erigido pelo *studium civile* de Bolonha.

Com efeito, em decorrência do progressivo intercâmbio entre a península e famosos centros de estudo jurídico, já no limiar do século XIII, os legistas hispano-lusitanos – apóstolos da nova ciência – iriam também acompanhar o movimento científico iniciado na Itália. Ademais, dada a precariedade dos di-

⁽⁴⁸⁾ Pugliese, *Giudicato civile (storia)*, n. 19, p. 773-774.

⁽⁴⁹⁾ Cf., ainda, Pugliese, *Giudicato civile (storia)*, n. 19, p. 774.

⁽⁵⁰⁾ *Storia della procedura civile e criminale*, *Storia del diritto italiano*, v. 3, pt. 2, n. 33, p. 611.

reitos populares vigentes nos diversos territórios, ao lado das tendências hegemônicas de Castela sobre os outros reinos ibéricos, resultava de todo natural a adoção do direito romano-canônico, porquanto os seus princípios e fundamentos tinham o condão de alargar as prerrogativas dos monarcas. Daí o inestimável valor alcançado pelo conhecimento e difusão, em solo hispânico, do sistema processual construído à luz da interpretação de textos justinianeus e eclesiásticos, estampados nas *summas* e comentários dos glosadores, pós-glosadores e canonistas, como instrumento de penetração e aplicação prática do *ius commune*.

As *Siete Partidas* (1263), de Afonso X, preceituaram, com todas as letras, sob o título “*Como el juyzo que es dado entre algunos non puede empecer a otri*”, a seguinte regra: “*Guisada cosa es, e derecho, que el juyzio que fuere dado contra alguno no empezca o otro*” (3.22.20.pr.). É interessante acrescentar que sob a égide desse monumento legislativo, o terceiro, de alguma forma prejudicado pela sentença, estava autorizado a interpor recurso: “*Tomar pueden el alçada non tan solamente los que son señores de los pleytos, o sus personeros, quando fuere dado juyzio contra ellos, assi como mostramos, mas aun todos los otros... el daño que vinisse de aquel juyzio*” (3.23.4).

As primeiras leis gerais do reino lusitano também repetiram, quase que literalmente, a então milenar *lex Saepe*, acolhendo aquele princípio de que a coisa julgada não prejudica e nem beneficia terceiros estranhos ao processo. As Ordenações Afonsinas (1446), ao contemplarem a apelação do terceiro prejudicado, dispuseram: “Segundo o Direito Comum a sentença e a coisa julgada aproveite, ou empeça somente aqueles, entre que é dada...”; e, em continuação, “... porque sentença, que entre os ditos litigantes assim seja dada, ou avença e trato, que entre eles seja feito, não pode prejudicar, nem empecer a quaisquer outros

não chamados..., se achado for que, em alguma parte, lhes é prejudicial” (3.85.pr. e 2).

As Ordenações Manoelinas (1521), com insignificantes alterações na redação, reiteraram o preceito afonsino (3.67); e as Filipinas, de 1603, suprimindo a expressão “coisa julgada”, determinaram que: “a sentença não aproveita, nem empece mais que as pessoas, entre que é dada, poderá, porém, dela apelar não somente cada um dos litigantes que se dela sentir agravado, mas ainda qualquer outro a que o feito possa tocar, e lhe da sentença possa vir algum prejuízo” (3.81.pr).

Submisso a um inafastável condicionamento histórico, o direito processual brasileiro de época imperial recebeu influência direta das fontes jurídicas portuguesas. A Consolidação Ribas dispunha, no art. 501, que: “A sentença só prejudicará as partes contra quem for proferida, e não a terceiro; salvo os seguintes casos: § 1º do art. 1.241, §§ 2º e seguintes. § 2º Quando a sentença é proferida sobre o estado da pessoa ou a qualidade da coisa, com legítimo contraditor. § 3º Quando a sentença julga provado um fato, d’onde logicamente se segue a exclusão do direito de terceiro”.

Sem embargo dessa regra não ter sido contemplada nos diplomas legais posteriores, afiança Moniz de Aragão que, em nossa experiência jurídica, jamais deixou ela de ser acatada.⁵¹ Mas, na verdade, não era bem assim. Paula Baptista mostrava que havia inúmeras outras hipóteses, nas quais a coisa julgada formada apenas entre as partes não tinha valor absoluto. O renomado lente da Faculdade do Recife escrevia que, pelo ins-

⁵¹ *Sentença e coisa julgada*, n. 205, p. 288-289. Esse texto de Moniz de Aragão foi também publicado na Revista dos Tribunais, v. 625, 1987, p. 8 ss., sob o título *Observações sobre os limites subjetivos da coisa julgada*.

tituto da representação, o princípio provindo do direito romano não podia ser acatado ao pé da letra, porque “há pessoas que são consideradas como tendo sido representadas por uma das partes litigantes, quando o julgamento lhes é favorável, e, ao contrário, são consideradas como estranhas, quando o julgamento as prejudica: e tais são o fiador a respeito do principal devedor, os co-devedores solidários entre si, os co-devedores ou co-proprietários de uma obrigação ou de um imóvel indivisível, uns a respeito de outros”.⁵²

6. Perfil evolutivo da doutrina moderna

6.1. Valor absoluto da coisa julgada

O princípio da limitação às partes da autoridade da coisa julgada, na era moderna, foi reafirmado em França pela chamada Escola da Exegese. À época da elaboração do *Code Civil*, os legisladores seguiram em extensão considerável as idéias preconizadas por Domat e Pothier, os quais, no que aqui interessa, reconheciam valor absoluto da máxima “*res inter alios iudicatas aliis non praeiudicare*”.

Pothier, de fato, doutrinava que a autoridade da coisa julgada “não tem lugar senão entre as mesmas partes entre as quais a sentença foi dada e não confere direitos a terceiros, nem contra terceiros estranhos”. Afirmava, porém, que se fazia necessária a distinção entre partes e terceiros para que aquele princípio pudesse ser bem compreendido: “o caso reputa-se julgado entre as mesmas partes, não só em relação às pessoas que têm sido partes por si mesmas, mas também no que concerne àquelas que têm sido partes por seus tutores, curadores ou outros legítimos administradores, que têm qualidade para intentar suas ações, ou para as defender”.

⁽⁵²⁾ *Compendio de theoria e pratica do processo civil*, 7ª ed., § 188, p. 180.

Partindo, portanto, de um conceito mais amplo de parte (*parte em sentido material e parte em sentido processual*), Pothier admitia situações nas quais era reconhecida a extensão da coisa julgada a terceiros. Referia-se, então, como exemplos, além dos sucessores a título particular e dos co-titulares de direitos e obrigações indivisíveis, também aos fiadores, na hipótese de sentença favorável ou condenatória do devedor principal, e aos legatários, no caso de sentença proferida contra herdeiro testamentário por nulidade do testamento.⁵³

Foi, sem dúvida, esse ensinamento que inspirou a redação do art. 1.351 do Código Civil de Napoleão: “A autoridade da coisa julgada só tem lugar relativamente ao que constituiu 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*”.

O Código Civil italiano, de 1865, praticamente, reproduziu esse dispositivo (que, por curiosa coincidência, tem o mesmo número: art. 1.351).

6.2. Teoria da representação (Savigny)

Ademais, no transcorrer do século XIX, diante de novas vicissitudes sociais, os tribunais, de um modo geral, não poderiam

⁽⁵³⁾ Cf. Pothier, *Tratado das obrigações pessoais e recíprocas nos pactos, contractos, convenções*, tr. port. José Homem Correa Telles, t. 2, n. 51 ss., p. 331 ss. A propósito, esclarece Pugliese que a doutrina dessa época estava convencida de que, em hipóteses análogas, o sujeito, em face de quem havia sido proferida a sentença, e o sujeito, a quem ou por quem ela era oponível, constituíam a *mesma pessoa*, de modo que o problema da expansão da coisa julgada em relação a terceiros se resumia em saber se aqueles, entre os quais se instaurava a segunda demanda, deviam ou não ser considerados as mesmas pessoas entre as quais a precedente sentença havia sido proferida (*Giudicato civile (storia)*, n. 22, p. 784).

desprezar a tensão existente entre a rigidez da regra de que a coisa julgada valia apenas entre as partes e a discrepante realidade que se apresentava na praxe judiciária. E, assim, nesse contexto propício, surge a denominada teoria da representação (imperfeita), segundo a qual, em alguns casos, a coisa julgada se expandia a terceiros que podiam ser considerados-representados no processo por uma das partes.⁵⁴

Lacoste, que dedicou preciosa monografia sobre o tema da coisa julgada, ao enfrentar o problema dos limites subjetivos, depois de formular a seguinte indagação: “*Que faut-il entendre par les parties?*”, responde, sem hesitar: “São as pessoas que figuraram no processo por elas mesmas ou que ali foram representadas, e que, numa nova demanda, agem ou são demandadas na mesma qualidade”. Apesar de ressaltar as dificuldades que o tema oferece, o autor arrola entre os representados: os sucessores universais, os sucessores a título particular, os credores, os mandatários legais e convencionais (incluindo 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, e também não o devedor principal, na hipótese de coisa julgada contrária ao fiador). E, em tal condição, a autoridade da coisa julgada vinculava todos eles: “*Les jugements rendus pour ou contre une personne ont l'autorité de la chose jugée à l'égard de ses successeurs à titre universel..., ses successeurs à titre particulier...*”, e assim por diante.⁵⁵

⁽⁵⁴⁾ Carpi, *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, n. 3, p. 12.

⁽⁵⁵⁾ Cf. P. Lacoste, *De la chose jugée en matière civile, criminelle, disciplinaire et administrative*, n. 475 ss., p. 152 ss. A documentada pesquisa de Peter Herzog fornece elementos para concluir que a “teoria da representação” continuava sendo prestigiada pelos civilistas franceses na primeira metade do século XX (*Civil Procedure in France*, n. 13.02, p. 553-554).

Foi, contudo, Savigny quem levou às últimas consequências a denominada teoria da representação para justificar a extensão dos efeitos da coisa julgada a terceiros. Ao examinar os pressupostos para a oponibilidade da *exceptio rei iudicatae*, destacou que a função positiva desta é determinante para coarctar qualquer ação subsequente, que possua idênticos elementos de outra demanda já encerrada. No entanto – salienta –, a regra de que a sentença constitui *ius inter partes* não é absoluta, porque, em circunstâncias especiais, pode ser considerada *ius inter omnes*. Nestes casos, “o estranho, sobre o qual recai o efeito da coisa julgada, é *representado* por uma das partes”.

Passa então Savigny a apontar as denominadas *exceções positivas*, nas quais os terceiros eram atingidos pela coisa julgada: o filho, quando o pai o representa numa ação de estado⁵⁶; 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 vendedor responsável pela evicção.

Reconhecendo a complexidade dessa matéria, Savigny ainda insere nesse rol o condômino que age isoladamente como autor de ação confessória ou negatória de servidão, e justifica que seria extremamente injusto ao adversário ter de responder, em seguida, à mesma demanda aforada por outro condômino. Por tal relevante motivo, admitia para esse caso a seguinte re-

⁽⁵⁶⁾ Nessa hipótese, que trata de ação de estado da pessoa, invocando D. 40.16.3, Savigny (*Sistema del diritto romano attuale*, tr. it. Vittorio Scialoja, v. 6, § 301, p. 508-509) sustenta que a exceção de coisa julgada é oponível numa segunda demanda, desde que no primeiro processo atuou um *iustus contradictor* e que a sentença foi proferida após *efetivo* contraditório.

gra: cada co-proprietário está autorizado a ajuizar ação autônoma, e se o adversário é condenado, o benefício obtido aproveita a todos os demais condôminos. A consequência dessa “representação” é que, em caso de derrota, os outros co-proprietários que não participaram do processo devem suportar o dano produzido pela coisa julgada. E, para a solução desse intrincado problema – o que é surpreendente – Savigny intui a *ofensa à garantia do direito de defesa daqueles condôminos, terceiros, que foram atingidos pela coisa julgada*, ao asseverar que se eles tiveram conhecimento da pendência do processo, mas não tomaram providência alguma para intervir, nada podem reclamar. Todavia, se não tiveram ciência, seria de todo injusto que sofressem um dano irremediável em virtude da desonestidade ou negligência do condômino que atuou no processo. Essa iniquidade não enseja que possam eles remover a força do julgado, porém, sem dúvida, autoriza a propositura de ação de ressarcimento em face daquele condômino que figurou como parte e saiu derrotado. Na situação inversa, ou seja, quando o condômino fosse titular do fundo gravado pela servidão, esclarece que, em princípio, o problema estava minimizado, porque o autor poderia ajuizar uma única ação contra *todos* os co-proprietários.⁵⁷

Esse quadro revela que se descortinava realmente tormetosa, já em meados do século XIX, a mesma problemática que hoje envolve o litisconsórcio necessário unitário.

6.3. *Eficácia reflexa dos atos jurídicos* (Ihering)

Os alicerces da ciência processual, como frisou Nörr⁵⁸, foram erigidos, mesmo antes da importante contribuição de Oskar

⁽⁵⁷⁾ Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, v. 6, § 301, p. 510-518.

⁽⁵⁸⁾ Knut Wolfgang Nörr, *La scuola storica, il processo civile e il diritto delle azioni*, Rivista di diritto processuale, 1981, p. 23-24, informando que tais asserções já haviam sido exaradas em sua obra mais completa: *Naturrecht und Zivilprozess*, Tübingen, 1976.

von Bülow, pelo “*tesoro della scienza tedesca dell’Ottocento*”, nas obras de Grolman, Gönner e Almendingen, ao ser elaborada uma “teoria geral do procedimento”, com a enunciação de *Prozessmaximen*.

Todavia, nessa época, ninguém, na Alemanha, como em nenhuma outra parte do mundo, pensava em estudar o processo como instituição separada da ação, da citação e da defesa (considerados capítulos do direito civil).⁵⁹

Nesse exato sentido, dentre inúmeras contribuições de juristas alemães, especialmente após a descoberta do “Gaio veronês” (1816), Ludwig Keller, em 1827, dedica um livro sobre a *litiscontestatio* imbricada com a sentença⁶⁰, colocando em relevo a *actio* e a *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deducta* do período formular.

Como registra Nörr⁶¹, o ponto culminante dessa metodologia científica é representado pela exposição de Savigny, no *Sistema*, acerca das *actiones*, das exceções, do concurso de demandas e da prescrição das ações.

Ihering, nesse profícuo ambiente cultural, seguindo o modelo pandectista quanto ao conteúdo programático das obras de “direito civil”, tratou igualmente das ações como mero apêndice do direito privado. Após criticar o exacerbado formalismo do processo civil romano e de discorrer sobre a classificação das ações, sempre pela ótica civilista, ocupa-se dos critérios de identificação ou individualização daquelas, tendo em vista a na-

⁽⁵⁹⁾ V., a propósito, a rica exposição de Giovanni Tarello, *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile (Aspetti della dottrina processualistica nel secolo XIX)*, p. 23 ss.

⁽⁶⁰⁾ *Ueber Litis Contestation und Urtheil nach classischen Römischen Recht* (Zürick, Gerner’sche).

⁽⁶¹⁾ *La scuola storica, il processo civile e il diritto delle azioni*, p. 35.

tureza do direito (pessoal ou real) perseguido pelo demandante. Ensina, pois, que “seria totalmente ilógico pretender por meio de dez ações diferentes dez objetos (*Gegenstände*) oriundos de uma mesma *stipulatio*, tendo o juiz que decidir nos dez processos uma única questão. Sendo idêntico o fundamento (*Klaggrund*) dos dez processos, os motivos de decidir seriam também os mesmos. Na verdade, nenhuma das questões difere das demais, todas se identificam...”. Por outro lado, na esfera do direito de propriedade haverá tantas demandas diferentes quantos forem os objetos, isoladamente considerados... Assim, no âmbito do direito das obrigações, é a causa (*Entstehungsgrunde*), e no dos direitos reais, o objeto (*Gegenstand*), que determinam a unidade ou a pluralidade da relação...⁶²

Aluno de Savigny, contemporâneo e amigo de Windscheid, era natural que, próximo dos postulados preconizados pela Escola Histórica, a obra de Ihering fosse dirigida ao estudo das pandectas, uma vez que, em grande parte, o direito romano, cristalizado no *Corpus Iuris*, encontrava-se de certo modo ainda vigente na Alemanha do século XIX.

Conquanto tenha se notabilizado como privatista, demonstrava notável sensibilidade para importantes questões de processo civil. Apenas para ter-se uma idéia da profundidade de suas incursões nesse ramo do direito, assevera Ihering, num de seus mais influentes escritos, que os juristas clássicos reconheceram o princípio da igualdade como um preceito supremo, sus-

⁶²⁾ *L'esprit du droit romain dans les divers phases de son développement*, tr. fr. Octave de Meulenacre, t. 4, p. 24 ss., 36-37. As expressões em alemão foram extraídas do original: *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, v. 3, 3ª ed., p. 39. V., para um exame crítico das posições de Ihering em relação ao direito processual, Cruz e Tucci, *Espírito do processo civil moderno na obra de Rudolf von Ihering*, Revista da Faculdade de Direito, USP, 87, p. 23 ss.

tentáculo de toda a sociedade. O *suum cuique* deve ser mensurado tendo-se em vista as disposições da lei e de seus pressupostos: “Chamemos de justa a lei que admite tal equilíbrio... Injusta é a lei que, não considerando a discrepância de capacidades, impõe aos pobres os mesmos sacrifícios dos ricos; injusta é a lei que pune os delitos menores com as mesmas penas previstas para os crimes mais graves...”. Transpondo tal raciocínio para o campo do processo, escreve Ihering que a “relação entre as partes e o juiz é uma relação de subordinação jurídica, enquanto aquela entre as partes é uma relação de igualdade jurídica. Até mesmo o poder estatal quando figura como parte num processo civil ou penal, encontra-se juridicamente subordinado ao juiz: posta-se no mesmo patamar do privado, é uma parte como todas as demais”. No âmbito do processo, portanto, o vínculo existente entre as partes coloca-as em perfeita igualdade, ou seja, “as armas com que se combatem devem ser iguais, as luzes e as sombras igualmente repartidas. É essa a primeira de todas as exigências que devem informar a organização do processo; é a exigência da justiça processual, a qual, ainda uma vez, coincide com a igualdade: em relação a esta, todas as outras exigências são secundárias...”.⁶³

Mas foi num ensaio dedicado exclusivamente ao direito civil que o renomado jurista, por paradoxal que possa parecer, prestou significativa colaboração à ciência processual. Examinando a projeção dos efeitos dos atos jurídicos, Ihering elaborou a conhecida tese da eficácia reflexa, sustentando que na dimensão jurídica, a exemplo do que ocorre no mundo da fenomenologia da natureza, distinguem-se os efeitos diretos, correspondentes ao conteúdo, à determinação e à função do ato jurídico, dos efeitos reflexos, não desejados, mas inevitáveis, que poderão afetar

⁶³⁾ *Lo scopo del diritto*, tr. it. Mario Losano, p. 282.

sujeitos diversos daqueles interessados na eficácia natural do ato, por força de nexos de interdependência existentes entre os relacionamentos jurídicos. Ihering parte de uma constatação elementar: “A relevância de cada fato jurídico está nos efeitos que produz para determinadas pessoas, que são os interessados e que são atingidos por via direta”. Não é possível, no entanto, isolar os efeitos de um fato jurídico apenas aos interessados imediatos; estes inevitavelmente podem repercutir, de forma reflexa, a terceiros. Os efeitos reflexos caracterizam-se por dois aspectos: a) pela *involuntariedade*: não era a finalidade do ato ou a intenção dos agentes provocar determinado efeito; e b) pela *ondulação*: os efeitos reflexos vão se manifestar num ponto afastado daquele em que se produziu o efeito direto.⁶⁴

Ihering reconheceu, ainda, que não existe uma causa única e homogênea determinante da eficácia reflexa: em algumas circunstâncias poderá ser a identidade de situações jurídicas (v. g.: co-propriedade); outras vezes, a conexão (p. ex.: relação emergente da hipoteca); também é possível que decorra de interesses paralelos (p. ex.: herdeiro e legatário). Enfim, conclui Ihering que os efeitos reflexos podem ser gerados “pela natureza da relação jurídica, pela lei ou pela lógica”.⁶⁵

⁶⁴) *Des effets réflexes ou de la réaction exercée sur les tiers par les faits juridiques*, Études complémentaires de l'esprit du droit romain, tr. fr. O. de Meulenaere, 5-9, p. 239-240. Recorde-se que o exemplo que se tornou famoso acerca do aludido fenômeno da vida física, a despeito de não ser da pena de Ihering, é representado pela pedra atirada num lago. Ao redor do ponto em que cai o objeto formam-se vagas concêntricas. “Houve aí um efeito querido e previsto – acertar a pedra em dado lugar do lago; as vagas que se formaram foram efeitos reflexos” (cf. Moacyr Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 3, 21ª ed., n. 770, p. 75).

⁶⁵) *Des effets réflexes*, ns. 3-4, p. 243 ss. e 261 ss. Consulte-se, a respeito da tese de Ihering, a detida análise de Luiso, *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*, n. 3, p. 72 ss.

Essa teoria, distinguindo a eficácia jurídica direta da reflexa, embora relativa à teoria geral do direito civil, foi extremamente prestigiada e serviu de subsídio, no campo do processo civil, para iluminar o intrincado problema dos limites subjetivos da coisa julgada.

6.4. *Eficácia reflexa da coisa julgada a terceiros* (Wach, Mendelssohn Bartholdy e Chiovenda)

O primeiro doutrinador alemão a importá-la para o processo foi Wach, convicto de que realmente, em algumas situações concretas, havia uma repercussão, na esfera do direito de terceiros, de efeitos que se manifestaram diretamente em face de uma das partes. Afirmava, então: “eu penso em casos, nos quais a sentença não vincula o terceiro como se fosse uma regulamentação formal-autoritativa de sua relação jurídica, mas, pelo contrário, apenas, como consequência dos efeitos que aquela produz em relação a uma das partes, e que, como efeitos reflexos, atingem a pessoa do terceiro como um fato que gera obrigações ou destrói direitos ou, ainda, restringe o gozo dos mesmos”. Assim, concluía: “Quando uma sentença tiver sido pronunciada entre os legítimos contraditores, a coisa julgada entre as partes se produz, enquanto tal, perante todos”.⁶⁶

Tal percepção, como facilmente se infere, aproxima-se das fontes do direito romano-canônico, no sentido de admitir que terceiros pudessem ser atingidos pela extensão da coisa julgada.

Os §§ 325 a 327 do Código de Processo Civil alemão (ZPO), ripristinando o velho princípio da limitação da coisa julgada às partes, contemplam exceções, mesmo que de forma incompleta e imperfeita. Minimizando as dificuldades atinentes aos efei-

⁶⁶) *Manual de derecho procesal civil*, tr. cast. Tomás A. Banzhaf, v. 2, n. III, p. 424.

tos reflexos da sentença, esses dispositivos já prevêm que a autoridade da coisa julgada se estende aos sucessores (*mortis causa e inter vivos*) e aos legatários.⁶⁷

Segundo Pugliese, essa formulação esclarece a concepção mais ampliada da extensão da coisa julgada a terceiros, que predominava entre os processualistas alemães, em flagrante contraste com a doutrina franco-italiana da mesma época.⁶⁸

Envolvendo-se com o tema, Albrecht Mendelssohn Bartholdy, discípulo de Wach e sucessor de Friedrich Stein na primeira comissão de reforma da ZPO, defendeu ponto de vista que parecia subverter a tradicional coordenação entre o princípio da limitação da coisa julgada às partes e as exceções admitidas no que toca aos terceiros, ficando, destarte, as bases da teoria, mais tarde difundida na Itália, segundo a qual não existem limites subjetivos, mas *apenas* limites objetivos da coisa julgada, ou melhor, ambos não são mais do que projeções dos limites do objeto da coisa julgada: “A sentença final é válida para as partes. Isso não significa, entretanto, que ela seja eficaz apenas para as partes; ela tem abrangência mais ampla. É eficaz sempre que a matéria definitivamente decidida seja posta em dúvida num posterior processo. Não somente os herdeiros, o sucessor singular e o fiador de uma das partes, mas qualquer terceiro

⁽⁶⁷⁾ Lent e Jauernig acrescentam ao rol de legitimados extraordinários, cujos substituídos são alcançados pela coisa julgada, as seguintes (por eles denominadas) *Partei Kraft Amtes* (*partes em virtude do cargo*): administrador da falência e administrador judicial (*Zivilprozessrecht*, 18ª ed., § 18, p. 92; *Direito processual civil*, tr. port. da 25ª ed. alemã de F. Silveira Ramos, § 18, p. 100). Ressalve-se que, na atualidade, a mais abalizada interpretação do § 325 da ZPO resguarda o direito dos terceiros de boa-fé, que desconhecem o caráter litigioso do bem ou do direito adquirido (v., adiante, cap. V, n. 24.1).

⁽⁶⁸⁾ *Giudicato civile (dir. vig.)*, n. 29, p. 876-877.

deve também reconhecer a eficácia da sentença definitiva proferida entre as partes”.⁶⁹

Desse modo, numa variedade de hipóteses nas quais a questão controvertida dissesse respeito a um terceiro, deveria ser ela considerada já decidida, e, por isso, imutável. Enfim, como destaca Pugliese, o citado autor germânico, centrado na distinção entre a formação da coisa julgada e a extensão de sua imperatividade, conclui que a *res iudicata* que vincula as partes tem, como tal, valor absoluto, enquanto se manifesta em toda e qualquer oportunidade em que o direito – reconhecido entre as partes por decisão transitada em julgado – venha invocado no curso de um posterior processo.⁷⁰

Essa proposição iria de certo modo influenciar o pensamento de Chiovenda – o mais autorizado intérprete da doutrina alemã

⁽⁶⁹⁾ *Grenzen der Rechtskraft*, § 30, p. 509-510. Liebman reconheceu expressamente a importância científica dessa obra, referindo-se a ela como “monografia fundamental” (*Ainda sobre a sentença e sobre a coisa julgada*, em apêndice do livro *Eficácia e autoridade da sentença*, p. 187). Mais tarde, no final da década dos anos 20, os pontos principais da tese de Mendelssohn Bartholdy foram reafirmados por Hofmann, na monografia específica sobre o tema, intitulada, *Über das Wesen und die subjektiven Grenzen der Rechtskraft*, § 1º, p. 9 ss.

⁽⁷⁰⁾ *Giudicato civile (dir. vig.)*, n. 29, p. 877. Anota Pugliese que essa teoria não teve grande repercussão entre os processualistas alemães, que continuaram adeptos de uma visão menos restrita, das relações entre as partes e terceiros, do que a adotada pela doutrina franco-italiana, ou seja, a idéia de que a eficácia da coisa julgada para os terceiros sempre era um fenômeno excepcional. Todavia, na prática, as soluções dos alemães não foram mais amplas do que aquelas conhecidas na tradição franco-italiana; bastando, para tanto, ter presente o § 425 do BGB, atinente à solidariedade, que não autoriza qualquer extensão da coisa julgada derivada da demanda na qual figurou apenas um dos devedores *in solidum* (n. 378). V., na doutrina brasileira, sobre essa norma legal, por último, Barbosa Moreira, *Solidariedade ativa: efeitos da sentença e coisa julgada na ação de cobrança proposta por um único credor*. Revista do Advogado da AASP, n. 84, 2005, n. 2, p. 65.

na Itália —, que reconheceu expressamente o mérito de Mendelssohn Bartholdy, por ter sustentado que “a sentença entre A e B vale em relação a todos, enquanto for sentença entre A e B”.⁷¹

Não convém — escreve Chiovenda — “firmar como princípio geral que a sentença produz efeitos (*“fa stato”*) apenas entre as partes, mas é necessário, ao contrário, dizer que a sentença não pode *prejudicar* outros, que permaneceram estranhos à lide”. Desse raciocínio, surge a sua famosa lição no sentido de que: “*Tutti dunque sono tenuti a riconoscere il giudicato fra le parti; però non possono essere pregiudicati*”⁷², exprimindo, de modo sucinto, a disciplina que, no seu entender, deveria governar os limites subjetivos da coisa julgada, com o primordial escopo de preservar a integridade das posições jurídicas de terceiros em relação à sentença proferida *inter alios*.⁷³

Nesse sentido, no clássico exemplo de uma decisão sobre o direito de propriedade de um imóvel, a respectiva coisa julgada não pode prejudicar de modo algum o terceiro estranho ao processo, que porventura seja titular de um direito de propriedade sobre o mesmo bem, não dependente daquele que foi objeto da controvérsia. Assevera, a propósito, Chiovenda: “a sentença entre A e B, pela qual A é reconhecido proprietário de um imóvel,

⁽⁷¹⁾ *Principii di diritto processuale civile*, § 80, p. 921, nt. 1.

⁽⁷²⁾ *Principii di diritto processuale civile*, § 80, p. 922; *Instituições de direito processual civil*, v. 1, 2ª ed., n. 134, p. 415. Esclarece Chiovenda que, por prejuízo, não se deve entender prejuízo *de mero fato*, mas, sim, prejuízo *jurídico* (p. ex.: “o herdeiro pode ser prejudicado *de fato* por julgados obtidos por terceiros contra o seu ascendente, mas, não obstante, está sujeito a esses julgados; o credor é prejudicado *de fato* por julgados que reconhecem novos débitos de seu devedor, mas nem por isso pode impedir-lhes os efeitos que lhe são danosos”).

⁽⁷³⁾ Cf., sobre o ponto, Monteleone, *I limiti soggettivi del giudicato civile*, n. 1, p. 10.

não inibe ninguém, exceto B, de reivindicar o imóvel”; em outras palavras, a coisa julgada não é oponível a quaisquer terceiros.⁷⁴

A doutrina ora analisada culmina, pois, traçando importante distinção entre os *terceiros totalmente indiferentes*, titulares de um direito compatível com a decisão, que devem pura e simplesmente reconhecê-la; e os *terceiros que não têm de acatar o julgado*, titulares de um direito incompatível com aquele que foi decidido, aos quais é inoponível a coisa julgada e, por isso, podem defender-se ao argumento de que se trata de *res inter alios iudicata*.

E há, ainda, os *terceiros que têm de reconhecer a coisa julgada*, porque, segundo Chiovenda, são titulares de uma relação compatível com a decidida, “ou porque sua relação depende da relação das partes”, para os quais não emerge qualquer problema, senão um mero prejuízo de fato (v. g.: credor prejudicado de fato), ou também “porque seu direito é o mesmo que constitui objeto da decisão” (domínio dos direitos potestativos).

Cuida, assim, a exposição do renomado processualista do exame da extensão *ultra partes* da coisa julgada nos casos excepcionais em que, pela “natureza da relação de direito substancial”, aquela é inexorável e, portanto, não há como desprezá-la. E, como exemplo, vem invocada a tormentosa hipótese de impugnação de deliberação societária por apenas um ou alguns dos sócios, a qual, para Chiovenda, “*non vi può essere che una sola decisione... la cosa giudicata formatasi rispetto a uno esclude l’azione degli altri*”.⁷⁵

⁽⁷⁴⁾ *Principii di diritto processuale civile*, § 80, p. 923; *Sul litisconsorzio necessario*, Saggi di diritto processuale civile, v. 2, n. 6, p. 450; *Instituições de direito processual civil*, v. 1, 2ª ed., n. 134, p. 416.

⁽⁷⁵⁾ *Principii di diritto processuale civile*, § 80, p. 926; *Sul litisconsorzio necessario*, Saggi di diritto processuale civile, v. 2, n. 4, p. 444. Chiovenda rejeita expressamente a coisa julgada *secundum eventum litis*: “A coisa julgada tem efeito para ambas as partes” (cf. *Instituições de direito processual civil*, v. 1, 2ª ed., n. 134, p. 417).

Na verdade, como bem apreendeu Carpi, a tese de Chioventa é edificada a partir da consideração de que há relações jurídicas entre dois sujeitos que, pela sua intrínseca natureza, não podem subsistir sem que coexistam necessariamente perante todos. Desse modo, se realmente existem tais relações, a coisa julgada acaba atingindo terceiros, não pelo fenômeno da extensão e muito menos pela ficção da representação, mas, sim, pela própria natureza do objeto do julgado.⁷⁶

A despeito de não apresentar grande avanço quanto a resultados de ordem prática, é indubitável que a tentativa de sistematizar os pontos controvertidos, a clareza e a precisão do pensamento de Chioventa acerca dos limites subjetivos da coisa julgada constituíram um marco de considerável significado na literatura processual italiana. Saliente-se, contudo, que tal posição doutrinária, como pondera Pugliese⁷⁷, não chegou a infirmar a tradicional inteligência da limitação subjetiva da coisa julgada, ficando aquém da original proposta de Mendelssohn Bartholdy e, outrossim, deixou de investigar, com maior profundidade, a dinâmica da coisa julgada em relação às diferentes categorias de terceiros.

6.5. Terceiros juridicamente indiferentes e terceiros juridicamente interessados (Betti e Carnelutti)

Deixando-se influenciar pela teoria da eficácia reflexa e pela tipologia de terceiros criada por Chioventa, Emilio Betti reescreve e adapta ao direito vigente as conclusões a que tinha chegado em precedente estudo de cunho histórico.⁷⁸ Depois de criticar a tese que reconhecia valor absoluto à coisa julgada, de-

⁷⁶ Cf. Carpi, *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, n. 4, p. 14.

⁷⁷ *Giudicato civile (dir. vig.)*, n. 29, p. 877.

⁷⁸ *Cosa giudicata e ragione fatta valere in giudizio*, *Rivista del diritto commerciale*, v. 27, 1929, p. 544 ss; e, poucos anos depois, a teoria é repetida na obra *Diritto processuale civile italiano*, 2ª ed., n. 184, p. 603 ss.

fendida por Mendelssohn Bartholdy, esclarece que os limites subjetivos da coisa julgada são regidos por dois princípios fundamentais.

Pelo primeiro (a), de caráter negativo, a decisão proferida entre as partes é juridicamente irrelevante aos terceiros. Desdobra-se esse princípio em dois diferentes grupos, de acordo com a posição jurídica do terceiro diante da matéria decidida: (a.1) terceiros titulares de uma relação praticamente compatível com aquela decidida *inter partes*, expostos a sofrer efeitos reflexos e, por essa razão, a experimentar prejuízo de fato. Para estes, o princípio negativo significa simplesmente que não poderão receber da decisão um prejuízo jurídico, e que, em conseqüência, não podem desconhecer a eficácia como coisa julgada entre as partes, ainda que essa possa lesar um seu interesse não situado em grau de direito subjetivo, ou possa influir em sentido desfavorável na convicção do juiz numa causa futura; e (a.2) terceiros titulares de uma relação praticamente incompatível com a decisão proferida entre as partes não devem sofrer, por força da delimitação subjetiva da coisa julgada, aquele prejuízo que o julgado, por exclusão implícita, tenderia a propiciar-lhes. Tais terceiros, por via de conseqüência, podem legitimamente desconhecer a eficácia da decisão, também como coisa julgada entre as partes.

O segundo princípio (b), de caráter positivo, implica que “a decisão pronunciada entre as partes tem valor também em relação a determinados terceiros, como coisa julgada formada entre estas partes”. Assim, como o anterior, esse princípio é seccionado em duas diversificadas categorias: (b.1) terceiros participantes da relação jurídica ou *status* deduzido em juízo, e, em tal situação, a coisa julgada formada entre as partes comunica-se àqueles terceiros, cuja posição esteja, diante daquela relação, subordinada à posição de uma das partes; e (b.2) terceiros estranhos à

demanda decidida e, nesse caso, a coisa julgada formada entre as partes não pode ser desconhecida por aqueles terceiros, que são sujeitos de relação diversa, mas praticamente compatível com a *res in iudicium deducta*.

Esse princípio positivo, como assevera Betti, é aplicado quando a posição do terceiro (juridicamente interessado) é subordinada àquela de uma das partes, circunstância que ocorre em quatro diferentes situações: *a*) sucessão (universal e particular); *b*) substituição processual; *c*) conexão incidível entre relações (enquanto a ação produza o reconhecimento conjunto de todas as relações e se refira ao sujeito de qualquer relação); e *d*) dependência necessária. Nas duas primeiras situações de subordinação, a extensão da coisa julgada ao terceiro é direta, porque a relação jurídica deste é idêntica àquela que foi objeto de decisão. Já nos dois derradeiros casos de subordinação, considerada a natureza do direito em jogo, a eficácia é reflexa.⁷⁹

É importante ressaltar que Betti destaca, de forma analítica, a hipótese de conexão incidível, sustentando que esta é sempre bilateral, visto que não existe relação jurídica única, com pluralidade de sujeitos interessados; existem, na verdade, relações – como aquela de cada sócio perante a sociedade, no caso de deliberação societária impugnada – nas quais “*a ciascuno soggetto corrisponde un distinto rapporto*”, e “*i più rapporti sono reciprocamente connessi e concorrenti tra loro*”.

Nessas situações, a conexão exprime uma “concorrência alternativa”: cada sujeito titular da relação “está legitimado à ação, independentemente dos outros titulares”, mas a ação é sua “*per la totalità*”, e, desse modo, a coisa julgada que cobre a sentença não pode deixar de também envolver a posição jurídica

⁷⁹⁾ *Cosa giudicata e ragione fatta valere in giudizio*, n. 5, p. 556-557 e 559; *Diritto processuale civile italiano*, 2ª ed., n. 184, p. 606-609.

de todos os demais; se a sentença deve valer como coisa julgada entre as partes da relação jurídica litigiosa, de conseguinte tal valor essa não poderia ter se, de modo correspondente, não regulasse as relações reciprocamente conexas e dependentes; “*anche tali rapporti vengono, per necessità di cose, ad essere regolati dalla sentenza e colpiti dalla cosa giudicata*”.⁸⁰

De forma tanto quanto possível didática, diante da complexidade da teoria exposta, considerando aqueles dois princípios, acima mencionados, que governam os limites subjetivos da coisa julgada, Betti procede à classificação dos terceiros em três distintas categorias, a saber:

1ª) *terceiros juridicamente indiferentes*, vale dizer, estranhos à relação jurídica decidida e titulares de direito compatível com a decisão. Para estes, a sentença, embora possa eventualmente acarretar algum prejuízo de fato (“sujeição imprópria”), é juridicamente irrelevante, mas vale como coisa julgada para as partes: “Estes terceiros encontram-se na natural posição de não serem, sob o aspecto jurídico, nem prejudicados e tampouco beneficiados pela coisa julgada atinente às partes” (ex.: credores quirografários, em relação à coisa julgada formada contra o devedor comum);

2ª) *terceiros juridicamente interessados, não sujeitos à exceção de coisa julgada*, ou seja, titulares de direito incompatível com a sentença. Para estes a sentença é juridicamente irrelevante e podem desconhecer a coisa julgada produzida entre as partes (ex.: fiador em relação à condenação do devedor; comprador perante a sentença de procedência proferida na ação de reivindicação promovida contra o vendedor). Quanto a essa segun-

⁸⁰⁾ *Cosa giudicata e ragione fatta valere in giudizio*, n. 5, p. 559-560. V., ainda, a respeito, a consistente interpretação de Alessandro Lollì, *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo*, n. 1, p. 99.

da categoria, cumpre esclarecer que, em muitas situações, é relevantíssimo o interesse que o terceiro tem no desfecho da demanda em curso, legitimando-o inclusive a intervir. Mas o certo é que, não participando do processo, qualquer que tenha sido o resultado, após o trânsito em julgado, resta incólume o seu direito, visto não estar ele adstrito à coisa julgada *inter alios*; e

3º) terceiros juridicamente interessados, sujeitos à exceção de coisa julgada, são os que se encontram subordinados à posição jurídica das partes. Para estes a sentença é juridicamente relevante, porque a coisa julgada que se formou entre as partes se lhes comunica. Estes, portanto, não podem ser considerados estranhos à relação jurídica decidida. Em suma: interessados, sim, porque abrangidos na órbita da coisa julgada (o nexó de subordinação nessa terceira categoria é identificado, como já aludido, na sucessão, na substituição processual, na conexão incidível ou concorrência alternativa e na dependência necessária).⁸¹

Essa lógica sistematização da matéria tornou-se notória entre os processualistas, granjeou adeptos, mas foi igualmente alvo de críticas.

Carnelutti, que também participa desse diálogo científico, foi o primeiro a reconhecer o mérito da obra de Betti. É importante dizer que, em seus vários estudos, aparecem colhidos, de forma bem nítida, os frutos maturados na doutrina de Chiovenda e de Betti, inclusive no que concerne ao apuro terminológico. Carnelutti irá também empregar, *v. g.*, as expressões: *prejuízo de fato, terceiro juridicamente indiferente, terceiro juridicamente interessado, eficácia reflexa...* Chegou ainda a traçar a distinção entre a *eficácia* da sentença e sua *imutabilidade* (contudo,

⁽⁸¹⁾ Apesar de referido por Betti em seus posteriores estudos, esse quadro encontra-se melhor retratado no *Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, cap. II, p. 147 e 175.

em sentido diferente daquele que mais tarde iria marcar a obra de Liebman). Para Carnelutti "eficácia" é o efeito criativo do direito concreto (materializado na sentença).

Carnelutti sustenta que o fenômeno da eficácia reflexa da coisa julgada não se situa na esfera do direito processual, mas é determinada, no campo do direito material, segundo as normas que disciplinam as várias relações jurídicas e estabelecem os vínculos e as conexões entre elas existentes. Tais normas decidem até que ponto a constituição, a modificação ou a declaração atinente a uma relação influi sobre outra. E, desse modo, verificar, por exemplo, se a sentença: *a*) que declara nula a venda de um imóvel feita por Tício a Caio gera efeito em relação a Semprônio, a quem Caio o revendeu; *b*) que considera extinta pela compensação o débito de Caio a Tício, pode ser invocada por Semprônio, co-devedor solidário de Tício; *c*) que decreta a anulação do casamento, proferida entre Fulvia e Caio, é eficaz em relação a Semprônio, filho do casal —, não constituem questões que podem ser resolvidas segundo critérios de direito processual: é o direito material que fornece a exata medida da interdependência das relações jurídicas. Mas isso não significa que o problema da eficácia reflexa da coisa julgada não interessa ao direito processual, ou apenas lhe interessa, como conclui Carnelutti, para distinguir as duas importantes vertentes: a eficácia direta e a eficácia reflexa.⁸²

Inspirando-se na doutrina de Mendelssohn Bartholdy, o aludido autor reconduz a questão dos limites subjetivos àquela do objeto da coisa julgada. Num ensaio específico sobre o tema, critica dois pontos da teoria de Betti: em primeiro lugar, afirma que entre os terceiros juridicamente indiferentes e os terceiros juridicamente interessados, não sujeitos à exceção de coisa julgada,

⁽⁸²⁾ *Sistema del diritto processuale civile*, I, n. 102, p. 300.

não há qualquer distinção, porque, se a coisa julgada não os vincula, serão sempre terceiros, estranhos à relação processual decidida. Considera, assim, que a situação de todos os terceiros é fundamentalmente única e jamais poderão ser atingidos pela eficácia direta do julgado: “tratando-se de terceiros, quaisquer que sejam, estarão sempre no campo da eficácia reflexa”.

Não foi por outra razão que Monteleone escreveu: “Carnelutti sujeitava, de forma indiscriminada, os terceiros à imutabilidade da sentença proferida *inter alios*, sob o escudo da teoria dos efeitos reflexos elaborada por Ihering”.⁸³

Ademais, adiantando uma das críticas mais repetidas à doutrina de Betti, entende Carnelutti que os terceiros juridicamente interessados, sujeitos à exceção de coisa julgada, são, na verdade, sujeitos da relação de direito material e, portanto, são a própria parte (em sentido-material): “A coisa julgada é instituída exatamente para eles”. ~~≠~~ *Distinção e dos adeptos do conceito processual*

Carnelutti reconhece, porém, que nas duas últimas categorias de terceiros interessados especificadas por Betti – conexão incidível e dependência necessária –, o que ocorre, de fato, é a extensão da eficácia reflexa, ou seja, da repercussão do julgado àqueles que não participam do processo. E aqui – observa –, tem também exata aplicação a doutrina dos efeitos reflexos de Ihering, dada a *involuntariedade* daquela extensão.⁸⁴

Procurando esclarecer, no campo do direito processual, a incidência da dicotomia traçada por Ihering, Carnelutti aduz que,

⁽⁸³⁾ *I limiti soggettivi del giudicato civile*, n. 1, p. 15.

⁽⁸⁴⁾ *Efficacia diretta e efficacia riflessa della cosa giudicata*, II, Studi di diritto processuale, v. 1, ns. 2 e 3, p. 443-444; *Efficacia, autorità e immutabilità della sentenza*, Studi di diritto processuale, v. 3, n. 3, p. 71-72. A influência de Ihering no pensamento de Carnelutti é também observada no *Sistema del diritto processuale civile*, 1, n. 102, p. 299-300.

num processo, a precedente coisa julgada pode ser argüida de dois diferentes modos: ou porque quem a invoca afirma que a coisa julgada refere-se a uma sentença que já decidiu a matéria, agora apreciada por um novo juiz: ou porque, pelo contrário, quem a opõe afirma apenas que a coisa julgada concerne a uma das premissas deduzidas na nova demanda. Na primeira hipótese, a coisa julgada é deduzida com base na sua eficácia direta; na segunda, na sua eficácia reflexa.⁸⁵

Na derradeira fase de sua obra, Carnelutti abandona completamente essa distinção e, em tom confessório, nega a existência de quaisquer efeitos reflexos. Destacando a confusão corrente, entre *efeito* e *objeto*, na interpretação do art. 2.909 do Código Civil italiano (“*fa stato ad ogni effetto*” significa “*ha effetto*”), acaba incluindo, numa mesma categoria, a eficácia entre as partes e aquela contra terceiros, porquanto o que é limitado às partes é o objeto, não o efeito da coisa julgada. Em suma: “o juiz, que decide a lide, decide *entre as partes*, mas não *para as partes*; a sua decisão *entre as partes vale para todos*”.⁸⁶

⁽⁸⁵⁾ *Efficacia diretta e efficacia riflessa della cosa giudicata*, I, Studi di diritto processuale, v. 1, n. 1, p. 432. V., a respeito, a crítica de Liebman (*Efficacia ed autorità della sentenza*, rist., n. 32, p. 83 = *Eficácia e autoridade da sentença*, 2ª ed., n. 32, p. 107), destacando o paradoxo do posicionamento de Carnelutti, que “irmana logicamente as partes aos terceiros, e sujeita também as primeiras à eficácia reflexa, quando deve a coisa julgada operar sobre uma ‘lide’ diversa da decidida, mas justamente assim demonstra a contradição da sua tese com as disposições da lei, que sujeita à coisa julgada as partes e não os terceiros, ainda que se manifeste a respeito de uma ‘lide’ diversa da decidida. Porque o que a lei quis praticamente distinguir não é a eficácia reflexa da direta (conceitos e terminologia que a lei ignora), mas as partes dos terceiros, para sujeitar uns e eximir outros da autoridade da coisa julgada”.

⁽⁸⁶⁾ *Diritto e processo*, n. 170, p. 274-275.

6.6. Teoria da eficácia reflexa (Allorio)

Tomando como referência a original posição de Mendelssohn Bartholdy, Enrico Allorio escreveu uma das mais importantes monografias sobre essa mesma temática, dedicando-a a Betti e a Carnelutti, cujos estudos, segundo consta do prefácio, representaram, para o autor, “as trilhas de seu próprio caminho”.

Cumprir esclarecer que, para a correta compreensão da tese agora analisada, é necessário ter na devida conta que Allorio, declaradamente, sustenta a natureza substancial da coisa julgada. E o que isso significa? Significa que a sentença transitada em julgado “determina uma nova regulamentação da relação substancial, modificando o estado do direito preexistente”.⁸⁷ É

⁽⁸⁷⁾ Cf. Allorio, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, Problemi di diritto, 1, p. 53-54. Essa teoria remonta ao pensamento de Savigny e Windscheid: a sentença justa confirma a situação jurídica preexistente, criando um novo fundamento para o nascimento ou a extinção do direito deduzido em juízo; enquanto a sentença injusta molda a situação em conformidade com o próprio conteúdo, dando assim vida a um direito antes inexistente ou extinguindo um direito que na realidade existia. Como é sabido, a grande maioria dos processualistas, já nas primeiras décadas do século passado, defendia a natureza processual da coisa julgada, pela qual os efeitos do julgado operam unicamente no plano do processo. Hoje, contudo, essa polêmica encontra-se superada à vista de uma concepção unitária do ordenamento jurídico, na qual o direito processual e o direito material constituem um único sistema. Como bem averbou Liebman: “A obrigatoriedade e a incontestabilidade da coisa julgada não pertencem ao plano processual e tampouco àquele substancial, mas, sim, ao plano do ordenamento jurídico geral, no ponto em que processo e direito material interagem e celebram a sua fusão, com um relevante resultado sob o plano constitucional, visto que exprime a configuração que a ordem jurídica atribuiu à relação controvertida” (*Giudicato – diritto processuale civile*, Enciclopedia giuridica treccani, v. 15, n. 4.10, p. 8). V., também, a propósito, Trocker, *Enrico Allorio e la dottrina della riflessione della cosa giudicata rispetto ai terzi*, Rivista di diritto processuale, 2001, n. 3, p. 344.

exatamente por essa razão que a sua teoria não distingue entre eficácia da sentença e autoridade do julgado. Assim, quando Allorio afirma que a sentença vale em relação a terceiros, refere-se, de qualquer modo, à incontestabilidade da decisão.

Pois bem, Allorio estabelece a seguinte premissa: a autoridade da coisa julgada, como definição da relação decidida pela sentença, tem valor absoluto entre as partes e perante terceiros. “Entre as partes, tem eficácia direta; para os terceiros, pode ter uma eficácia reflexa”. E distingue os efeitos diretos e os efeitos reflexos da coisa julgada baseando-se no conceito de “destinação precípua”: efeitos diretos são aqueles que decorrem da “destinação precípua da sentença”, a qual tende a “produzir coisa julgada entre as partes”; são reflexos, pelo contrário, aqueles “que não se inserem na destinação precípua do ato”; eficácia que “não era nem programada pela lei, nem ordenada pelo juiz”.⁸⁸

ss.; Busnelli, *Considerazioni sul significato e sulla natura della cosa giudicata*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1961, n. 2, p. 1.319 ss. Confirma-se, ainda, na doutrina brasileira, aplaudindo a superação das teorias, Botelho de Mesquita, *A autoridade da coisa julgada e a imutabilidade da motivação da sentença*, Teses, estudos e pareceres no processo civil, v. 2, n. 11, p. 112.

(88)

Resposta
de
Liebman
& Allorio

La cosa giudicata rispetto ai terzi, n. 29, p. 65; n. 66, p. 114. Praticamente pelos mesmos fundamentos que Liebman se posicionou contrário às teorias de Betti e de Carnelutti, também formulou ele aguda crítica à tese de Allorio: “No terreno do direito positivo, a tese de que a coisa julgada vale *erga omnes* encontra obstáculo intransponível no artigo 1.351 [atual 2.909] do CC italiano. Infundada é a afirmação de que às 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 demanda não for *entre as mesmas partes*, e os arts. 494, n. 5, e 517, n. 8, do CPC 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, 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

No que toca às partes, assevera, outrossim, que para justificar a eficácia relativa da sentença é inútil falar de limites subjetivos da coisa julgada, porque "tal relatividade já decorre dos limites objetivos da própria sentença. O invés da dicção: 'a sentença é eficaz entre as partes e não deve nem prejudicar nem beneficiar terceiros', deve-se afirmar que: 'a sentença regula a relação decidida, mas, pela sua natureza, não disciplina – diretamente – outras relações, nem das próprias partes e tampouco dos terceiros'". Segundo essa perspectiva, limites objetivos e subjetivos da coisa julgada coincidem: o princípio dos limites subjetivos da coisa julgada e o respectivo problema não devem nem mesmo existir; ou, pelo menos, a enunciação de um específico princípio dos limites subjetivos da coisa julgada é de todo superflua. Duas são necessariamente as pessoas da relação e apenas no que a elas concerne a sentença opera, visto que outras relações jurídicas não restam decididas. "Riferita all'efficacia diretta del giudicato, la regola dei limiti soggettivi è superflua; riferita all'efficacia riflessa, essa è falsa".⁸⁹

Feita essa contundente afirmação – não por acaso –, em capítulo intitulado: *contro il principio dei limiti soggettivi della cosa giudicata*, Allorio passa então a individuar as situações nas quais os efeitos reflexos se projetam sobre sujeitos estranhos ao processo, aduzindo que não podem receber um tratamento único, porque múltiplos são os fatores que propiciam a eficácia reflexa aos terceiros. Na verdade, a produção de efeitos reflexos

formou a coisa julgada" (*Ainda sobre a sentença e sobre a coisa julgada*, em apêndice da obra *Eficácia e autoridade da sentença*, p. 186-187).

⁽⁸⁹⁾ *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, n. 29, p. 64-65. "La regola dei limiti soggettivi della cosa giudicata" – escreve Allorio – "si può, tutt'al più, accettare in un altro senso e con funzione ben più modesta di quella che comunemente le è data: si può accettare come riflesso ed elemento della regola dei limiti oggettivi" (n. 21, p. 52).

constitui "fenômeno regular e natural, inspirado por exigência puramente lógica", não havendo, destarte, qualquer norma legal específica que discipline a sua respectiva extensão.⁹⁰

Sob esse aspecto, dado que as relações jurídicas são sempre bilaterais, muitas vezes são também conexas, podendo ocorrer que entre elas haja comunhão de questões: "Come gli uomini, così i rapporti giuridici vivono intensamente la vita di relazione; si accostano, s'intrecciano, si combinano...".⁹¹ Segundo essa doutrina, a chave da solução do problema é fornecida pelo nexo jurídico de prejudicialidade-dependência. Se porventura uma relação jurídica é prejudicial relativamente a outra, há entre elas um inequívoco nexo de dependência; dessa forma, a sentença proferida sobre a relação prejudicial influi necessariamente sobre a relação dependente. Em tais casos, "uma determinada relação jurídica interfere na estrutura de outra relação, com diferentes sujeitos; daí por que a existência (ou inexistência) da primeira é condição para o nascimento e, às vezes, até da permanência, da segunda". Exatamente porque a sentença constitui uma nova fonte de regulamentação do direito material da relação litigiosa é que ela acaba se inserindo na relação prejudicada.

Esse nexo de prejudicialidade-dependência ocorre, assim, quando uma relação jurídica constitui pressuposto de outra relação. Se a sentença transitada em julgado declara inexistente a relação prejudicial, a coisa julgada reflete-se sobre a relação dependente, certificando igualmente a sua inexistência, simplesmente porque esta não pode subsistir quando lhe falta um elemento essencial; mas, se, por outro lado, a sentença reconhece a existência da relação prejudicial, a coisa julgada projeta eficácia

⁽⁹⁰⁾ *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, n. 33, p. 122.

⁽⁹¹⁾ *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, n. 30, p. 69.

cia sobre a relação dependente: “*L'accertamento del rapporto pregiudiziale influisce sul rapporto dipendente: quella parte della fattispecie del rapporto dipendente, che è costituita dal rapporto pregiudiziale, resta fissata secondo le linee tracciate nella sentenza*”.⁹² Por exemplo: a relação jurídica entre o credor e o devedor principal é prejudicial no que concerne à relação entre o credor e o fiador, dependente da primeira; a relação do proprietário e do Poder Público em caso de expropriação de um imóvel é prejudicial quanto à relação jurídica do proprietário e do credor hipotecário...

Na percepção de Allorio, tal circunstância ocorre como uma consequência absolutamente natural dos “nexos estruturais entre relações jurídicas”.⁹³ *no CPC brasil. em rel. co. assistent. e deontol. de lei.*

Ademais, trilhando diretriz totalmente diversa, Allorio examina outra tipologia que, pelo contrário, autoriza o – por ele denominado – “alargamento da coisa julgada”, fenômeno determinado, não mais por um vetor lógico, mas por exigências práticas, para socorrer direitos dignos de tutela.⁹⁴ O autor constata que há situações especiais, nas quais a influência do julgado sobre relações jurídicas de terceiros não se dá por qualquer nexo de dependência. Na verdade, são relações independentes, ou seja, “a existência (ou a inexistência) da relação decidida não figura entre os pressupostos de constituição da relação do terceiro”. Todavia, ainda que independentes, há um significativo grau de conexão entre as posições jurídicas dos respectivos titulares. É isso que ocorre quando, no âmbito de relações jurídicas similares e concorrentes, a satisfação de todos os interesses é obtida por meio de um único evento, ou, tratando-se de direitos

⁽⁹²⁾ *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, n. 33, p. 71.

⁽⁹³⁾ *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, n. 40, p. 82.

⁽⁹⁴⁾ *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, n. 69, p. 122.

potestativos, mediante a mesma modificação jurídica. São os casos de concorrência subjetiva, como, por ex., a clássica hipótese de impugnação de deliberação societária por apenas um ou alguns dos legitimados.⁹⁵

Todas as situações dessa espécie são caracterizadas por um nexo de coordenação-necessária, que propicia a expansão da coisa julgada, fenômeno que não depende de um liame substancial, mas de um nexo de oportunidade instituído pelas leis processuais.⁹⁶

Mas, por certo, essas hipóteses de concorrência subjetiva não se confundem com as relações paralelas (*rapporti paralleli*), nas quais, embora haja coincidência do sujeito ativo ou passivo, o objeto é análogo, não idêntico (ação de anulação de ato administrativo, ação de anulação de negócio jurídico por vício de consentimento).⁹⁷ Em tais situações o regime da coisa julgada segue a regra, pois fica ela limitada exclusivamente às partes. A única exceção, na teoria de Allorio, atinente aos casos de relações paralelas, é a do litisconsórcio necessário, no qual a coisa julgada que foi produzida entre as partes estende-se aos terceiros, litisconsortes preteridos. Contudo – ressalta –, a eficácia da coisa julgada irrompe apenas “provisória”, porque aqueles, substancialmente prejudicados, poderão reagir contra ela por meio da oposição de terceiro⁹⁸, meio de impugnação já previsto no art. 510 do Código de Processo Civil italiano de 1865.

Interessa frisar que, transcorridas quase quatro décadas da obra de Allorio, no início dos anos 70, a tendência da ampliação subjetiva da coisa julgada, que então predominava no ambiente

⁽⁹⁵⁾ *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, n. 68, p. 118-119.

⁽⁹⁶⁾ *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, n. 69, p. 121.

⁽⁹⁷⁾ V., a respeito, por último, Alessandro Lolli, *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo*, n. 2, p. 108-109.

⁽⁹⁸⁾ *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, n. 74, p. 131.

da doutrina processual italiana, transforma-se em objeto de acurada reflexão. Essa tomada de posição, segundo Trocker, deveu-se à “descoberta” do contraditório, então contemplado no art. 24 da Constituição, ensejando que a problemática da imutabilidade da sentença em relação aos terceiros fosse revista.⁹⁹

É exatamente nesse contexto que Enrico Allorio se propõe a revisitar a sua obra por “ragioni imperiose di autocritica”. No saggio de introdução ao *Commentario del Codice di Procedura Civile*, por ele coordenado, escrito já sob a égide do art. 2.909 do Código Civil italiano e, sobretudo, da afirmação legislativa da garantia constitucional do direito de defesa, a tese antes propugnada sofre uma consciente e declarada retificação a respeito da posição do terceiro, alcançado pela coisa julgada, mas estranho do processo. Ele, então, reconhece que na obra de 1935 não havia sido considerada, com o rigor esperado, a “exigência de equidade”. Com efeito, no que toca, por exemplo, à relação jurídica de garantia, Allorio asseverara que a coisa julgada formada na relação prejudicial ingressava na relação dependente, tornando imutável para o fiador, que não participou do contraditório, a sentença proferida na causa entre o credor e o devedor. Modificando o seu pensamento, ressalva que se a coisa julgada sobre a existência da relação garantida for superveniente ao momento de formação da garantia (relação dependente), não pode haver dúvida de que se impõe preservar o direito de o terceiro ser ouvido!

Percebe-se assim que, como já visto, após ter afirmado ser “supérfluo” e “falso” o problema dos limites subjetivos da coisa julgada, passou o jurista italiano, nessa oportunidade, a reco-

⁽⁹⁹⁾ Enrico Allorio e la dottrina della riflessione della cosa giudicata rispetto ai terzi, n. 10, p. 368. Cf., também, Lolli, *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo*, n. 2, p. 111.

nhêcer a sua real importância, especialmente no que respeita à eficácia reflexa do julgado nos casos de prejudicialidade dependência entre relações jurídicas. E, assim, nessas hipóteses, que nada têm a ver com “o direito de ação e com o direito de defesa no processo, reconhecidos pela Constituição, o denominado *principio dos limites subjetivos da coisa julgada* fornece uma satisfatória justificação no plano da lei ordinária, que seria até temerário contestar a sua relevância prática”.¹⁰⁰

6.7. Teoria da eficácia natural (Liebman)

No mesmo ano de 1935, em que veio a lume a monografia de Allorio, era também estampada a de Liebman – *Efficacia ed autorità della sentenza*. O método utilizado por este autor nas premissas do trabalho, considerando, sob o ponto de vista crítico (mas sempre elegante), as anteriores teses, somado à inequívoca originalidade da teoria que desenvolveu, redundaria num amplo e fecundo debate, que, em alguns momentos, chegou a exorbitar o alto nível que se espera de uma erudita polêmica acadêmica.¹⁰¹ Não foi por menos que Edoardo Ricci, recentemente

⁽¹⁰⁰⁾ *Trent'anni di applicazione del Codice di Procedura Civile (saggio introduttivo)*, p. LXVI-LXVIII.

⁽¹⁰¹⁾ Refiro-me, em particular, aos dois escritos de Carnelutti, *Efficacia, autorità e immutabilità della sentenza*, de 1935; e *Bilancio di una polemica*, de 1937; ambos publicados na *Rivista di diritto processuale civile*, e, depois, reunidos nos *Studi di diritto processuale*, v. 3, 1939, p. 61 ss. e 77 ss., cujos termos utilizados em relação à obra de Liebman são extremamente insólitos (v., sobre esse embate científico, Dinamarco, *Polêmicas do processo civil*, Fundamentos do processo civil moderno, t. 1, 3ª ed., n. 126, p. 293-295; Celso Neves, *Cosa julgada civil*, n. 5, p. 399-400). Um artigo de Attardi também suscitou celeuma (*Il giudicato e un recente progetto di riforma*, *Rivista di diritto civile*, 1979, p. 265), na qual Liebman é censurado, enquanto membro da comissão de reforma do CPC italiano, por ter “imposto” a sua teoria no respectivo anteprojeto. Liebman respondeu a tais críticas em pelo menos dois

te, assinalou: “A doutrina posterior à tese de Liebman dividiu-se em duas fileiras contrapostas: os liebmanianos, de um lado, e os defensores da tradicional definição da coisa julgada como efeito declaratório, de outro”.¹⁰²

Sem embargo de o assunto ter sido amplamente tratado por Liebman em sucessivos ensaios, entendo que, em substância, para o desenvolvimento do presente estudo, a síntese de seu pensamento pode ser alinhada em três premissas básicas:

1º) a sentença, como ato emanado do poder estatal, gera eficácia, sem distinção, perante todos, partes (as primeiras que sofrem os efeitos) e terceiros. Esse fenômeno, denominado de *eficácia natural*, que decorre da obrigatoriedade ou da imperatividade inerente a qualquer ato provindo de órgão estatal é subjetivamente ilimitado, perante todas as relações e situações jurídicas conexas com aquela que foi objeto da sentença;

2º) a coisa julgada material não é um dos efeitos produzidos pela sentença, mas a qualidade da imutabilidade que recai sobre todos os efeitos da sentença (*autoridade*). O trânsito em julgado da sentença, no mesmo momento em que torna estável e irretratável a decisão como ato jurídico, provoca também a estabilidade e a irretratabilidade dos seus efeitos. Apenas a imutabilidade está sujeita a limites que não operam quanto à eficácia. Assim, a *autoridade da coisa julgada* não se confunde com a eficácia desta, mas é um complemento para tornar os efeitos insuscetíveis de qualquer modificação futura; e

3º) os terceiros igualmente são atingidos pelos efeitos da sentença, mas entre estes e as partes há uma fundamental dife-

artigos: *Ainda sobre a sentença e sobre a coisa julgada e Sentença e coisa julgada: recentes polêmicas*, inseridos, em apêndice, na obra *Eficácia e autoridade da sentença*, p. 170 ss. e 292 ss., respectivamente.

⁽¹⁰²⁾ *Enrico Tullio Liebman e la dottrina degli effetti della sentenza*, Enrico Tullio Liebman oggi – riflessioni sul pensiero di un maestro, n. 2, p. 90.

rença, porque, para os terceiros, a eficácia da sentença jamais se torna imutável. Os terceiros, atingidos pelos efeitos da sentença, portanto legitimados, sempre poderão impugná-la (a exemplo do que as partes podem fazer antes do trânsito em julgado). Nesse caso, o remédio processual sempre indicado, com muita ênfase, para atacar a decisão transitada em julgado, é a *oposição de terceiro*.¹⁰³

Diante dessas proposições teóricas, Liebman reafirma a validade da distinção entre eficácia da sentença e coisa julgada, invocando praticamente os mesmos exemplos que levaram outros processualistas a diferentes conclusões: fiador é atingido pela eficácia da sentença proferida entre o credor e o afiançado; demais sócios, em relação à sentença proferida na ação que acolhe o pedido de anulação de deliberação societária; devedores solidários, em relação à sentença que condena o devedor-réu etc...

Forçoso é reconhecer que a teoria de Liebman, realçada pela precisão técnica dos conceitos, teve o grande mérito de confinar a produção da coisa julgada às partes, em absoluta consonância com os termos da regra legal que então vigia (art. 1.351 CC de 1865) e com os do preceito que hoje vigora (art. 2.909 CC), enquanto aquela que alcança terceiros é apenas a eficácia da sentença. Desse modo, os terceiros atingidos pelos efeitos do *decisum*, não vinculados à coisa julgada, somente poderão defender-se ou insurgir-se contra a sentença se realmente tiverem sofrido efetivo prejuízo jurídico. Em outras palavras: nem todos os terceiros a quem a sentença proporcione prejuízo po-

⁽¹⁰³⁾ Cf., em particular, *Efficacia ed autorità della sentenza*, rist., n. 34, p. 95 ss. (= *Eficácia e autoridade da sentença*, n. 34, p. 123 ss.); *Manuale di diritto processuale civile*, 1, 6ª ed., n. 141, p. 275 ss.; e, por último, *Giudicato – diritto processuale civile*, Enciclopedia giuridica treccani, v. 15, 1989, p. 1 ss.

dem atacá-la, acusando-a de injusta. Essa faculdade só é atribuída a quem tiver interesse jurídico na arguição, por ser titular de um direito tangido pela eficácia da decisão. Se o prejuízo for meramente de fato, o terceiro não tem legitimidade para se insurgir contra a sentença; sujeita-se a ela tal como as partes.

Discordando da distinção entre categorias de terceiros interessados, Liebman observa que todos os efeitos manifestados por uma determinada sentença sobre as partes "ou (enquanto for possível) sobre terceiros, produzem-se sempre e unicamente porque quer a lei que se verifiquem, e parece sem base teórica e sem significação prática toda tentativa de instituir uma graduação, em vista dos destinatários que deles se ressintam, na série de efeitos abstratamente ilimitada que pode a sentença ter. Nesses, para sermos mais precisos, todo efeito que a sentença produzir, tomado em si e separadamente, permanece o único e sempre o mesmo, qualquer que seja o número das pessoas que lhes sofram as consequências"⁽¹⁰⁴⁾

Essa original orientação doutrinária, que restringe rigorosamente às partes e aos *aventi causa* (i. e., sujeitos a estas equiparados, *ex vi* do art. 2.909 do CC italiano⁽¹⁰⁵⁾) a autoridade da

⁽¹⁰⁴⁾ *Efficacia ed autorità della sentenza*, rist., n. 28, p. 65 (= *Eficácia e autoridade da sentença*, 2ª ed., n. 28, p. 89).

⁽¹⁰⁵⁾ A doutrina italiana, de um modo geral, esclarece que a expressão "aventi causa", contida no art. 2.909 do CC italiano, identifica os adquirentes a título derivado (cf., a propósito, com indicação de bibliografia, Luiso, *Sul concetto di "avente causa" dell'art. 2.909 cod. civ.*, *Rivista di diritto processuale*, 1982, p. 433 ss.). A dogmática processual brasileira desconhece a categoria conceitual dos "aventi causa".

Os processualistas franceses, embora num sentido mais amplo, também empregam a locução "ayants cause" para indicar terceiros vinculados à coisa julgada (v., a respeito, Jacques Héron, *Droit judiciaire privé*, n. 292, p. 214). Mais abrangente, igualmente, é o conceito no âmbito do direito espanhol. O art. 1.252, § 3º, do CC espanhol, precei-

coisa julgada, enquanto expande a todos os terceiros a eficácia natural da sentença, outorga à distinção estabelecida não apenas um valor semântico, mas efetivamente prático, porque admite que os efeitos possam ser paralisados pelo terceiro interessado, com a prova da injustiça da decisão proferida *inter alios*, mesmo depois de transitada em julgado. *P/ Testa...*

O esclarecimento de Liebman para o fenômeno da coisa julgada e de sua interação com os efeitos da sentença, como bem assinalou Talamini⁽¹⁰⁶⁾, está longe de constituir mera dissertação acadêmica. É, na verdade, de vital importância para a solução de problemas referentes aos limites subjetivos da coisa julgada, tema de significativa relevância prática e governado pelas garantias constitucionais do processo.

Aduza-se que, fora da Itália, o pensamento de Liebman encontrou terreno fértil no âmbito de modelos processuais, como o francês, que contemplam o instituto da oposição de terceiro.⁽¹⁰⁷⁾

tua que: "*Se entiende que hay identidad de personas siempre que los litigantes del segundo pleito sean causahabientes de los que contendieron en el pleito anterior ó estén unidos á ellos por vínculos de solidaridad ó por los que establece la indivisibilidad de las prestaciones entre los que tienen derecho á exigir las ú obligación de satisfacerlas*". V., examinando essa regra legal sob a perspectiva das garantias constitucionais do processo, Andrés de la Oliva Santos, *Sobre la cosa juzgada*, n. 35, p. 48-49. Para o significado de *privies* no sistema do *common law*, v., *infra*, cap. III, n. 15.

⁽¹⁰⁶⁾ *Coisa julgada e sua revisão*, n. 2.1.3, p. 35. Anote-se que o texto da densa monografia de Talamini, sobre os limites subjetivos da coisa julgada, foi também publicado sob o título *Partes, terceiros e coisa julgada (os limites subjetivos da coisa julgada)*, na obra coletiva *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*, coord. Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier.

⁽¹⁰⁷⁾ Cf., v. g., Louis Boyer, *Les effets des jugements a l'égard des tiers*, *Revue trimestrelle de droit civil*, 49, 1951, p. 163 ss., em especial, p. 188 ss.; mais recentemente, Roger Perrot, *La pensée du professeur Liebman en*

Hoje, entre os processualistas da França, há quem sustente, quanto ao tema aqui examinado, em contraposição à eficácia absoluta (ou imutável) da coisa julgada, uma eficácia relativa (ou mutável): a primeira produz-se somente entre aqueles que efetivamente participaram do processo; a segunda concerne aos terceiros que podem impugnar a coisa julgada *inter alios*, por meio da *tierce opposition*. Afirma-se que, nesse caso, a coisa julgada está sujeita à *opposabilité*.¹⁰⁸

Em recente monografia específica publicada na Espanha constata-se, sem esforço, que o pensamento de Liebman também norteou as premissas gerais desenvolvidas pela autora.¹⁰⁹

No Brasil, a par da adesão expressada na *Exposição de Motivos* do vigente Código de Processo Civil, a moderna doutrina é francamente favorável à tese de Liebman, sobretudo no que se refere ao seu perfil conceitual.

Não se verifica o mesmo consenso, no entanto, quanto ao objeto da imutabilidade. Apesar de não afetar o núcleo da importante distinção idealizada por Liebman, entendo procedente a refinada objeção, no tocante a esse referido ponto, que Barbosa Moreira formulou acerca da posição de Liebman. *

Como é cediço, não sendo mais possível a interposição de qualquer recurso ordinário ou extraordinário contra sentença de mérito, opera-se a coisa julgada material (art. 467 CPC). Mas

France, Enrico Tullio Liebman oggi – riflessioni sul pensiero di un maestro, p. 11 ss; *La cosa giudicata: recenti sviluppi nel diritto francese*, Rivista di diritto processuale, 1982, p. 1 ss.

⁽¹⁰⁸⁾ Vincent e Guinchard, *Procédure civile*, 25ª ed., n. 182, p. 226-227; Trocker, *Giudicato – diritto comparato e straniero*, Enciclopedia giuridica treccani, v. 15, 1989, n. 3.2, p. 4.

⁽¹⁰⁹⁾ Cecilia Rosende Villar, *La eficacia frente a terceros de las sentencias contencioso-administrativas*, cap. 1, p. 21 ss.

esta, para Barbosa Moreira, não consiste exatamente na imutabilidade dos efeitos da sentença, mas, sim, na imutabilidade do conteúdo do comando da sentença. Os efeitos da sentença admitem eventual modificação ou até são passíveis de extinção.

Esclarecendo o seu posicionamento, aduz Barbosa Moreira que a marca da imutabilidade e da indiscutibilidade não pode se projetar sobre os efeitos da sentença. Na verdade, estes não estão fadados a perdurar indefinidamente. A eficácia executiva da sentença de natureza condenatória é predestinada a desaparecer, porque, depois de efetivada a execução forçada ou o cumprimento espontâneo da ordem judicial pelo devedor, não subsistirá qualquer vestígio dela. O efeito da sentença constitutiva, que se identifica com a modificação jurídica operada, é, a toda evidência, suscetível de futuras alterações, e até de completo desaparecimento, caso as partes, desde que possível, se disponham a restaurar, por acordo de vontades, a preexistente situação. A sentença declaratória, a seu turno, elimina a crise de certeza, declarando a existência ou a inexistência de uma determinada relação jurídica. Contudo, após o trânsito em julgado, poderá extinguir-se a relação jurídica declarada existente ou nascer a relação jurídica declarada inexistente...¹¹⁰

⁽¹¹⁰⁾ *Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada*, *Ajuris - Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, 28, 1983, n. 8, p. 30-31; *Temas de direito processual*, 3ª s., p. 109. No passado, Barbosa Moreira já havia enfrentado esse mesmo assunto em inúmeros ensaios: *Ainda e sempre a coisa julgada*, *Direito processual civil*, p. 133 ss.; *Cosa julgada e declaração*, *Temas de direito processual*, 1ª s., p. 81 ss.; e, mais recentemente, *Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema*, *Revista de Processo*, n. 40, 1985, p. 7 ss. V., aderindo, em parte, à crítica de Barbosa Moreira, Rogério Lauria Tucci, *Curso de direito processual civil*, v. 3, p. 111; Ovídio Baptista da Silva, *Eficácias da sentença e coisa julgada*, *Sentença e coisa julgada*, § 6º, p. 105, o qual, no entanto, em tom polêmico, defende que a imutabilidade, provocada pela coisa jul-

Parece-me, pois, que a teoria de Liebman, nesse particular, não deu o necessário relevo ao conteúdo decisório da sentença, correlacionando-o com a respectiva eficácia externa ao provimento. Contudo, a crítica de Barbosa Moreira ao pensamento de Liebman é antes um reparo do que uma insuperável oposição. Afinal, consoante o correto confronto feito por Talamini, o próprio mestre italiano reconheceu “que a relação jurídica que foi objeto da sentença pode posteriormente ser modificada pelas partes, sem que isso afete a coisa julgada (usava como exemplo um daqueles utilizados por Barbosa Moreira: o pagamento, com o que ‘perde a condenação todo o valor’). Mais ainda, em outra passagem Liebman diz mesmo que a ‘precisa’ definição da coisa julgada é a de ‘imutabilidade do comando emergente de uma sentença’ (apesar de que, a seguir, ao procurar explicar o sentido da definição, afirma que a definitividade recai não apenas sobre o ato em si, mas também sobre os seus ‘efeitos’)”.¹¹¹

6.8. Teorias ecléticas (Pugliese e Carpi)

Todo esse amplo material de altíssimo nível científico sobre os limites subjetivos da coisa julgada, revisado, de certo modo, pela aludida monografia de Liebman, já representava, na segun-

gada, recai sobre o efeito declaratório da sentença. V., seguindo a posição de Ovídio Baptista da Silva, Sérgio Gilberto Porto, *Coisa julgada civil*, n. 9, p. 71; e, ainda, o lúcido balanço do debate na literatura pátria, Araken de Assis, *Eficácia civil da sentença penal*, n. 21, p. 127 ss. Celso Nevez, por sua vez, com apoio na doutrina de Mario Vellani, reputa inaceitável a proposição de Liebman, sobretudo porque “a autoridade da coisa julgada não acrescenta uma ulterior qualidade à eficácia da sentença”. Antes de passar, formalmente, em julgado, a sentença produz, apenas, os efeitos previstos pela lei. Só depois é que gera novos efeitos, diversos daqueles até então verificados e são estes, os únicos, “vinculados à imperatividade da declaração” (*Coisa julgada civil*, ns. 2 e 3, p. 444-445).

⁽¹¹¹⁾ *Coisa julgada e sua revisão*, n. 2.1.3, p. 36.

da metade do século XX, um “tema clássico” na literatura processual da Europa continental e, em particular, da Itália. Essa afirmação, aliás, vem certificada por Habscheid, que examinou, em detalhes, as múltiplas tendências doutrinárias sobre o assunto.¹¹²

Ao que tudo indica, provavelmente pela efetiva dimensão dos problemas que derivavam da interpretação do art. 2.909 do Código Civil italiano, o convite à reflexão continuava válido.

No verbete escrito por Pugliese para a *Enciclopedia del diritto*, que corresponde, reunidas as duas partes (*storia e diritto vigente*), a um verdadeiro livro, depois do exame pontual das várias teorias, formuladas em época moderna, o autor não admite que a distinção entre eficácia direta e reflexa da sentença decorra de fenômenos diferentes, visto que, em ambas as situações, é a coisa julgada que se estende a terceiros. Pensar diferente seria o mesmo que “camuflar” a autoridade da coisa julgada.¹¹³

A diferença consiste no modo pelo qual os terceiros se colocam perante a coisa julgada. Pugliese distingue os terceiros titulares da mesma relação jurídica deduzida em juízo por outros, ou de situações àquela análoga, daqueles titulares de direitos subordinados aos já decididos com força de coisa julgada para outrem. Os primeiros são atingidos pela eficácia direta, estes últimos, pela eficácia reflexa; em ambas as hipóteses o resultado é o mesmo, ou seja, a ampliação da coisa julgada além das partes que figuram no processo.¹¹⁴

Pugliese, de fato, afirma que para chegar a um resultado plausível, não é preciso distorcer o art. 2.909 do Código Civil, mas é suficiente conferir uma interpretação extensiva aos vocábulos *parti e aventi causa*, com os quais o legislador apontou os sujeitos alcançados pela coisa julgada. Por *parti* deve-se enten-

⁽¹¹²⁾ *Droit judiciaire privé suisse*, 10^a ed., § 52, p. 321 ss.

⁽¹¹³⁾ *Giudicato civile (dir. vig.)*, n. 30, p. 882.

⁽¹¹⁴⁾ *Giudicato civile (dir. vig.)*, n. 30, p. 884.

der, além dos sujeitos em juízo, os titulares de situações jurídicas idênticas ou análogas àquela decidida; e, por *aventi causa*, a despeito da vagueza da expressão, os titulares de posições juridicamente dependentes, em sentido amplo, daquela deduzida em juízo. Assim, é o próprio direito positivo (art. 2.909 CC) que legitima a extensão da coisa julgada a uma ampla categoria de sujeitos.

Assinala, ainda, que, à luz do direito positivo italiano, para admitir que a coisa julgada impõe efeitos contra determinados terceiros, não há qualquer necessidade de disfarçar essa autoridade sob outros conceitos ou artifícios técnicos, de modo a fazê-la parecer estranha ao enunciado do art. 2.909. Realmente, tais terceiros, adstritos à coisa julgada, têm, de alguma forma, sob o prisma jurídico, relações dependentes com a das partes do processo, que acabam também sendo considerados “parte”, no plano do direito material, e, portanto, incluídos entre os *aventi causa*, estando uns e outros contemplados na moldura do art. 2.909 do *Codice Civile*.¹¹⁵

Em conclusão, Pugliese enumera os requisitos genéricos aos quais a coisa julgada deve responder para ter aptidão de produzir efeitos contra sujeitos estranhos ao processo: a) reconhecimento da legitimidade das partes (*legittimi contradictores*) no processo em que proferida a sentença transitada em julgado; b) que o terceiro, contra quem se pretende invocar a coisa julgada, não seja titular da situação decidida ou de uma situação com esta incompatível, que lhe autorize deduzir a primeira ou a segunda em juízo; e, por fim, c) que a coisa julgada não seja fruto de colusão ou dolo das partes que cause dano ao terceiro.¹¹⁶

Na seqüência do tempo, surge uma inovadora abordagem sobre os limites subjetivos da coisa julgada, elaborada por Federico Carpi, que questiona a existência de uma eficácia *ultra*

⁽¹¹⁵⁾ *Giudicato civile (dir. vig.)*, n. 30, p. 884.

⁽¹¹⁶⁾ *Giudicato civile (dir. vig.)*, n. 31, p. 884-885.

partes própria da sentença: é preferível – ressalta – empregar o conceito de “alargamento” da coisa julgada.¹¹⁷

Carpi reporta-se à doutrina de Calamandrei para lembrar que, em algumas situações, o poder de provocar a jurisdição vem atribuído a pessoas que não são os titulares da relação litigiosa. Essa predeterminação decorre da lei, tanto no direito de família, quanto em relação aos membros de uma associação ou sociedade (legitimação por categoria). Afirma que em tais hipóteses o interesse particular é tutelado enquanto “instrumento” para a realização de um interesse supraindividual. “O interesse público coloca-se portanto como um diafragma entre o sujeito e a tutela jurisdicional”.

Assim, essa peculiaridade que conota algumas das situações subjetivas tuteladas e que, ainda, acaba provocando alterações na estrutura do processo, traz como conseqüência a extensão *ultra partes* da coisa julgada.¹¹⁸

Colocando à prova a dinâmica de sua tese pelo método indutivo, Carpi vale-se, entre outros, de conhecido exemplo: na impugnação de deliberação societária, “a tutela jurisdicional não é dada para a realização de um direito substancial do qual seja exclusivo titular o sujeito que age, mas, sim para a satisfação do interesse concorrente dos outros membros do grupo e, em última análise, do direito da organização”; e, por essa razão, transitada em julgado a sentença, qualquer que tenha sido o seu conteúdo, a coisa julgada estende-se a todos os demais interessados. Esse fenômeno, que denomina de “*allargamento del giudicato ultra partes*”, verifica-se igualmente no caso de impugnação do vínculo matrimonial, cuja legitimação é outorgada a quem tenha interesse legítimo e atual (art. 117 CC italiano), e, portanto, o autor pode muito bem não ser o titular da posição subjetiva

⁽¹¹⁷⁾ *L'efficacia “ultra partes” della sentenza civile*, n. 4, p. 16.

⁽¹¹⁸⁾ *L'efficacia “ultra partes” della sentenza civile*, n. 15, p. 61-62.

em jogo (Ministério Público, por exemplo). Aqui também, a imutabilidade da sentença estende-se a todos os interessados.¹¹⁹

6.9. Posicionamentos restritivos (Monteleone e Vocino)

Em ensaio de síntese, que se reporta à evolução doutrinária sobre os limites subjetivos da coisa julgada, Monteleone, mostrando-se alarmado com a ampliação sugerida por Pugliese, surge-se contra tal proposta, que, por exemplo, chega a ponto de incluir, entre os *aventi causa* do devedor, os credores de qualquer espécie. Na verdade, o direito de crédito destes, quanto à sua existência, não depende, de modo algum, das relações patrimoniais do devedor com terceiros. Eliminada a categoria dos terceiros indiferentes – pela tese de Pugliese –, restariam todos os outros sujeitos titulares de direitos que, de uma forma ou de outra, estariam juridicamente ligados ao julgado. No que concerne a estes – todos potencialmente atingidos –, a coisa julgada operaria sem qualquer gradação ou distinção, diante daquela interpretação extensiva que é atribuída aos termos *parti e aventi causa*, contidos no art. 2.909 do Código Civil italiano.

Para Monteleone a exposição de Pugliese, revestida com novas cores, não destoa, na realidade, das teorias que tendem a alargar as barreiras impostas pelo direito positivo, com o intuito de esclarecer aqueles fenômenos que permitem a extensão *ultra partes* da coisa julgada.¹²⁰

Já no que concerne à obra de Carpi, Monteleone reconhece que, efetivamente, não se pode negar que existem inúmeras relações jurídicas que fogem do tradicional esquema bilateral de direitos subjetivos, nos quais se denota a perda do monopólio da ação pelo respectivo titular. Todavia, essas situações não au-

⁽¹¹⁹⁾ *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, n. 17, p. 67; n. 18, p. 68; n. 36, p. 155-156.

⁽¹²⁰⁾ *I limiti soggettivi del giudicato civile*, n. 6, p. 70.

torizam concluir que o interesse que emerge destas é "público". Ademais, a tese de Carpi, que despreza a distinção entre eficácia e imutabilidade da sentença, deixa dúvidas. De fato, aduz Monteleone que, no caso da anulação de deliberação societária, a questão pode ser resolvida de modo bem mais simples, desde que se considere, com arrimo no art. 2.377 do Código Civil, constituir a extensão da coisa julgada aos demais interessados uma exceção à regra do art. 2.909. Quanto à ação de nulidade de casamento, ajuizada por qualquer um dos legitimados, deve naturalmente dirigir-se aos cônjuges e, por essa razão, não se compreende contra quais outros sujeitos – além dos cônjuges, litisconsortes necessários, e do autor da demanda – deva estender-se a coisa julgada!¹²¹

Posicionando-se visceralmente contra qualquer tentativa de ampliação dos estreitos limites legais da coisa julgada perante terceiros, Monteleone é veemente: "não é necessário qualquer esforço dialético para demonstrar que, sujeitar por via direta ou reflexa, um terceiro à coisa julgada *inter alios*, com aquilo que aí tem de peculiar, vale dizer, a imutabilidade da sentença em qualquer processo futuro, equivale a privá-lo da faculdade de agir em prol da defesa de seu direito..."¹²²

Assim, segundo o entendimento de Monteleone, não existe, a rigor, diferença considerável entre eficácia "direta" e eficácia "reflexa", porque é sempre o fenômeno da autoridade da coisa julgada que atinge as partes e terceiros; a extensão da coisa julgada a terceiros constitui circunstância de todo excepcional, que só pode ser autorizada pela lei.¹²³

⁽¹²¹⁾ *I limiti soggettivi del giudicato civile*, n. 11, p. 125 ss., p. 130; n. 12, p. 141-142.

⁽¹²²⁾ *I limiti soggettivi del giudicato civile*, n. 14, p. 156.

⁽¹²³⁾ *I limiti soggettivi del giudicato civile*, n. 12, p. 133 ss. Examinando o clássico exemplo da ação de impugnação de deliberação societária pro-

Corrado Vocino, a seu turno, aponta ausência de homogeneidade conceitual na doutrina, ao mesmo tempo em que revela perplexidade com os rumos teóricos que expandiam a eficácia da coisa julgada a terceiros que não tiveram efetiva participação no processo de formação da sentença. Adepto da teoria de Ugo Rocco, Vocino não reconhece utilidade alguma para uma extensão da eficácia reflexa da sentença, até porque a decisão não fica imune a futuras contestações pelo terceiro.¹²⁴

De um modo geral, os defensores de uma interpretação liberal do art. 2.909 do Código Civil italiano admitem a projeção excepcional da eficácia reflexa *ultra partes* apenas e tão-somente nas hipóteses autorizadas pela lei (v. g.: art. 1.595 CC – sublocatário que sofre os efeitos da rescisão da locação).

Pode-se afirmar que era esse, em linhas gerais, até a década dos anos 70, o panorama do instituto analisado na presente tese.

7. Síntese conclusiva da evolução doutrinária

Diante do quadro expositivo da evolução do pensamento dogmático sobre a problemática que envolve os limites subjetivos da eficácia da sentença e da extensão da coisa julgada, reputo indispensável, para a continuação do estudo proposto, fixar algumas balizas de ordem conclusiva.

movida por um ou alguns dos sócios, Monteleone sustenta que, a despeito da regra explícita do art. 2.377 do CC italiano, não há qualquer afronta ao princípio *res inter alios iudicatas aliis non praeiudicare*; é pura “ilusão de ótica”, porque a sentença opera diante da “sociedade”, e os sócios nada mais são do que células de todo o “edifício social” (n. 12, p. 142).

⁽¹²⁴⁾ *Su alcuni concetti e problemi del diritto processuale civile – IV: cosa giudicata e suoi limiti soggettivi*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1971, n. 10, p. 514-515. Salienta Vocino: “... ou os terceiros podem novamente discutir, em outro processo, a relação jurídica antes decidida entre outras partes ou, mais verossimilmente, entre uma outra parte e o atual litigante, e então o reflexo da eficácia da sentença não existe; ou não podem fazê-lo, e, assim, operar-se-ia para eles terceiros a imutabilidade da sentença passada em julgado” (p. 497).

As inúmeras teorias sobre o tema não seguem um perfil metodológico homogêneo, visto que se assentam em perspectivas e pressupostos diferenciados, cada qual procurando resultados coerentes com o respectivo ordenamento jurídico, tanto no plano do direito material, quanto na órbita do processo. Abstração feita de premissas que particularizam, na sua essencialidade, as várias teses examinadas, é possível dizer que, em linhas gerais, a despeito do período temporal que as distancia, acabam elas se completando diante do exame, por diferentes prismas, de idênticas questões jurídicas.

Com tais ressalvas, é possível alinhar, do cotejo feito entre as principais teorias, as seguintes premissas:

a) é da tradição do direito romano-canônico a regra de que a *res iudicata* produz eficácia apenas *inter partes*, não podendo beneficiar nem prejudicar terceiros;

b) a coisa julgada vale para todos como decisão imutável formada entre as partes;

c) ainda que se atribua valor absoluto à coisa julgada, terceiros podem excepcionalmente ser alcançados pela eficácia da sentença e do julgado formado *inter alios*;

d) para explicar esse fenômeno, num primeiro momento, tornou-se relevante a distinção entre eficácia direta, que afeta exclusivamente as partes, e eficácia reflexa da coisa julgada que, em caráter excepcional, atinge terceiros;

e) a eficácia reflexa não é programada pela lei, e tampouco deliberada pelo juiz: emerge de um fenômeno puramente lógico, determinado, no campo do direito material;

f) a eficácia reflexa atinge aqueles terceiros que têm uma vinculação jurídica com o objeto do primeiro processo, ou seja, com a relação controvertida na causa, sob a forma de um nexo de prejudicialidade;

g) para a compreensão do fenômeno da eficácia *ultra partes* da sentença e da extensão da coisa julgada, torna-se impor-

tante distinguir entre os *terceiros juridicamente indiferentes* a decisão proferida no processo do qual não participaram e os *terceiros juridicamente interessados*, que têm algum interesse no resultado da demanda;

h) dentre estes, há aqueles terceiros que são titulares de relação jurídica compatível com aquela decidida, mas que podem sofrer um prejuízo de fato; e há os terceiros titulares de uma relação jurídica incompatível com aquela que é objeto da sentença;

i) a eficácia da sentença não se confunde com a autoridade da coisa julgada;

j) os efeitos que emanam da sentença não estão condicionados ao respectivo trânsito em julgado;

l) a distinção entre eficácia direta e eficácia reflexa (da sentença ou da coisa julgada) encontra-se superada, porque aquela que pode afetar um terceiro em nada se diferencia da que é produzida entre as partes;

m) a extensão *ultra partes* dos efeitos da sentença verifica-se quando houver um nexo de prejudicialidade entre a causa decidida e a relação jurídica que envolve o terceiro;

n) o terceiro prejudicado, nestas condições, para afastar a eficácia do *decisum*, legitima-se a recorrer às vias processuais adequadas;

o) tendo-se em vista a posição jurídica de subordinação do terceiro ou a natureza do direito material em jogo, é a própria imutabilidade do comando da sentença que acaba atingindo aquele que não participou do processo;

p) havendo prejuízo jurídico ao terceiro, a coisa julgada deve ser considerada *res inter alios*; trazendo-lhe benefício, o terceiro, de um lado, não está obrigado a valer-se da posição de vantagem que lhe foi propiciada pela sentença; e, de outro, não pode opor-se ao julgado, porque é carecedor de interesse processual para insurgir-se contra a coisa julgada.

Capítulo III

GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E POSIÇÃO DOS TERCEIROS

Sumário: 8. Noção de devido processo legal (em sentido processual). 9. Princípio do contraditório. 10. Posicionamento da doutrina e da jurisprudência sob o enfoque constitucional. 11. Inconstitucionalidade de atual orientação jurisprudencial (pluralidade de legitimados para demandar indenização por dano moral). 12. Princípio da isonomia processual. 13. Posicionamento da doutrina: inviabilidade da coisa julgada *secundum eventum litis*. 14. Garantias constitucionais do processo e eficácia da sentença arbitral. 15. Garantias constitucionais do processo e *collateral estoppel*. 16. Terceiros nas ações coletivas e a coisa julgada *secundum eventum probationis*. 17. *Right to opt out* como expressão das garantias constitucionais do processo. 17.1. *Nota prévia*. 17.2. *Estados Unidos*. 17.3. *Canadá*.

8. Noção de devido processo legal (em sentido processual)

O atual ideário determinante da (terceira) onda de renovação da ciência processual, que concebe o processo como instrumento ético e tendente à pacificação social, enseja uma natural evolução de inúmeros princípios e regras que passam a ser alvo de novas e importantes exigências. O desenvolvimento científico, que enriquece o estudo do direito em geral e do processo civil em particular, torna-se ainda mais atraente e fecundo naquelas hipóteses em que as alterações e aperfeiçoamentos repercutem, positiva ou negativamente, na prática forense.

É o que ocorreu, por exemplo, com a consagração da *garantia ao processo sem dilações indevidas*, a reclamar julgamen-

to dentro de um *prazo razoável*, que tem sido por demais prestigiada nos dias de hoje, inclusive em sede constitucional (art. 5º, LXXVIII, CF), dada a inafastável repercussão do tempo na efetividade da tutela jurisdicional. A excessiva duração do litígio vulnera a garantia do devido processo legal. Desacata os tribunais, perpetua a angústia e gera enorme prejuízo, material e moral, àqueles que protagonizam o combate judiciário.

Lei suprema que é, a Constituição Federal situa-se no ponto culminante da hierarquia das fontes do direito, contendo os fundamentos institucionais e políticos de toda a legislação ordinária. Em seus textos repousam numerosas regras e institutos atinentes ao processo. Ademais, ao lado de seu perfil técnico, deslocado para a vertente constitucional, o direito processual vem moldado por duas diferentes exigências: precisão formal e justiça substancial. E nesse conflito dialético entre exigências contrapostas, não obstante dignas de proteção, são inseridas as garantias constitucionais do processo nas Cartas Constitucionais dos Estados democráticos modernos.¹²⁵

Destacada página da história da liberdade, a garantia constitucional do devido processo legal deve ser uma realidade em todo o desenrolar do processo judicial, de sorte que ninguém seja privado de seus direitos, a não ser que no procedimento em que este se materializa se constatem todas as formalidades e exigências em lei previstas. Como precisa Couture, consiste ela, genericamente, “*en no ser privado de la vida, libertad o propiedad sin la forma que establece la ley y de una ley dotada de todas las garantias de proceso parlamentario*”.¹²⁶ E, ainda,

⁽¹²⁵⁾ Cf. Trocker, *Processo civile e costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*, p. 735-736; Tucci e Cruz e Tucci, *Constituição de 1988 e processo*, n. 6, p. 17.

⁽¹²⁶⁾ *Las garantias constitucionales del proceso civil*, Estudios de derecho procesal civil, t. 1, 2ª ed., p. 51.

em outra enfática afirmação, “a teoria da tutela constitucional do processo consiste em estabelecer, no ordenamento hierárquico das normas jurídicas, o primado da Constituição sobre as formas legais ou regulamentadoras do processo”.¹²⁷

Por outras palavras, impõe-se assegurar a todos os membros da coletividade um processo governado pelo amplo *acesso à justiça*, perante um *juiz natural* ou *pré-constituído*, com um *igual tratamento dos sujeitos parciais do processo*, para que possam defender os seus direitos em *contraditório*, com *todos os meios e recursos a ele inerentes*, dando-se *publicidade dos atos processuais e motivando-se os respectivos provimentos*; tudo dentro de um *lapso temporal razoável*.

Como pressuposto de um processo revestido de todas essas garantias, é imprescindível que os titulares de direitos ameaçados ou violados possam submeter as suas respectivas pretensões à apreciação dos órgãos jurisdicionais. O art. 5º, inc. XXXV, do texto constitucional, consagra o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, que, no dizer de Alfredo Buzaid, constitui “uma trincheira inexpugnável sobre a qual se funda o direito de apelar para o Poder Judiciário, a fim de afastar um dano injusto...”.¹²⁸

Acrescente-se, por oportuno, que a Constituição Federal em vigor procurou expressar, de tal forma, esses princípios, não só em vários incisos do art. 5º, como, ainda, em outras preceituações, que chegou a incorrer em inequívoca (mas benfazeja!...) redundância, ao inserir no inc. LIV do art. 5º, uma cláusula geral, assegurando, expressamente, o denominado *due process of*

⁽¹²⁷⁾ Couture, *La garanzia costituzionale del “dovuto processo legale”*, *Rivista di diritto processuale*, 1954, p. 100-101.

⁽¹²⁸⁾ *Inafastabilidade do controle jurisdicional*, Estudos e pareceres de direito processual civil, n. 5, p. 314.

law: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

De todos os importantes corolários da garantia de um processo justo, pelo menos dois deles entram em crise diante da extensão *ultra partes* da coisa julgada. São eles os princípios do contraditório e da isonomia processual.

9. Princípio do contraditório

O princípio constitucional do contraditório – e o seu desdobramento na garantia do direito de defesa¹²⁹ – corresponde a

⁽¹²⁹⁾ A doutrina processual mais recente traça distinção entre contraditório e ampla defesa. Enquanto o contraditório é considerado um fenômeno estrutural e objetivo do processo, que se materializa no procedimento, pela participação das partes na formação da decisão judicial, o direito de defesa exprime a necessidade de uma defesa técnica (v., a respeito, Andolina e Vignera, *Il modello costituzionale del processo civile italiano*, n. 2, p. 153-154; *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*, p. 173-175; e, na literatura pátria, por último, Bedaque, *Efetividade do processo e técnica processual: tentativa de compatibilização*, n. 19, p. 478-479). Não obstante, Comoglio destaca que *contraditório e defesa* constituem denominação análoga, que traduzem a noção de participação, dotada de paridade de armas e de efetiva *chance* de sucesso no resultado da demanda (*Le garanzie costituzionale*, in Comoglio, Ferri e Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, n. 5, p. 64-66). V., nesse sentido, Alex Carocca Pérez, *Garantía constitucional de la defensa procesal*, n. 1.3, p. 17 ss. Cf., ainda, em senso idêntico, considerando o contraditório e a ampla defesa aspectos do mesmo fenômeno, Bedaque, *Os elementos objetivos da demanda examinada à luz do contraditório*, Causa de pedir e pedido no processo civil (obra coletiva), coord. Cruz e Tucci e Bedaque, n. 1.2, p. 19. Para o tema dos limites subjetivos da coisa julgada, parece-me interessante a distinção feita por Gian Franco Ricci: "*Difesa e contraddittorio non sono cose identiche, soprattutto perché il contraddittorio ha carattere preventivo e cioè deve essere attuato prima dell'emanazione del provvedimento, mentre la difesa può anche essere successiva*" (*Principi di diritto processuale generale*, 3.1, p. 142-143).

um postulado considerado "eterno" e, mais do que qualquer outro, "encarna no seio das mais diferentes culturas jurídicas, dois mil anos de história processual"¹³⁰. Realmente, nenhuma restrição de direitos pode ser admitida sem que se propicie à pessoa interessada a produção de *ampla defesa* (*nemo inauditus damnari potest*), e, conseqüentemente, esta só poderá efetivar-se em sua *plenitude* com o estabelecimento da *participação ativa e contraditória* dos sujeitos parciais em todos os atos e termos do processo.

É o que, aliás, ampliando, explicitamente, tradicional regra de nosso ordenamento jurídico¹³¹, a atual Constituição Federal reitera no inc. LV do art. 5º: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

O processo judicial, como instituição eminentemente dialética, em qualquer de suas vertentes, encontra-se sob a égide do princípio do contraditório. Não se faz possível conceber um processo unilateral, no qual atue somente uma parte, visando à obtenção de vantagem em detrimento do adversário, sem que se lhe conceda oportunidade para apresentar as suas razões. Se não deduzi-las, a despeito de ter sido convocado, sofrerá os ônus da inatividade, situação que lhe poderá ser fatal, embora não obrigatoriamente, como resultado inevitável. O contraditório, ademais, deve igualmente ser observado no desenvolvimento do

⁽¹³⁰⁾ Cf. Habscheid, *Introduzione al diritto processuale civile comparato*, § 20, p. 151.

⁽¹³¹⁾ A garantia do contraditório foi elevada ao plano constitucional, no Brasil, pela Constituição de 1946 (art. 141, § 25), tendo sido conservada na Carta de 1967, com a redação que lhe deu a Emenda n. 1, de 1969 (art. 153, § 16). Cf., a respeito, Tucci e Cruz e Tucci, *Constituição de 1988 e processo*, n. 16, p. 60 ss.

processo, para que ambos os protagonistas, em franca colaboração com o juiz, possam efetivamente participar e influir no provimento final.¹³²

Acrescente-se, com Tarzia¹³³, que, garantindo aos sujeitos parciais uma equivalência nas respectivas posições, por eles assumidas, o contraditório sedimenta-se na possibilidade de atuação, não em momentos episódicos, mas traduzindo-se numa série sucessiva de opções, estratégias e reações, que tornam efetiva a mútua e ampla defesa.

É por essa razão que Fazzalari adverte: quando se consegue a participação no *iter* de formação de um provimento decisório daqueles que serão os seus destinatários, obtem-se uma evidente vantagem em termos de liberdade e de tutela dos interesses.¹³⁴

⁽¹³²⁾ V., nesse sentido, a precisa exposição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Garantia do contraditório*, Garantias constitucionais do processo civil, p. 132 ss; *O juiz e o princípio do contraditório*, Revista do Advogado da AASP, n. 40, 1993, p. 37, com a observação, lastreada em moderna orientação doutrinária alemã e italiana, de que a liberdade outorgada ao órgão jurisdicional de eleger a norma a ser aplicada, até mesmo independentemente de sua invocação pelo interessado, não dispensa a colheita de prévia manifestação das partes sobre os novos rumos a serem imprimidos à solução do litígio, em homenagem à regra do contraditório. No mesmo sentido: Bedaque, *Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório*, Causa de pedir e pedido no processo civil (obra coletiva), coord. Cruz e Tucci e Bedaque, n. 1.2, p. 21-22.

⁽¹³³⁾ *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, Rivista di diritto processuale, 2001, n. 7, p. 11. V., expondo opinião análoga, Vittorio Coesanti, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, Rivista di diritto processuale, 1975, p. 583; Sergio Chiarloni, *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile*, Rivista di diritto processuale, 2000, n. 5, p. 1.020-1.021.

⁽¹³⁴⁾ *La sentenza in rapporto alla struttura e all'oggetto del processo*, La sentenza in Europa (obra coletiva), p. 316.

Revelando-se, enfim, no *direito de audiência*, a regra do contraditório faz-se ínsita à administração de uma justiça bem organizada, e exaltada, com razão, como a mais destacada dentre as garantias processuais, porque é aquela que permite a manifestação das duas partes (*Grundsatz des beiderseitigem Gehörs*): "Absolutamente inseparável da administração da justiça organizada, encontra igualmente expressão no preceito romano: *audiatur et altera parte* e no provérbio alemão de época medieval: '*Eines mannes red ist keine red, der richter soll die deel verhoeren beed*' ('a alegação de um só homem não é alegação, o juiz deve ouvir ambas as partes')".¹³⁵

O traço distintivo que realmente conota o processo judicial é o contraditório, cujo pressuposto básico é que ele se desenvolva num plano de absoluta paridade entre as partes. Paridade tem o significado de que todas as partes que atuam no processo devem dispor de oportunidades processuais preordenadas e simétricas. Segundo escreveu Vincenzo Caianiello, presidente emérito da Corte Constitucional italiana, "na teoria do processo judicial, a paridade das partes constitui condição do contraditório, que, por sua vez, é a essência do processo".¹³⁶

Esse raciocínio é válido, inclusive e obviamente, para as situações que comportam decisões *inaudita altera parte*, uma vez que, como explica Giuseppe Martinetto, elas ostentam o caráter de provisoriedade, abrindo-se ao outro sujeito parcial do processo, antes que se tomem definitivas, a possibilidade de pronta defesa. Na verdade, como já tive oportunidade de esclarecer,

⁽¹³⁵⁾ Cf. Robert Wyness Millar, *The Formative Principles of Civil Procedure*, A History of Continental Civil Procedure, p. 6. V., nesse sentido, Tucci e Cruz e Tucci, *Constituição de 1988 e processo*, n. 18, p. 67-68.

⁽¹³⁶⁾ *Riflessioni sull'art. 111 della Costituzione*, Rivista di diritto processuale, 2001, n. 2, p. 48.

em tais hipóteses, de “contraddittorio posticipato” ou “diferito”, a garantia da audiência bilateral não se delinea violada, mas, por certo, tão-só adiada para um momento imediatamente sucessivo à formação do provimento judicial liminar, restaurando-se, com a eventual reação do destinatário da decisão, a garantia da defesa.¹³⁷

No que concerne à questão que ora me ocupa, bem é de ver que, de fato, a doutrina anterior não desconhecia a relevância do contraditório para a determinação da extensão da coisa julgada a terceiros. O próprio Liebman escrevia, a partir da 3ª edição do *Manuale*, que o terceiro jamais deve ser envolvido pela *res iudicata inter alios* em decorrência do princípio do contraditório, “pelo qual ninguém pode ser julgado sem que tenha tido a possibilidade de defender-se”.¹³⁸

No entanto, como asseverou Trocker, é somente no início dos anos 70, que se observa um câmbio de perspectiva entre os processualistas, determinada pela “scoperta” do princípio contemplado na Constituição italiana, que eleva a defesa como garantia objetiva do processo e como direito inviolável em qualquer estado e grau do procedimento. Daí, conseqüentemente, a exigência impostergável de buscar um equilíbrio entre o princípio do contraditório e a extensão *ultra partes* da coisa julgada.¹³⁹

⁽¹³⁷⁾ Martinetto, *Contraddittorio (principio del)*, Novissimo digesto italiano, 4, p. 459. Cf. Cruz e Tucci, *Ação monitória*, 3ª ed., § 8º, p. 58.

⁽¹³⁸⁾ *Manuale di diritto processuale civile*, v. 3, 3ª ed., n. 400, p. 172; e, agora, no v. 1 da 6ª ed., n. 142, p. 279. Anoto que no *Corso di diritto processuale civile*, de 1956, ao tratar dos limites subjetivos da coisa julgada (p. 241 ss.), embora reiterasse que o terceiro poderia ser atingido pela eficácia da sentença, Liebman não aludia à garantia constitucional do contraditório.

⁽¹³⁹⁾ Trocker, *Enrico Allorio e la dottrina della riflessione della cosa giudicata rispetto ai terzi*, *Rivista di diritto processuale*, 2001, n. 10, p. 368.

É muito provável que essa preocupação da dogmática, não apenas italiana¹⁴⁰, tenha sido influenciada pelo movimento ideológico de corte liberal que marcou a época do segundo pós-guerra, cujo programa veio consolidado na *Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, que proclama, sob a rubrica “*Diritto ad un equo processo*”, no art. 6º, dentre outras garantias processuais, a exigência da ampla defesa.

Na Itália, segundo a pesquisa que realizei, foi Comoglio quem chamou atenção para uma decisão da Corte Constitucional, de 1965, que rejeitara a arguição de inconstitucionalidade do art. 28 do Código de Processo Penal italiano. Esse dispositivo legal então estabelecia que o trânsito em julgado da sentença penal adquiria “autoridade de coisa julgada no juízo civil ou administrativo, quando nestes se controverte sobre um direito de cujo reconhecimento depende o acerto dos fatos materiais que foram objeto do juízo penal, vinculando inclusive terceiros...”. O problema que daí decorria encerrava duas dimensões: de um lado, impunha-se um obstáculo à livre convicção do juiz civil ou administrativo quanto aos fatos acertados na esfera criminal, e, de outro – o que era ainda muito mais grave –, impedia-se qualquer defesa por parte dos terceiros que não ti-

⁽¹⁴⁰⁾ A monografia de Jean Darbellay, professor na Universidade de Fribourg, intitulada *Le droit d’être entendu*, já revelava tendência no sentido de inadmitir qualquer extensão da coisa julgada a alguém que no processo não foi ouvido (p. 450 ss.). V., ainda, quanto à experiência processual alemã, a bibliografia invocada por Nicolò Trocker, produzida após a consagração constitucional do princípio do contraditório: *I limiti soggettivi del giudicato tra tecniche di tutela sostanziale e garanzie di difesa processuale (profili dell’esperienza giuridica tedesca)*, *Studi in onore di Enrico Allorio*, v. 1, n. 7, p. 530 ss.; *Rivista di diritto processuale*, 1988, n. 7, p. 71 ss.

nham participado do processo penal. Era, portanto – no dizer de Comoglio –, notória a violação ao art. 24, 2ª al., da Constituição italiana.¹⁴¹

10. Posicionamento da doutrina e da jurisprudência sobre o enfoque constitucional

A revelar a força da doutrina em direção oposta à orientação pretoriana, alguns anos depois, em 1971, aquele mesmo tribunal acabou reconhecendo a aludida antinomia entre a norma ordinária e o texto constitucional. Com efeito, restou reconhecida a inconstitucionalidade da regra do art. 28 do Código de Processo Penal, “na parte em que dispõe que no juízo civil ou administrativo, se os fatos materiais constituíram objeto de uma decisão no juízo penal, [a coisa julgada] é também vinculante perante os que permaneceram a este estranhos, porque não posicionados em condição de intervirem”.

À vista dessa nova coordenada, Proto Pisani sentiu-se estimulado a escrever um ensaio sobre o tema. Anotou que, além da importância “eccezionale” desse julgamento, prestou-se ele para inaugurar o debate quanto à questão, *in genere*, da constitucionalidade da eficácia reflexa *ultra partes* da sentença. Foi, aliás, o mesmo Proto Pisani que imprimiu diferente paradigma metodológico ao enfoque que até então se emprestava a esse instigante problema.

⁽¹⁴¹⁾ *L'art. 28 cod. proc. pen. e i profili costituzionali dei limiti soggettivi del giudicato*, Rivista di diritto processuale, 1966, p. 661-662. Confira-se: Liebman, já em 1957, no artigo *A eficácia da sentença penal no processo civil* (em apêndice na obra *Eficácia e autoridade da sentença*, p. 269-270), menciona, de passagem, a incongruência do art. 28 do CPP italiano; enquanto, em 1963, Giuseppe De Luca, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, n. 10, p. 250, defende a “eficácia absoluta” da mencionada regra penal.

Em trabalho específico, dedicado aos limites subjetivos da coisa julgada no quadro das garantias constitucionais, valendo-se da distinção entre eficácia direta e eficácia reflexa do julgado e frisando a *manifesta impossibilidade de sistematização do assunto*, o Professor de Firenze passa a examinar inúmeros casos recorrentes na prática, para apontar as situações em que a extensão da *res iudicata* ao terceiro fere o direito de defesa. Assim, por exemplo, o mecanismo técnico da substituição processual, a seu ver, encontra-se anacrônico, porque afronta prerrogativa do substituído, uma vez que a ordem jurídica não admite sentença sem que os interessados se manifestem, ou melhor, sem a prévia oportunidade de defesa e participação daqueles que serão afetados pelo provimento judicial.¹⁴²

Em posterior estudo, Proto Pisani também se insurge contra a regra do art. 1.595, 3ª al., do Código Civil italiano, que impõe ao sublocatário a eficácia da coisa julgada formada no processo da ação que resolve o contrato celebrado entre o locador e o locatário.¹⁴³

A contribuição de Proto Pisani, de todo clara e pontual, foi fundamental para dirimir inúmeras dúvidas sobre a problemática que envolve a expansão *ultra partes* da coisa julgada, como, aliás, procurarei registrar em seqüente capítulo.

Francesco Luiso também se dispôs a examinar o assunto por esse mesmo ângulo, e igualmente admitiu que, em regime de absoluta excepcionalidade, os efeitos reflexos da coisa jul-

⁽¹⁴²⁾ *Appunti sui rapporti tra i limiti soggettivi di efficacia della sentenza civile e la garanzia costituzionale del diritto di difesa*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1971, ns. 4-7, p. 1.230-1.236.

⁽¹⁴³⁾ *Garanzia del diritto di difesa ed efficacia “ultra partes” della sentenza*, Foro Italiano, 1981, 1, p. 3.100; e agora republicado na coletânea intitulada *Osservazioni e note sul processo civile*, p. 181 ss.

gada podem atingir terceiros, na posição de titulares de direito condicionado à sentença proferida *inter alios*. A falta, na legislação italiana, de uma regra geral que imponha valor absoluto à coisa julgada (ou reconheça a eficácia reflexa) implica que esta não pode ser concebida *erga omnes*. Pelo contrário, o princípio que disciplina a extensão dos limites subjetivos é o do contraditório, que, eventualmente, diante de situações extremas, pode sofrer limitação em prol da efetividade da tutela jurisdicional.

A primeira questão enfrentada por Luiso é a da sucessão na coisa litigiosa *depois* que houve o trânsito em julgado (*post rem iudicatam*). Nessa hipótese, o terceiro adquirente, por ser considerado *avente causa*, nos termos do art. 2.909 do Código Civil italiano, encontra-se vinculado à coisa julgada. Aqui o contraditório é, aparentemente, postergado, porque tal regime legal constitui instrumento indispensável para evitar que um ato de disposição da parte que sucumbiu (o alienante) constranja aquele que venceu a rediscutir a lide que já foi decidida a seu favor.¹⁴⁴

Em seguida, sempre sob a ótica do equilíbrio entre contraditório e efetiva tutela jurisdicional, passa a analisar a posição do terceiro, que sofre os efeitos da coisa julgada, porque já figura, *antes* da pendência do processo (“*avente causa ante litem*”), como titular de um direito, dependente daquele que é objeto da lide. Tal situação, como se infere, concerne ao problema da *eficácia retroativa do julgado*. E, para esse caso – ressalta Luiso – não há qualquer disciplina legal; a questão põe-se nos domínios dos efeitos reflexos. Trabalha então o autor com o conceito de “prejudicialidade-dependência permanente”, na qual o vínculo jurídico entre uma das partes e o terceiro perdura no tempo, como,

⁽¹⁴⁴⁾ *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*, n. 7, 60-61.

por ex., o direito do sublocatário em relação ao locador, ou do comodatário em relação à posição jurídica do comodante. Diante dessas situações, é admitida a expansão da eficácia reflexa da coisa julgada ao terceiro, titular de um direito conexo àquele que foi objeto da sentença proferida *inter partes*. A justificação para esse fenômeno decorre da relação de direito material, porque “se o comodante pode ‘prejudicar’ o direito do comodatário vendendo o bem, igualmente poderá prejudicá-lo perdendo um processo. O terceiro não poderá lamentar qualquer afronta ao seu direito de defesa, porque, na realidade, a lesão à sua posição jurídica provém formalmente da sentença, mas substancialmente da atividade dispositiva da parte sucumbente”.¹⁴⁵

Segundo a original tese de Luiso, as exceções à regra da limitação da coisa julgada *inter partes* provêm, na situação alvitrada, do modo de ser do direito material em relação ao terceiro, titular de direito em tudo dependente, portanto exposto aos efeitos reflexos de atos de disposição e da sentença que, entre o “dante causa” e outro sujeito, decida a questão prejudicial. Assim, não há falar, em face dessa circunstância, de qualquer afronta ao contraditório, até porque “o terceiro não pode pretender, em relação ao processo, maior tutela do que aquela que o ordenamento, no plano do direito material, lhe concede, especialmente no que toca aos atos de disposição”.¹⁴⁶ O prejuízo, *para o futuro*, que o terceiro experimenta por força da sentença proferida *inter alios* também derivaria, em idêntica medida, de um ato negocial celebrado entre as partes. E, nesse caso, como o terceiro não pode evidentemente pretender “participar” das tratativas

⁽¹⁴⁵⁾ *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*, n. 2, p. 69; n. 5, 89 ss., em especial, n. 6, p. 95.

⁽¹⁴⁶⁾ *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*, n. 5, p. 106.

do referido negócio, não faz qualquer sentido protegê-lo da eficácia do provimento final de um processo no qual ele não foi chamado a intervir.¹⁴⁷

Quanto à primeira parte da doutrina de Luiso, nada tenho a opor. Realmente, como será frisado, em momento oportuno, o sucessor, que adquire a coisa ou o direito litigioso, durante ou mesmo depois da litispendência, é, em regra, atingido pela coisa julgada. Todavia, já no que respeita à hipótese na qual a situação jurídica do terceiro é aferida antes do processo, entendo que a proposta de “unificação” dos fenômenos que ocorrem nos planos do direito material e do direito processual não se presta a esclarecer os limites subjetivos da coisa julgada, sobretudo porque o respectivo regime de impugnação (do ato jurídico e da sentença), nas diversificadas esferas, é intrinsecamente diferente.

Em detido estudo de comparação jurídica, Nicolò Trocker também procurou inserir o capítulo dos limites subjetivos da coisa julgada no contexto das garantias constitucionais do processo. Ressalta que, antes da “constitucionalização” do princípio do contraditório, nunca ninguém duvidaria da legalidade da orientação que propugna pela extensão ao sucessor ou ao substituído da coisa julgada formada no processo que contou apenas com a presença do alienante ou do substituto processual.

Informa Trocker que, igualmente, na experiência jurídica da então Alemanha ocidental, depois da promulgação da *Grundgesetz*, que, no § 103, 1º al., consagra o direito ao contraditório (*rechtliches Gehör*), os juristas abandonaram, nesse particular, a legislação ordinária, que era, a toda evidência, o único parâ-

⁽¹⁴⁷⁾ Cf., ainda, Luiso, *Irretroattività degli effetti riflessi*, Studi in onore di Enrico Allorio, 1, n. 4, p. 381, como grifado no texto, o autor nega, nesse artigo, que a sua tese possa provocar a retroatividade dos efeitos reflexos da coisa julgada em relação à posição jurídica do terceiro.

metro que havia para o equacionamento da questão dos limites subjetivos. O problema que passou a desafiar a atenção da doutrina alemã era o de saber como o terceiro, exposto aos efeitos de provimentos judiciais *inter alios*, pudesse ser salvaguardado na sua legítima expectativa de ter respeitado o seu *rechtliches Gehör*.¹⁴⁸

Apesar da resistência apresentada por uma parcela da doutrina, que continuava entendendo admissível a projeção da coisa julgada *ultra partes*, a maioria dos processualistas tinha convicção de que somente seria possível uma decisão influir na esfera de direitos de determinados sujeitos desde que estes tivessem a oportunidade de exercer poderes e faculdades processuais de cooperação na formação do próprio provimento. Esta, que também era a opinião de Lent e Jauernig¹⁴⁹, acabou sendo integralmente acolhida pela *Bundesverfassungsgericht*.

E, de fato, há pelo menos quatro décadas a Corte Constitucional da Alemanha firmou, sobre tal importante questão, duas convergentes premissas: a) a determinação dos sujeitos titulares do direito de defesa não pode ser efetivada com base exclusiva nas normas ordinárias que disciplinam as várias formas de participação em juízo; e b) a necessidade de tutela do terceiro nem sempre pode ser satisfeita mediante a faculdade da intervenção voluntária.¹⁵⁰

⁽¹⁴⁸⁾ *I limiti soggettivi del giudicato tra tecniche di tutela sostanziale e garanzie di difesa processuale (profili dell'esperienza giuridica tedesca)*. Studi in onore di Enrico Allorio, v. 1, n. 7, p. 533; Rivista di diritto processuale, 1988, n. 7, p. 73.

⁽¹⁴⁹⁾ *Zivilprozessrecht*, 18ª ed., § 63, 311; *Direito processual civil*, § 63, p. 328.

⁽¹⁵⁰⁾ Cf. Trocker, *I limiti soggettivi del giudicato...*, Studi in onore di Enrico Allorio, v. 1, n. 7, p. 533; Rivista di diritto processuale, 1988, n. 7, p. 73-74. Trocker informa que a legislação alemã não possui um remédio eficaz, à disposição do terceiro injustamente vinculado à coisa julgada, como a oposição de terceiro do sistema italiano. Além da *exceptio*

Hoje, na Alemanha, com exceção das situações previstas nos §§ 325 e 326, a regra do § 322, 1ª al., também da ZPO, que confina a coisa julgada material exclusivamente às partes, aplica-se de modo decididamente restritivo.¹⁵¹

Já entre nós, a doutrina processual, sensível às questões que devem ser examinadas no cenário das garantias constitucionais, de há muito que se encontra atenta ao problema da situação do terceiro diante da coisa julgada formada em processo que não contou com a sua participação. Seja pela vertente da inafastabilidade do controle judicial (art. 5º, XXXV, CF), seja pela do contraditório (art. 5º, LV, CF), o certo é que o preceito do art. 472 do nosso Código de Processo Civil, como será adiante demonstrado, tem sido interpretado, por parte respeitável da doutrina¹⁵² e pela jurisprudência, de forma restrita.

doli (ex vi do § 242 BGB), passível de ser argüida em futuro processo, o único mecanismo de que se pode valer o terceiro, depois do trânsito em julgado, é o *Verfassungsbeschwerde* (recurso constitucional), que foi instituído mais recentemente no direito alemão.

⁽¹⁵¹⁾ Lent e Jauernig, *Zivilprozessrecht*, 18ª ed., § 63, p. 311-313; *Direito processual civil*, § 63, p. 328-330; Habscheid, *La giustizia civile in Germania*, *La giustizia civile nei paesi comunitari*, n. III.2, p. 122; *Droit judiciaire privé suisse*, § 52, p. 326; Trocker, *Giudicato - diritto comparato e straniero*, Enciclopedia giuridica treccani, v. 15, 1989, n. 3.2, p. 4.

⁽¹⁵²⁾ V., no sentido do texto, e. g., Moniz de Aragão, *Sentença e coisa julgada*, ns. 214-215, p. 315-317; Ada P. Grinover, anotações à obra de Liebman, *Eficácia e autoridade da sentença, passim*; Dinamarco, *Litisconsórcio*, 7ª ed., *passim*; Willis S. Guerra Filho, *Eficácia ultra-subjetiva da sentença, litisconsórcio necessário e princípio do contraditório*, *Revista de Processo*, n. 84, 1996, p. 264 ss.; Sérgio Gilberto Porto, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 6, n. 4, n. 216; e, por último, Talamini, *Cosa julgada e sua revisão*, n. 2.5, p. 96. Ainda hoje, há autores que, escrevendo sobre os limites subjetivos da coisa julgada, não se dão conta de que as garantias constitucionais do processo também tutelam o direito dos terceiros.

Sintetizando o pensamento que prevalece em nossa literatura mais recente, Dinamarco destaca que a exigência de contraditório encerra uma das razões básicas pelas quais a autoridade da coisa julgada não deve ir além das partes. A garantia constitucional da defesa ficaria tisonada se um sujeito, sem ter usufruído das oportunidades processuais inerentes à condição de parte, ficasse depois impedido de repor em discussão o comando sentencial.¹⁵³

A jurisprudência mais recente também tem acompanhado essa orientação: “Não tendo o possuidor, por qualquer forma, integrado a relação processual, de onde emanou a sentença cuja execução importou em ordem de despejo, contra ele expedida, pode valer-se da ação possessória, uma vez violado o direito de não ser o possuidor prejudicado por sentença dada entre vendedor e compradora, e de não ser desalojado, *sem as garantias do “due process of law”, da posse que vinha exercendo*”. Nessa mesma linha: “Em observância ao devido processo legal e ao contraditório, nas hipóteses em que o terceiro-embargante não possua ciência do processo de execução em que se operou a arrematação do bem, deve o art. 1.048 do CPC, parte final, ser interpretado extensivamente, elegendo-se como termo *a quo* para a propositura dos embargos a data de cumprimento do mandado de imissão na posse”.¹⁵⁴

⁽¹⁵³⁾ *Instituições de direito processual civil*, 3, 2ª ed., n. 96.3, p. 317.

⁽¹⁵⁴⁾ STJ, 4ª Turma, *REsp. n. 161.054-MG*, rel. Min. Sálvio de Figueredo Teixeira; 3ª Turma, *REsp. n. 298.815-GO*, rel. Min. Nancy Andrighi, respectivamente. Cf., ainda, 4ª Turma, *RMS. n. 10.208-SP*, rel. Min. Sálvio de Figueredo Teixeira: “Se fatos descritos na inicial em tese configuram violação de direito líquido e certo da impetrante, que alega ter sido privada de seus bens sem o devido processo legal, o mandado de segurança é instrumento adequado à proteção do direito, desde que presentes os seus pressupostos, notadamente o ‘direito líquido e certo’, que ocorre quando a regra jurídica incidente sobre fatos incontestáveis configurar um direito da parte”.

Diante desse contexto, a tese da eficácia natural *erga omnes*, construída por Liebman, só é passível de ser transplantada para o nosso sistema processual com uma importante ressalva.

Não pode restar dúvida de que a sentença é ato proveniente de autoridade. É indubitoso também que, em muitas circunstâncias, diante da estrutura de determinadas relações jurídicas, o resultado de um processo *inter alios*, acaba mesmo influenciando no plano do direito material de pessoas estranhas, que, à evidência, dele não participaram, por ex.: a procedência do pedido de reivindicação de imóvel prejudica o credor do demandado, que não mais poderá manter a penhora sobre o bem reivindicado. A esse fenômeno é que se denomina de eficácia da sentença. No entanto, a admissão de uma eficácia natural que atinge a todos, indiscriminadamente, atribuindo, ainda, àqueles terceiros, juridicamente interessados, porque experimentaram prejuízo efetivo, o ônus de demonstrar a injustiça da sentença proferida em processo de que não participaram, por meio da oposição de terceiros, não encontra amparo em nosso direito¹⁵⁵, sobretudo

¹⁵⁵ Cf., em senso análogo, José Maria Tesheiner, *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*, n. 3.3.3, p. 87. Betti, que escreveu antes de Liebman, já havia notado que não é possível dispensar um tratamento idêntico aos terceiros juridicamente indiferentes e aos terceiros juridicamente interessados: "*trattare 'come un terzo qualsiasi' il successore della parte nel rapporto litigioso, ossia trattarlo alla medesima stregua di un terzo giuridicamente indifferente, significa rinunciare a dare una spiegazione giuridica del fenomeno caratteristico che va sotto il nome di estensione della cosa giudicata. È a questo fenomeno caratteristico che le fonti romane alludono, ogni qual volta si trova in esse discussa la questione a chi sia opponibile la exceptio rei iudicatae. Al terzo giuridicamente indifferente questa eccezione non è mai opponibile, perchè di fronte a lui sarebbe un'eccezione de iure tertii, non de iure proprio...*" (*Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, p. 155).

se for considerado que a legislação processual brasileira não municia esses terceiros com arma tão potente quanto aquela prevista no ordenamento italiano.

Aliás, nesse particular, Dinamarco¹⁵⁶, criticando a tese de Allorio, atinente à "eficácia provisória" da sentença dada contra litisconsorte necessário preterido, destaca que todo o sistema processual brasileiro "é construído sobre sólidas colunas assentadas na premissa da coisa julgada limitada às partes e da eficácia da sentença dependendo da presença dos litisconsortes necessários. Nós sequer temos, no direito brasileiro, o instituto da opposizione di terzo, do direito italiano. Esse recurso não está, no codice di procedura civile, sujeito a limitações temporais; e, entre nós, mesmo vislumbrando algo parecido com ele na ação rescisória de que dispõe o terceiro prejudicado (CPC, art. 487, inc. II), ao cabo de dois anos extingue-se a faculdade de postular a rescisão da sentença, mesmo quanto ao terceiro (art. 495)".

No mesmo sentido, Ada Pellegrini Grinover anota que a oposição de terceiro "não encontra correspondente perfeito no sistema brasileiro. O recurso do terceiro prejudicado do código processual de 1939... está hoje encartado no art. 499, § 1º, que confere legitimidade para recorrer ao terceiro prejudicado que demonstre o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial...". Afora a assistência, inclusive possível em grau de recurso, para impedir a formação da coisa julgada em prejuízo do assistente, "hoje o sistema processual brasileiro se completa com a previ-

¹⁵⁶ *Litisconsórcio*, 7ª ed., n. 64.3, p. 274. Já sob a vigência do CPC de 39, Pontes de Miranda realçava a importância das legislações que contemplavam o remédio da *oposição de terceiro*, passível de ser ajuizado mesmo antes do trânsito em julgado (*Ação rescisória contra as sentenças*, § 1º, p. 54-55).

são expressa da ação rescisória pelo terceiro juridicamente interessado (art. 487, II, CPC). Mas, como notava Liebman com relação à legitimação do terceiro à rescisória – que parte da doutrina brasileira já reconhecia na vigência do Código de 1939 –, essa ação só pode ser proposta nos casos taxativamente previstos, não tendo o alcance do instituto italiano. Observe-se, ainda, que, havendo hoje um prazo de decadência de dois anos previsto para o exercício da rescisória, e sendo ele contado a partir do trânsito em julgado da decisão (art. 495), não ficará posto completamente ao abrigo dos efeitos da sentença, só por esse meio”. Daí por que se afirma – conclui – inclusive “em coro com o próprio Liebman, que a sistemática brasileira impõe que não se aceite a teoria da extensão da coisa julgada a terceiros, que não podem suportar as conseqüências prejudiciais da sentença prolatada *inter alios*, por não ficarem suficientemente garantidos contra as mesmas pelos institutos da intervenção, do recurso do terceiro prejudicado e da ação rescisória”.¹⁵⁷

A despeito de o art. 487, inc. II, do Código de Processo Civil, atribuir legitimidade aos “terceiros interessados” para o ajuizamento da ação rescisória, a demonstrar os obstáculos de ordem prática que terão de enfrentar, bem observa Flávio Yarshell que os fundamentos previstos no rol do art. 485, aptos a lastrear a ação rescisória aforada por um terceiro, nem sempre são os

⁽¹⁵⁷⁾ Cf. Grinover, nota 6 ao § 5º da obra *Eficácia e autoridade da sentença*, de Liebman, p. 118-119; *Eficácia e autoridade da sentença penal*, n. 11, p. 59 ss.; *Efficacia ed autorità della sentenza penale*, Studi in onore di Enrico Tullio Liebman, v. 3, n. 11, p. 1.664 ss. Registre-se que é tão expressivo o valor que o sistema processual italiano deposita na *opposizione di terzo*, que, em época mais recente, a Corte Constitucional admitiu expressamente que o remédio fosse também utilizado na órbita do processo administrativo pelo terceiro injustamente vinculado à coisa julgada (cf. Alessandro Lolli, *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo*, n. 1, p. 88-89).

mesmos que poderiam servir de argumentação para esse terceiro, se pudesse ele discutir a questão em primeiro grau de jurisdição. Com efeito, “imagine-se que o afiançado que não participou do processo movido contra o fiador pelo credor venha a alegar, na demanda regressiva movida pelo garante, que já havia pago. Tal fundamento não encontra qualquer correspondência com aqueles constantes do art. 485, e obviamente não poderia ser fundamento de uma ação rescisória”.¹⁵⁸

Mais recentemente, Edoardo Ricci, sem qualquer alusão expressa à sistemática do processo civil brasileiro, empresta integral apoio à doutrina de Liebman, mas ressalva que a sua coerência é válida para o direito italiano.¹⁵⁹

À mingua de previsão legal específica, a nossa doutrina, secundada pela jurisprudência, tem admitido que o terceiro, que foi atingido pelos efeitos da sentença de mérito ou pela extensão da coisa julgada formada em processo de que não foi parte, pode valer-se de qualquer meio processual possível, para obter o reconhecimento da nulidade absoluta da decisão. Mesmo que decorrido o biênio para o ajuizamento da ação rescisória, o grave vício, quando a sentença for condenatória, é argüível por meio de impugnação, nos termos do art. 475-L, incs. I, II e IV, do Código de Processo Civil, desde que, é claro, a respectiva fase de execução comporte tal remédio.

Ademais, a ação declaratória de nulidade da sentença é cabível na hipótese vertente. Saliente-se, com Dinamarco, que a abertura, nesse caso, deve ser “a maior possível, precisamente

⁽¹⁵⁸⁾ Yarshell, *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*, n. 47, p. 146 e nt. 47.

⁽¹⁵⁹⁾ Enrico Tullio Liebman e la dottrina degli effetti della sentenza, Enrico Tullio Liebman oggi – riflessioni sul pensiero di un maestro, n. 4, p. 95: “Il mezzo, che Liebman indica quanto al diritto italiano, è l’*opposizione di terzo*...”.

porque o contrário significaria vincular alguém a uma eficácia e a uma coisa julgada obtidas em processo de que não tomara parte. Isso equivaleria, ainda, a ultrajar de frente o princípio do contraditório e sua garantia constitucional (CF, art. 5º, LV)".¹⁶⁰

11. Inconstitucionalidade de atual orientação jurisprudencial (pluralidade de legitimados para demandar indenização por dano moral)

O capítulo da responsabilidade civil, como é notório, ganhou grande repercussão após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que, em vários dispositivos, expressou o direito ao ressarcimento pelo dano moral (art. 5º, V e X). A partir daí, a nossa experiência forense registra considerável número de demandas que têm por objeto pretensão à indenização por prejuízo extrapatrimonial, não raro, de forma até abusiva.

Quando o ato ilícito, gerador do direito à indenização, atinge mais de uma pessoa, nada impede que estas se reúnam para promover, num único processo, cada qual a sua ação em face do ofensor. Como o direito deriva do mesmo fundamento, trata-se aí, a teor do disposto no art. 46, inc. II, do Código de Processo

¹⁶⁰ *Eficácia e autoridade da sentença no juízo demarcatório-divisório*, Fundamentos do processo civil moderno, v. 1, 3ª ed., n. 263, p. 513-514, com arrimo em vários precedentes do STF, inclusive na emblemática orientação, do início da década de 80, que teve como mentor o Min. Moreira Alves, cf., e. g., *RExt. n. 96.374-GO*: "... Persiste, no direito positivo brasileiro, a 'querela nullitatis', o que implica dizer que a nulidade da sentença, nesse caso de falta de citação de confrontante em ação de usucapião, pode ser declarada em ação declaratória de nulidade, independentemente do prazo para propositura da ação rescisória, que, em rigor, não é cabível...". V., ainda, no mesmo sentido, quanto à preterição de litisconsorte necessário, Mathias Lambauer, *Do litisconsórcio necessário*, n. 5.4.3, p. 145-146. Hoje, o STJ também se posiciona em senso análogo, cf., a propósito, *REsp. n. 445.664-AC*.

Civil, de litisconsórcio ativo facultativo. E, assim, no que toca aos limites subjetivos da coisa julgada, independentemente do resultado do processo, prevalece a regra do art. 472. *A auctoritas rei iudicatae* restringe-se exclusivamente àqueles que foram parte.

Desse modo, se, por exemplo, o pai de uma grande prole faleceu, vítima de ato doloso ou culposo, os herdeiros poderão demandar em conjunto ou, então, cada um poderá litigar isoladamente, no mesmo ou em diferente momento.

Com o tempo, essa questão tem despertado a atenção dos tribunais pátrios, dada a proliferação de ações, depois que um ou alguns dos legitimados obtêm sucesso. Para tornar ainda mais tormentoso o problema, admite-se até que o *pretium doloris* possa ser pleiteado por quem, sem ser ascendente ou descendente, nutria afeto pela vítima. De fato, não se pode deixar de considerar que a morte de alguém atinge não só os parentes, aqueles que mais constantemente convivem com a vítima, mas também os parentes por afinidade, amigos, vizinhos... Se todas essas pessoas resolvessem, individualmente, demandar indenização, o agressor jamais teria sossego diante da possibilidade de, a qualquer momento, até quando ainda possível, ser citado para mais uma ação judicial.

Ficou conhecido, nos anais da justiça paulista, o precedente dos "treze Silva", treze irmãos de vítima fatal de ato ilícito, que, divididos em litisconsórcio, ajuizaram sucessivas ações de indenização em face do preponente de motorista que fora condenado na esfera penal.

Com a vivência de magistrado e, portanto, observador das vicissitudes dessa tormentosa questão no dia-a-dia forense, Antonio Jeová Santos sugere que a lei delimite o acesso ao Poder Judiciário no que se refere a tal esdrúxula situação, pois há registros de vários casos em que mulher e filhos da vítima obtiveram sucesso na demanda, e, depois, outras ações, ajuizadas pe-

los pais e irmãos do falecido, pleitearam também indenização por dano moral.¹⁶¹

Nota-se, assim, que, diante de tal contexto, acentuada tendência doutrinária e jurisprudencial – por paradoxal que possa parecer –, não tem admitido, em tais situações, o ajuizamento de demandas por outros familiares, depois do reconhecimento da procedência do pedido numa ação precedentemente aforada, por exemplo, pelo cônjuge supérstite.¹⁶² Chega-se mesmo a sustentar que, *além dos dependentes da vítima*, não teriam direito a demandar indenização quaisquer outras pessoas, evitando-se destarte a “sanha vitimária, para que o ofensor não se torne vítima, sem chance, sequer, de impedir o tormento originado por inúmeras ações judiciais a que estará sujeito”.¹⁶³

Nos julgamentos das *Apelações ns. 763.032-6 e 767.229-5*, do extinto 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, a matéria foi enfrentada, resumindo-se a controvérsia à viabilidade jurídica do pedido, porque outros parentes da vítima já haviam recebido reparação pecuniária pelo dano moral sofrido. Nos dois aludidos recursos foi negada qualquer indenização aos demandantes, ao argumento de ser impossível a repetição do “mesmo pedido”. A ré “não pode ser compelida a repetidamente pagar indenização pelo mesmo fato. Se assim fosse, o dano seria irreparável e não haveria como torná-lo indene”.

A mesma Corte paulista já havia expressado esse posicionamento no julgamento da *Apelação n. 729.861-9*, embasado no seguinte fundamento: “... Indenização postulada por irmãos da vítima falecida em acidente de trânsito. Em princípio, há legitimidade para a titularidade dos irmãos na indenização. Toda-

¹⁶¹ Antonio Jeová Santos, *Dano moral indenizável*, n. 117, p. 470.

¹⁶² Cf., a respeito, Humberto Theodoro Júnior, *Dano moral*, 2ª ed., p. 94.

¹⁶³ Antonio Jeová Santos, *Dano moral indenizável*, n. 117, p. 472.

via, se os pais já buscaram idêntica indenização por dano moral, com o pagamento efetuado, entende-se que no montante já se encontrava incluída a quantia para a reparação por danos sofridos a todos os membros da família. Ao se fixar o montante equivalente à mensuração da dor, avalia-se o significado moral da perda do membro da família, sem dimensioná-lo em função do número de parentes que procuram a indenização, a menos que o titular da ação seja uma pessoa não estreita ou intimamente ligada ao falecido, em que a quantia não é arbitrada em níveis tais que o seriam se os titulares fossem os pais. Caberia, aí, a complementação, situação diversa de quando os pretendentes sejam os genitores...”¹⁶⁴

Em última análise, lastreando-se em critério meramente temporal, essa orientação pretoriana acaba estendendo a coisa julgada a terceiros, simplesmente porque outros, em momento precedente, postularam indenização...

É equivocado esse posicionamento, o qual, criando hipótese de substituição processual não prevista em lei, viola as garantias constitucionais do processo e, ainda, o disposto nos arts. 6º e 472 do Código de Processo Civil. Melhor seria, *de lege ferenda*, a existência de texto legal que, após o ajuizamento da ação, impusesse ao autor o ônus de providenciar a citação dos demais legitimados, ou, então, que adotasse o critério da ordem da vocação hereditária, para a definição de quem tem direito à indenização, de modo que os mais próximos afastassem os demais, à semelhança da regra do art. 1.078 do Código Civil argentino, que legitima, em tal caso, apenas os herdeiros necessários, excluindo os demais familiares.

¹⁶⁴ O STJ, norteado pela prudência, não tem, a propósito desse assunto, uma orientação consolidada, preferindo, para evitar injustiça e enriquecimento injustificado, analisar as peculiaridades de cada caso (cf. v. g., 3ª Turma, *REsp. n. 663.520-MG*).

Reconheço que o problema da multiplicação de ações em sede de ressarcimento por dano moral é realmente sério. Todavia, o entendimento de que a coisa julgada da primeira demanda “fecha as portas” do Judiciário para terceiros eventualmente lesados é absolutamente insustentável. A um processo civil construído sobre alicerces democráticos repugna a idéia da produção de efeitos contrários ao direito subjetivo de alguém, que sequer teve oportunidade de participar do processo.

12. Princípio da isonomia processual

Como antes adiantado, a outra garantia constitucional do processo que pode chocar-se com a extensão da coisa julgada a terceiros é a da isonomia ou igualdade processual. Decorre ela, em nosso direito positivo, do enunciado do art. 5º, e seu inc. I, da Constituição Federal, ao expressar, de modo enfático, que: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”.

Sem embargo da indeterminação genérica de pessoas que a qualifica, a igualdade repousa na identidade de situação jurídica em que todas elas se postam. Assim, deve ser também proporcional a verdadeira igualdade. É necessário considerar as diversidades existentes entre os homens, uma vez que o tratamento igual a pessoas que se encontram em diferentes situações constituiria autêntica iniquidade.

Ademais, como anota Francisco Campos, trata-se, o princípio da igualdade, de regra que “se difunde por todo o tecido das relações humanas que possam constituir objeto de regulamentação jurídica ou sejam suscetíveis de configurar-se em conteúdo de um ato ou de um comando da autoridade pública”.¹⁶⁵

⁽¹⁶⁵⁾ *Igualdade de todos perante a lei*, Revista de direito administrativo, 10, 1947, p. 380.

Dirige-se, outrossim, a todos os poderes do Estado. E, como expressa Pontes de Miranda, é ele “cogente para a legislatura, para a administração, e para a justiça”.¹⁶⁶

Conseqüentemente, a qualquer dessas funções estatais, especialmente a judiciária, não é dado estabelecer privilégios, nem discriminações, sejam quais forem as circunstâncias, devendo tratar eqüitativamente todos os cidadãos: “este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes”.¹⁶⁷

A todos os membros da comunidade devem ser assegurados os meios judiciais para a proteção dos respectivos direitos subjetivos materiais, com o máximo de igualdade que, inclusive, faz-se ínsita à consecução do bem comum pelo Estado.

Essa concessão estatal igualitária, ademais, e segundo magistério de Héctor Fix Zamudio, guarda estreito relacionamento com a garantia do direito de defesa, considerado na maior amplitude, de sorte que ninguém possa sofrer qualquer afetação em sua esfera jurídica, sem ser ouvido e vencido em juízo, num processo regularmente desenvolvido, e em que respeitada sua dignidade pessoal; e que, no seu todo, constitui “*un aspecto del derecho genérico y fundamental de la igualdad de los gobernados frente a la ley, que en el campo judicial se traduce en él de la igualdad de las partes en el proceso*”.¹⁶⁸

Em suma, assegurando-se a todos os integrantes da coletividade, indistintamente, a proteção de seus direitos subjetivos

⁽¹⁶⁶⁾ *Comentários à Constituição de 1967 (com a Emenda n. 1, de 1969)*, t. 4, 2ª ed., p. 698.

⁽¹⁶⁷⁾ Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, n. 2, p. 14.

⁽¹⁶⁸⁾ *Constitución y proceso civil en latinoamérica*, p. 12.

materiais pelos órgãos jurisdicionais, e por meio do processo, subsiste, também no âmbito da ação judiciária, o princípio da isonomia, fazendo as partes que nele atuam por merecerem igual, paritário, tratamento, ou seja, “as mesmas chances, que se lhes conceda uma *Waffengleichheit*, uma autêntica paridade de armas”.¹⁶⁹

Desse modo, sujeitar um terceiro, por via direta ou reflexa, à coisa julgada que se formou em processo *inter alios*, impedindo-o de defender seu direito em sede adequada, constitui também flagrante quebra da isonomia processual.

Ademais, a sentença e a coisa julgada, em hipóteses excepcionais, nas quais é permitida a extensão de seus respectivos efeitos a terceiros, devem, sempre, atingi-los de forma idêntica, independentemente do resultado do processo. Afasta-se, portanto, a idéia de eficácia *secundum eventum litis*.

13. Posicionamento da doutrina: inviabilidade da coisa julgada *secundum eventum litis*

Alguns processualistas realmente preocuparam-se em detectar, na problemática que envolve os limites subjetivos da coisa julgada, a ofensa ao princípio constitucional da igualdade, porque, se é certo que as partes tiveram a *mesma oportunidade* de participar, em contraditório, do *iter* de formação da sentença, não é possível admitir que um terceiro, que não dispôs daquela

⁽¹⁶⁹⁾ Habscheid, *Introduzione al diritto processuale civile comparato*, p. 132. Cf., ainda, Barbosa Moreira, *La igualdad de las partes en el proceso civil*, Revista de Processo, n. 44, 1986, p. 77; F. C. de San Tiago Dantas, *Igualdade perante a lei e “due process of law”*, Problemas de direito positivo, 1953, p. 62; Tucci e Cruz e Tucci, *Constituição de 1988 e processo*, n. 12, p. 37-38; Lucon, *Garantia do tratamento paritário das partes*, Garantias constitucionais do processo civil, n. 5, p. 102 ss.

mesma oportunidade, venha a ser vinculado pela coisa julgada, como se tivesse sido parte.¹⁷⁰

O exame do assunto ora estudado dá conta de que, em inúmeras situações, aos terceiros é permitido invocar a coisa julgada produzida em processo alheio quando lhes aproveite, mas não se sujeitam àquela quando o desfecho for desfavorável ao seu respectivo interesse. Esse fenômeno, já conhecido dos romanos de época pós-clássica, costuma ser denominado de coisa julgada *secundum eventum litis*.

Em recente estudo, Ada Pellegrini Grinover, procura esclarecer que, na origem, o conceito de coisa julgada *secundum eventum litis* nada tem a ver com os terceiros (sujeitos ou não à coisa julgada), mas concerne exclusivamente às partes do processo, podendo a coisa julgada formar-se, ou não, dependendo do resultado do processo.¹⁷¹

Observa-se, a propósito, que a esmagadora maioria dos processualistas, de ontem e de hoje, combatem essa solução, porque a própria natureza da coisa julgada não autoriza, de modo algum, que a imutabilidade do comando da sentença se sujeite à conveniência dos interessados.

Ressalta, nesse sentido, José Alberto dos Reis: “a sentença que apreciou definitivamente determinada relação jurídica, porque foi emitida por um representante do Estado no exercício do

⁽¹⁷⁰⁾ Cf., nesse sentido, Monteleone, *I limiti soggettivi del giudicato civile*, n. 14, p. 156.

⁽¹⁷¹⁾ *Coisa julgada erga omnes, secundum eventum litis e secundum probationem*, Revista Forense, v. 380, 2005, p. 7, que ilustra a afirmação com o clássico exemplo de coisa julgada *secundum eventum litis* que se forma ou não na ação monitória, de acordo com o seu resultado. Acolhida a demanda monitória, a sentença (condenatória) é coberta pela coisa julgada. Mas se, ao contrário, a ação monitória é rejeitada, a coisa julgada não se forma e a ação pode ser repetida pelo mesmo autor.

seu poder jurisdicional e exprime a aplicação irrevogável do direito objetivo a um caso concreto da vida real, aparece-nos revestida de força obrigatória, a que nem as partes nem os tribunais podem ter a veleidade de resistir. Trata-se de um ato do poder soberano do Estado; esse ato impõe-se pela sua origem e pela sua natureza, independentemente do seu conteúdo, independentemente da circunstância de ser favorável ou prejudicial a este ou àquele. A sentença tem, como a lei, valor normativo; a diferença está só no campo de aplicação de cada um desses comandos. Mas seria estranho que a força do comando derivasse, não da autoridade de quem o formula, mas do interesse de quem o recebe".¹⁷²

Mendelssohn Bartholdy, Hofmann, e Chiovenda, ao seu tempo, manifestaram-se contrários a esse "duplo regime" da coisa julgada, revestido de incogitável parcialidade.¹⁷³

Enfrentando esse problema no âmbito dos direitos potestativos, derivado da ação de anulação de deliberação societária, Liebman também descarta a extensão da coisa julgada *secundum eventum litis*, "que nunca se pode aceitar". Assim, rejeitada a pretensão de desconstituição deduzida por um dos sócios, não tem a sentença outro conteúdo que não o de declarar a improcedência do pedido da ação proposta, nada obstando a que os demais sócios porventura interessados impugnem o mesmo ato societário. Se, por outro lado, for reconhecida a procedência

⁽¹⁷²⁾ *Eficácia do caso julgado em relação a terceiros*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, v. 17, n. 6, p. 222. Alberto dos Reis ainda registra, de modo incisivo: "não há, que eu saiba, jurista de alta categoria que aceite a coisa julgada *secundum eventum litis*".

⁽¹⁷³⁾ Mendelssohn Bartholdy, *Grenzen der Rechtskraft*, § 21, p. 332 ss.; Hofmann, *Über das Wesen und die subjektiven Grenzen der Rechtskraft*, § 5º, p. 51; Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, v. 1, 2ª ed., n. 135, p. 417.

do pedido, atingido o escopo comum, há falta de interesse de agir para todos os demais, simplesmente porque o ato impugnado não pode ser inválido para o demandante e continuar tendo valor para os demais interessados.¹⁷⁴

Depois de reconhecer o brilho da tese de Liebman, Barbosa Moreira acredita ser ela insuficiente para explicar essa situação, porque, na verdade, "só serve para as hipóteses em que os outros co-legitimados visem ao mesmo resultado já obtido pelo primeiro deles. Mas bem pode acontecer que a alguém interesse precisamente resultado *contrário*, ou seja, a declaração judicial da *validade* do ato. Ora, em tal caso, só pelo vínculo da coisa julgada se poderá justificar o impedimento a que o juiz de um segundo processo torne a conhecer a matéria...".¹⁷⁵

Recusando-se, igualmente, a aceitar a idéia de tratamento diferenciado entre terceiros juridicamente interessados, assim posicionados por força de uma decisão judicial, Botelho de Mesquita admite solução menos radical.

Considera como ponto de partida a distinção entre sentenças de procedência e de improcedência. As primeiras produzem os efeitos pretendidos pelo autor, sendo que estas, de rejeição do pedido, negam a produção desses mesmos efeitos: "as sentenças de improcedência da ação não produzem efeito algum, não geram nenhuma alteração no mundo jurídico; limitam-se a manter o *statu quo ante*. Com o trânsito em julgado, a conclu-

⁽¹⁷⁴⁾ *Pluralidade de partes legítimas à impugnação de um único ato*, p. 229 ss.; *Efficacia ed autorità della sentenza*, rist., n. 30, p. 76-77 (= *Eficácia e autoridade da sentença*, 2ª ed., n. 30, p. 99-100).

⁽¹⁷⁵⁾ Cf. Barbosa Moreira, *Coisa julgada: extensão subjetiva. Litispêndência. Ação de nulidade de patente*, Direito processual civil, ns. 11-12, p. 282. Cf., também, revendo anterior opinião, Ada Pellegrini Grinover, *Coisa julgada erga omnes, secundum eventum litis e secundum probationem*, Revista Forense, v. 380, 2005, p. 6.

são das sentenças de improcedência se torna imutável e indiscutível entre as partes. Isto, porém, não é um efeito da sentença; é um efeito do trânsito em julgado".

Essa visão do ilustre Professor das Arcadas é fundamental para a conclusão a que chega quanto à dinâmica processual das *ações concorrentes*. Na mesma situação, da ação de sócio que demanda a anulação de ato societário, observa Botelho de Mesquita que: "Julgada procedente a ação, a sentença produzirá o efeito de desconstituir a deliberação impugnada e este efeito se produzirá perante todos os demais acionistas, que, por isso, poderão ser beneficiados pela eficácia da sentença dada entre as partes. Ao contrário, se julgada improcedente a ação, a sentença não produzirá nenhum efeito jurídico, a não ser o de extinguir o processo. Transitada em julgado, sua conclusão tornar-se-á imutável e indiscutível mas apenas entre as partes, não beneficiando nem prejudicando terceiros. Assim, qualquer dos demais acionistas titulares de ações concorrentes poderão propor, sem restrição alguma, a ação que lhes competir, com o mesmo objeto da que fora julgada improcedente".¹⁷⁶

Na verdade, fundando-me em argumentação parcialmente divorciada desse derradeiro posicionamento, entendo que o problema possa ser equacionado de modo a ficar preservado o princípio da isonomia processual. Despreza-se, em qualquer hipótese, a extensão da coisa julgada segundo o eventual resultado do processo. Pois bem, nessas situações de conexão incidível (entre a relação jurídica do terceiro e aquela que foi decidida), com a procedência do pedido, a finalidade alvitada pelo autor, que é a *mesma dos demais* interessados, atingiu o seu objetivo. Torna-se, pois, absolutamente inócuo o ajuizamento de ulterior

⁽¹⁷⁶⁾ *A coisa julgada no Código do Consumidor*. Coisa julgada, n. 2.4, p. 25 ss.; Revista Forensc. v. 326, 1994, n. 5, p. 80.

ação judicial. Se a sociedade, por exemplo, pretender discutir a matéria em futura demanda ajuizada em face dos "sócios estranhos" que não participaram do primeiro processo, os réus poderão valer-se da exceção de coisa julgada. Por outro lado, o sócio que tem interesse no reconhecimento da higidez do ato societário antes impugnado, *atingido a toda evidência pela eficácia da sentença*, na condição de terceiro, poderá perfeitamente buscar tutela judicial para o seu direito. Diante do impasse derivado dessas situações, entre uma tutela efetiva do direito do autor e uma proteção do direito de defesa dos terceiros ausentes (cuja presença no processo seria extremamente difícil), o próprio sistema equilibra o interesse do autor e o dos terceiros interessados, por meio da extensão *ultra partes* da coisa julgada (terceiros que têm interesse convergente) e da relativa incontestabilidade da sentença (em relação aos terceiros atingidos pela eficácia da sentença).

Seja como for, o certo é que o tratamento dispensado pelo ordenamento jurídico ao terceiros em face do regime da eficácia da sentença e da extensão da coisa julgada deve também ser paritário.

14. Garantias constitucionais do processo e eficácia da sentença arbitral

Dentre as novidades introduzidas pela denominada "Lei da Arbitragem" (Lei 9.307/96) destaca-se a equiparação da sentença arbitral à sentença judicial, como, com todas letras, dispõe o art. 31: "a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo".¹⁷⁷

⁽¹⁷⁷⁾ A anterior regulamentação, regrada no CPC, estabelecia que, após o laudo arbitral ser proferido, para que pudesse ser exigido seu cumpri-

Infere-se, de logo, que o legislador atribuiu natureza pública ao juízo arbitral, consubstanciado em equivalente jurisdicional, por opção das partes. A despeito de ser instituído por meio de um instrumento negocial de cunho privado (convenção arbitral), o desenrolar do processo de arbitragem é tão jurisdicional quanto aquele que tramita perante a justiça estatal.

Nesse sentido, verifica-se que os requisitos estruturais da sentença arbitral são exatamente os mesmos exigidos pela legislação processual civil (art. 458): relatório, motivação (na qual deverão ser examinadas questões de fato e de direito, aludindo expressamente se os árbitros julgaram por equidade) e o dispositivo (no qual os árbitros resolverão a matéria que lhes foi submetida e estabelecerão o prazo para cumprimento da decisão) (art. 26 da Lei 9.307/96).

Importa também frisar que o procedimento da arbitragem, a teor do art. 21, § 2º, deverá ser informado, não só pela imparcialidade e pelo livre convencimento motivado dos árbitros, mas, ainda, pelos princípios do contraditório e do tratamento paritário das partes.

Esclarece, a respeito, Humberto Theodoro Júnior que: “a garantia do devido processo legal com os consectários do contraditório e da ampla defesa são, modernamente, direitos assegurados no plano constitucional, o mesmo ocorrendo com a exigência de motivação de todas as decisões judiciais (CF, arts. 5º, LIV e LV, e 93, IX). Por isso, qualquer que seja o procedimento

mento, ter eficácia e força executiva quando fosse condenatório, seria necessária a confirmação pelo Judiciário, em sede de ação de homologação de laudo arbitral (cf. Selma M. Ferreira Lemes, *A sentença arbitral entre as partes e em relação a terceiros*, palestra proferida no Curso de Práticas Arbitrais: A arbitragem como meio de solução de conflitos, na AASP, em 28.11.2002, e publicada na Revista Consultor Jurídico, ed. de 23.12.2002).

a prevalecer no juízo arbitral esses preceitos fundamentais nunca poderão ser descurados pelos árbitros, sob pena de nulidade. A matéria é de ordem pública e não se sujeita à disponibilidade negocial na convenção de arbitragem. Sobre o tema, a lei brasileira é expressa: ‘serão sempre respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da impessoalidade do árbitro e de seu livre convencimento’ (art. 21, § 2º)”¹⁷⁸

Para a concretização da arbitragem é exigida uma convenção particular, pela qual as partes concordam em submeter a decisão do litígio a um árbitro. Observa-se, destarte, que a convenção de arbitragem é delimitada, sob o aspecto subjetivo, pelas pessoas que firmam a cláusula compromissória ou o compromisso arbitral.

Como a arbitragem se circunscreve aos limites do contrato celebrado entre as partes e entre estas e o árbitro, sua extensão subjetiva e objetiva não pode manifestar-se senão entre os contratantes. A legitimidade de parte para o procedimento arbitral, por isso, só se estabelece entre os sujeitos contratuais. A única via de legitimação, ativa ou passiva, para quem queira participar, ou seja, chamado a integrar a arbitragem, condiciona-se à própria convenção arbitral. Pouco importa, portanto, seja necessário ou facultativo o litisconsórcio: “sua formação só será admissível, de forma cogente, entre os que celebraram a convenção arbitral”¹⁷⁹.

⁽¹⁷⁸⁾ *Arbitragem e terceiros – litisconsórcio fora do pacto arbitral – outras intervenções de terceiros*, Revista de direito bancário, v. 14, 2001, p. 375. Consulte-se, ainda, Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e processo*, 2ª ed., n. 2, p. 252-253; n. 9, p. 327-328; Edoardo Ricci, *O contraditório na arbitragem de equidade*, Lei de arbitragem brasileira, p. 149.

⁽¹⁷⁹⁾ Cf. Theodoro Júnior, *Arbitragem e terceiros – litisconsórcio fora do pacto arbitral – outras intervenções de terceiros*, p. 373-374; que,

Saliente-se, por outro lado, que, proferida a sentença arbitral, não há previsão legal para que seja ela submetida a qualquer reexame. Ela é irrecorrível (art. 18). Excetuando-se a regra do art. 30, que autoriza pedido de correção de erro material ou de esclarecimento acerca de omissão, dúvida ou contradição da sentença arbitral, irrompe ela definitiva.

Todavia, o art. 33, também da Lei 9.307/96, possibilita o ajuizamento, pela parte interessada, de ação visando à anulação do ato decisório arbitral, com arrimo num dos fundamentos catalogados no precedente art. 32. Essa demanda poderá ser proposta, perante o Judiciário, no prazo decadencial de 90 dias, a contar do recebimento da notificação da respectiva sentença, devendo ser processada pelas regras do procedimento comum ordinário.

complementando o raciocínio, assevera: “se todos os que devem ser litisconsortes são aderentes à convenção arbitral, tudo se desenvolverá naturalmente dentro da força contratual. Se, contudo, o terceiro, que se deseja incluir no processo, não firmou o ajuste, sua inserção no litisconsórcio, ainda que necessário, somente se tomará possível se ele consentir em aderir ao compromisso. Havendo, pois, recusa de sua parte, o árbitro não terá força para submetê-lo à relação processual. Se o caso for de litisconsórcio facultativo, o procedimento da arbitragem terá de prosseguir só com as partes vinculadas à convenção arbitral. Se for necessário o litisconsórcio, só restará ao árbitro encerrar o procedimento sem julgamento de mérito, por falta de integração da convenção de arbitragem. Proferirá sentença terminativa na esfera arbitral, para que a lide possa ser resolvida pelo Poder Judiciário. Diante do caráter voluntário da arbitragem, falece à parte e ao árbitro o poder de impor ao terceiro toda e qualquer espécie de arbitragem forçada. Em relação a quem não é parte da convenção, cabe ao árbitro ouvi-lo, mas não convocá-lo a se submeter a um *imperium* que não existe”. V., ainda, em senso análogo, Antonio de Pádua Soubhik Nogueira, *Considerações sobre os limites da vinculação da arbitragem (lei 9.307/96): breve análise de pontos controvertidos*, Revista dos Tribunais, v. 780, 2000, p. 83-84; Joel Dias Figueira Júnior, *Arbitragem, jurisdição e execução*, p. 259.

Aduza-se que, sendo de sinal condenatório a sentença, o vício que a inquina é passível de ser argüido pela via da impugnação, nos termos dos arts. 33, § 3º, da Lei de Arbitragem, e 475-N do Código de Processo Civil, ao ensejo da execução do título executivo (art. 475-N, IV, CPC).

Decorrido o lapso de 90 dias, a sentença arbitral transita em julgado, tornando-se imutável em relação às partes e seus sucessores.¹⁸⁰ A sucessão (universal ou singular) enseja a transferência ao sucessor de todas as posições jurídicas ativas e passivas do sucedido, sendo de ressaltar que, na sucessão *inter vivos*, o conhecimento da pendência da arbitragem ou da sentença arbitral, pelo sucessor, que por alguma razão não substitui o transmitente no procedimento da arbitragem, é fundamental para que ele fique vinculado à coisa julgada.¹⁸¹

Tendo-se em vista os limites subjetivos da convenção arbitral não há como se admitir que a imutabilidade do conteúdo decisório da sentença possa atingir terceiros. Ressalta, outrossim, Theodoro Júnior que: “a jurisprudência brasileira já teve a oportunidade de enfrentar o problema e assentou: a) a convenção arbitral vinculante ‘somente é válida e eficaz em relação às

⁽¹⁸⁰⁾ Examinando o texto legal brasileiro, afirma Edoardo Ricci que: “A sentença arbitral com trânsito em julgado não pode mais ser impugnada. Depois do trânsito em julgado, a imutabilidade de seus efeitos é absoluta, porque não cabe ação rescisória... a celeridade da arbitragem não diz respeito somente ao procedimento, mas também à produção dos efeitos da tutela definitiva, bem como de sua imutabilidade” (*Reflexões sobre o art. 33 da lei de arbitragem*, Lei de arbitragem brasileira, n. 4, p. 201; Revista de Processo, n. 93, 1999, p. 52-53).

⁽¹⁸¹⁾ A exemplo do que ocorre com a alienação da coisa ou do direito litigioso durante ou após a pendência do processo judicial (v., adiante, cap. V, n. 24.2), também no âmbito da arbitragem não se descarta a existência de situação na qual deva ser ressalvada a boa-fé do terceiro adquirente, podendo este furtar-se à eficácia da sentença arbitral por meio dos remédios previstos na Lei 9.307/96.

partes contratantes'; e b) em havendo litisconsorte que não subcreveu a convenção arbitral não pode ser constrangido a aderir ao 'negócio de que não participou'".¹⁸²

A propósito desse tema, cumpre ainda esclarecer que a sentença arbitral é considerada inválida quando restarem violados o contraditório e a igualdade das partes. É a regra do inc. VIII do art. 32: "É nula a sentença arbitral se: ... VIII – forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei".¹⁸³

Assim, em conclusão, a sentença arbitral que acarrete prejuízo jurídico a um terceiro é passível de ser contestada perante o Poder Judiciário.

Afirme-se, de logo, que, sendo condenatória a sentença arbitral, o terceiro que for atingido pela respectiva eficácia, poderá oferecer impugnação (arts. 33, § 3º, da Lei 9.307/96, c.c. art. 475-L do CPC) no momento processual em que estiver sofrendo, *in concreto*, tais efeitos.

A ação rescisória, segundo a clara exposição de Flávio Yarshell, não é cabível para desconstituir o julgamento de mérito proferido pelo árbitro, porque os mecanismos de controle jurisdicional deste já se encontram previstos na própria lei especial. Na verdade, é como se a ação rescisória da sentença arbitral estivesse regulada pelo citado art. 33, a excluir, portanto, o remédio do Código.¹⁸⁴

(182) *Arbitragem e terceiros – litisconsórcio fora do pacto arbitral – outras intervenções de terceiros*, p. 379.

(183) V., a respeito, Joel Dias Figueira Júnior, *Manual da arbitragem*, n. 49, p. 186.

(184) *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*, n. 66, p. 204-205. Embora não examinando o problema do terceiro no contexto da arbitragem, Flávio Yarshell não afasta a legitimação do Ministério Público, por analogia da regra do art. 487, II, do CPC, para pleitear a desconstituição da sentença arbitral por ato fraudulento, destacando que,

Não sujeito aos termos da convenção de arbitragem, o terceiro prejudicado legitima-se a demandar a anulação da sentença arbitral, com fundamento no art. 33, § 2º, inc. VIII, da Lei de Arbitragem.

15. Garantias constitucionais do processo e *collateral estoppel*

Não se duvida que as mutações da realidade influenciam a experiência jurídica e, por via de consequência, deformam as soluções tradicionais para questões que não permanecem estáticas. A esse notável fenômeno não pode, à evidência, restar estranha a obra da ciência do direito, mais especificamente da dogmática, entendida como uma complexa atividade, na qual cabe distinguir essencialmente os seguintes escopos: a) o de fornecer uma análise conceitual e de propiciar o conhecimento sistemático da lei em vigor; e b) o de elaborar propostas para a solução dos dilemas jurídicos e superação dos paradigmas e, ainda, o de fornecer critérios para a aplicação do direito.

É muito provável que, por essa fundamental razão, inúmeros juristas modernos têm sentido menor receio de ampliar o estudo de comparação jurídica (de estabelecer um "diálogo"...) entre os sistemas do *common law* e do *civil law*.

em tal hipótese, "o que justifica a iniciativa do MP é a fraude à lei, pouco importando decorra ela de colusão referendada por sentença estatal ou não-estatal, observando-se, contudo, o disposto no art. 168 do CC, e especialmente a legitimação outorgada ao MP segundo a regra do art. 129 da Constituição da República, conforme a função institucional desse órgão" (p. 207, nt. 7). V., também, inadmitindo a rescisória da sentença arbitral, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, *Aspectos processuais da nova lei de arbitragem*, Revista Forense, v. 339, 1997, p. 140; Edoardo Ricci, *Reflexões sobre o art. 33 da lei de arbitragem*, Lei de arbitragem brasileira, n. 4, 201; Revista de Processo, n. 93, 1999, p. 52.

Não é preciso frisar que realmente existem profundas discrepâncias acerca das matrizes teóricas do direito anglo-americano e do direito europeu-continental e, por essa razão, entre os seus respectivos fundamentos. Não obstante, na realidade da praxe jurídica, ou seja, no que se refere à interpretação e à aplicação do direito, essa presumida diferença não joga qualquer papel determinante... As duas faces do processo e, sobretudo, da decisão judicial – autoridade e razão – estão estritamente ligadas: uma jurisprudência e uma legislação constantemente irracionais perderiam toda autoridade, mas o pensamento jurídico racional, revestido portanto de autoridade, deve transpor-se à decisão.¹⁸⁵ Na teoria do direito anglo-americano o acento mais forte é colocado sobre o elemento da razão; na do direito europeu-continental, sobre o elemento da autoridade, mas sempre em busca de um caminho que atenda à efetividade do processo e ao anseio de toda a sociedade.

Nesse sentido, interessa verificar até que ponto os resultados alcançados pelo sistema do *common law*, em matéria de limites subjetivos da coisa julgada, podem auxiliar como instrumento de análise, de reflexão e de eventual reforma.

Cumprе consignar inicialmente que as regras que governam a extensão *ultra partes* da coisa julgada na doutrina e na praxe do direito anglo-americano têm uma disciplina praticamente idêntica àquela tradicional originada nas fontes romanas. E há também um consenso entre os juristas do *common law*, de época contemporânea, quanto às dificuldades para garantir a efetividade do processo e, ao mesmo tempo, tutelar o direito dos terceiros.

O julgamento de mérito, no âmbito de tal sistema jurídico, somente pode vincular as pessoas que tiveram oportunidade de

⁽¹⁸⁵⁾ Cf. Martin Kriegl, *Il precedente nell'ambito giuridico europeo-continentale e angloamericano*, La sentenza in Europa, p. 517.

debater a causa perante o tribunal. Essa premissa, segundo Robert Casad e Kevin Clermont, contém implícita a garantia do *due process*: “*the full and fair day in court*”. E, ademais, entre aquelas se incluem ainda os *privies*, ou seja, os sujeitos que, de algum modo, às partes se equiparam, como, por exemplo, o sucessor do litigante na coisa ou no direito litigioso, ou o sócio, o co-credor ou co-devedor.¹⁸⁶

Como se observa, a denominada “regra da mutualidade” (*mutuality rule*) muito se aproxima do princípio clássico acerca dos limites subjetivos, segundo o qual a autoridade do julgado só opera entre as partes. Pela incidência desse princípio, as questões de fato e de direito que já foram apreciadas e decididas, cobertas pela *issue preclusion*, não podem ser objeto de novo exame num segundo processo entre as mesmas partes. E se eventualmente voltarem a ser deduzidas pela parte que antes fora derrotada, o outro litigante pode opor-lhe o anterior julgado, que produz *collateral estoppel*.¹⁸⁷ Ressalte-se que a referida preclu-

⁽¹⁸⁶⁾ *Res Judicata – Theory, Doctrine and Practice*, cap. 8, p. 149-155. Não se pode deixar de ressaltar, nesse particular, que, no sistema do *common law*, coexiste com essa regra, a técnica do *stare decisis* (da expressão latina: *stare decisis et non quieta movere* = mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido), informada pelo princípio do *precedente vertical* com força obrigatória externa para todas as cortes inferiores. Assim, a rigor, verifica-se uma eficácia “panprocessual” da coisa julgada, que tem o condão de vincular o futuro julgamento *inter alios* (v., a respeito, a clássica obra de Rupert Cross, *Precedent in English Law*, 3ª ed., *passim*; c. na literatura pátria, Cruz e Tucci, *Precedente judicial como fonte do direito*, *passim*).

⁽¹⁸⁷⁾ Cf. Austin Wakeman Scott, *Collateral Estoppel by Judgment*, *Harvard Law Review*, v. 56, 1942, p. 1 ss.; Warren A. Goldstein, *Res Judicata – Collateral Estoppel – Doctrine of Mutuality*, *Tulane Law Review*, v. 40, 1966, p. 666 ss. V., em sentido análogo, o princípio 28, e respectivo comentário, dos *Principles and Rules of Transnational Civil Procedure*, Ali-Unidroit, The American Law Institute, ed. março/2004, p. 70-71.

são recai também sobre as questões prejudiciais, decididas *incidenter tantum*.

É evidente que se a segunda demanda fosse ajuizada por outro litigante contra a parte derrotada no primeiro processo, o autor não poderia argüir *collateral estoppel* para paralisar a força dos argumentos deduzidos pelo réu, já examinados e julgados no precedente processo. Assim, segundo o exemplo fornecido por James Hazard Jr.¹⁸⁸, alegando ter sofrido dano físico, em decorrência de acidente de carro provocado por Pedro, que dirigia o automóvel de Gustavo, Antônio move ação contra o proprietário do veículo, Gustavo, fundada na culpa *in vigilando*. O argumento principal é o de que Pedro agira com manifesta imprudência. O pedido é julgado improcedente porque não teria havido imprudência alguma. Nesse caso, não haveria qualquer óbice a que Antônio promovesse sucessiva ação em face de Pedro, reabrindo, por certo, a questão da imprudência. E isso, porque Pedro, a rigor, na condição de terceiro, não estaria adstrito à autoridade da coisa julgada atinente ao primeiro julgamento. Logo – acrescenta Hazard –, a decisão sobre a imprudência, em decorrência da “regra da mutualidade”, só produz *issue preclusion* em relação às partes, não a terceiros...

Saliente-se, outrossim, que, apesar de sofrer algumas insignificantes exceções, esse princípio permaneceu inalterado até 1942, quando foi superado no caso *Bernhard v. Bank of America*. Nesse precedente, que se tornou famoso, o primeiro julgamento aprovara as contas apresentadas pelo inventariante (Cook) no inventário da testadora (Mrs. Sather). Antes de sua morte, Mrs. Sather havia autorizado Cook a gerir os seus negócios. Mais tarde, ela sacou determinada quantia de uma conta de poupança e entregou-a a Cook, que a depositou numa conta corrente conjunta em nome de “Clara Sather e Charles O. Cook”. Em mo-

⁽¹⁸⁸⁾ *Civil Procedure*, 3ª ed., § 11.24, p. 631-632.

mento posterior, Cook sacou aquela importância e utilizou os recursos em seu próprio benefício. Quando Mrs. Sather faleceu, Cook era o inventariante. As contas apresentadas no inventário não mencionavam a existência daquele valor em dinheiro. Os herdeiros instituídos pelo testamento de Mrs. Sather, incluindo *Helen Bernhard*, em decorrência de tal omissão, impugnam a respectiva prestação de contas. Após a audiência de instrução, as contas foram homologadas, tendo constado da decisão judicial que a falecida, ainda em vida, beneficiara Cook, a título de doação, com aquela soma em dinheiro.

Quando Cook foi destituído da inventariança, Bernhard foi nomeada administradora do espólio e moveu uma segunda ação contra o banco, reclamando a importância em dinheiro, sob o argumento de que Mrs. Sather nunca havia autorizado o referido saque. A Suprema Corte da Califórnia, pelo voto do Juiz Traynor, entendeu que Mrs. Bernhard e os outros herdeiros instituídos pelo testamento estavam vinculados à autoridade da decisão que declarara a existência de doação, questão (prejudicial) que tornava prejudicados os fundamentos da ação promovida em face do banco. O tribunal então decidiu que: “Na determinação da procedência da arguição do *collateral estoppel*, como efeito da coisa julgada, três questões são fundamentais: a) se o objeto de decisão no precedente processo era idêntico àquele examinado no sucessivo?; b) se houve decisão de mérito com trânsito em julgado?; e c) se aquele contra quem a (segunda) pretensão é deduzida foi parte ou tinha algum vínculo, ainda que objetivo (*privity*), com a parte do primeiro processo?”.¹⁸⁹

Essa mudança de paradigma, ocorrida nesse *leading case*, conhecido como *Bernhard doctrine*, foi, aos poucos, granjeando adeptos em outras cortes de justiça. Diga-se que a base teórica para o reconhecimento do *collateral estoppel* sem observân-

⁽¹⁸⁹⁾ Cf., ainda, James Hazard Jr., *Civil Procedure*, 3ª ed., § 11.24, p. 632-633.

cia estrita à clássica regra da mutualidade (*tria eadem*) foi inspirada não apenas na economia processual, mas, sobretudo, na garantia do contraditório. E isso porque, se a parte teve “vigorosa” oportunidade de defesa acerca de determinada matéria litigiosa em precedente demanda, mas sucumbiu, não há razão para rediscuti-la em outro processo pelo simples fato de que, no subsequente caso, a contraparte não é a mesma. Caberá sempre ao juiz do segundo processo verificar se realmente a ampla defesa foi assegurada, em particular, no que respeita às conseqüências que decorrem da pretensão do terceiro.¹⁹⁰

Esse relevante aspecto só vem confirmar, mais uma vez, a importância que é depositada na atuação dos juízes do sistema do *common law*, dotados de amplos poderes de direção do processo.¹⁹¹

Infere-se, assim, que acaba sendo desprezada a exigência de identidade de parte ao litigante que tem a possibilidade de argüir a coisa julgada contra aquele que a ela se encontra subordinado. Essa solução permite reconhecer a autoridade da coisa julgada em prol de vários co-interessados que não participaram do processo. Frise-se – consoante observou Pugliese – que esses co-interessados não são titulares de situação jurídica comum, mas titulares, cada qual, de uma distinta relação jurídica, conexas àquela que foi decidida, porque originada de um único fato ou de um fato idêntico.¹⁹²

⁽¹⁹⁰⁾ V., em senso análogo, Geoffrey Hazard Jr. e Taruffo, *American Civil Procedure*, cap. 9, p. 192-193; *La giustizia civile negli Stati Uniti*, cap. 9, n. 8, p. 227; Antonio Gidi, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 234.

⁽¹⁹¹⁾ Consulte-se, sobre o tema, com expressa referência ao fundamental papel que desempenham os juízes da cultura jurídica do *common law*, por último, Julie Allard e Antoine Garapon, *Les juges dans la mondialisation - La nouvelle révolution du droit*, p. 41 ss.

⁽¹⁹²⁾ *Giudicato civile (dir. vig.)*, n. 32, p. 888.

Os tribunais norte-americanos passaram, outrossim, a distinguir a oposição defensiva e ofensiva do *collateral estoppel*, num novo processo, por quem não foi parte no anterior.¹⁹³

O emprego defensivo do *collateral estoppel* ocorre quando o réu, que não participou do primeiro processo, opõe ao autor a preclusão sobre o objeto da demanda para impedir que este último faça valer uma pretensão já anteriormente deduzida em juízo e contra ele decidida. O *collateral estoppel* é considerado ofensivo quando o autor impede que o réu apresente em sua defesa matéria de fato ou de direito, já por ele invocada, sem sucesso, numa precedente demanda, mesmo que em face de outro sujeito. Nesse caso, como se denota, o demandante pode ser dispensado do ônus de provar a responsabilidade do réu, se já reconhecida em anterior decisão.¹⁹⁴

Ademais, é até intuitivo inferir que o mecanismo do *collateral estoppel* favorece a transação, antes da instrução probatória, porque estimula o réu a evitar uma decisão que lhe seja desfavorável, com o risco de “selar” a sorte de ações subsequentes contra ele aforadas.

⁽¹⁹³⁾ V., acerca dos inúmeros precedentes que foram aperfeiçoando o instituto analisado, Cound, Friedenthal e Miller, *Civil Procedure - Cases and Materials*, cap. 14, p. 1.141.

⁽¹⁹⁴⁾ *Parklane Hosiery Co. Inc. v. Shore* [1979]. Apesar do interesse gerado pelo *collateral estoppel* de natureza ofensiva, acaba sendo pouco recomendado por inúmeras razões, em particular porque encoraja a propositura de ações fragmentadas, uma vez que os potenciais demandantes ficam na expectativa de que um dos interessados ajuíze uma primeira ação para, em seguida, se beneficiarem da preclusão sobre as questões que lhes forem favoráveis, sem correr o risco de estarem julgados à decisão desfavorável. Assim, o primeiro autor suporta todos os ônus e custos do processo, cujo resultado positivo aproveitará a vários possíveis lesados; e, ainda, a argüição do *collateral estoppel* pode ser injusta se o réu não teve a oportunidade de ser regularmente ouvido no anterior processo (v., nesse sentido, James Hazard Jr., *Civil Procedure*, 3ª ed., § 11.24, p. 634).

Estas reflexões conduzem a duas considerações finais.

A despeito das inúmeras e acentuadas diferenças que, nesse particular, todo esse arcabouço técnico possui se cotejado com o regime da coisa julgada no âmbito do *civil law*, é possível admitir que, também em nosso direito, um terceiro e, portanto, não subordinado à coisa julgada produzida *inter partes*, possa valer-se da eficácia desta num sucessivo processo.

Não resta dúvida de que essa situação guarda alguma similitude com a recente novidade, introduzida no art. 274 do vigente Código Civil brasileiro, cuja redação é a seguinte: “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”. A 1ª parte do art. 274, caso a ação tenha sido ajuizada apenas por um ou alguns dos credores, harmoniza-se com a regra geral do art. 472 do Código de Processo Civil, que delimita, sob o aspecto subjetivo, a coisa julgada, porque, se o resultado for desfavorável ao demandante, é ele ineficaz aos demais credores que não participaram do processo. Estes poderão, em sucessiva demanda, buscar a condenação do devedor comum. Todavia, sem embargo da confusa redação, a 2ª parte do art. 274, na hipótese de julgamento favorável ao credor demandante, prevê a extensão da autoridade da coisa julgada aos credores estranhos ao processo. Ora, isso significa que se o devedor, condenado no primeiro processo, ajuizar ação de natureza declaratória em face dos outros credores, então daquele ausentes, poderão eles lançar mão da exceção de coisa julgada.

Igualmente, a procedência do pedido formulado na ação anulatória de deliberação societária (*ex vi* do art. 206, II, da Lei 6.404/76) atende ao interesse de muitos dos sócios que não participaram do respectivo processo, o que torna absolutamente inócuo o ajuizamento de ulterior ação judicial por qualquer de-

les. Mas, se a sociedade pretender rediscutir a matéria em futura demanda movida em face destes, será oponível a *exceptio rei iudicatae* pelos réus.

E, de idêntico modo, na opinião de Taruffo, com a qual desde logo concordamos¹⁹⁵, ao litisconsorte necessário, que deixou de ser citado, é também permitido valer-se da *res iudicata* que lhe proporcionou vantagem jurídica, caso pudesse, em seguida, ser isoladamente acionado pela parte que sucumbiu no primeiro processo: “*nulla impedisce che egli possa opporla a chi è rimasto soccombente nel primo processo*”.¹⁹⁶

A derradeira consideração leva à conclusão de que, diante do exposto, o que realmente importa, seja no sistema do *common law*, seja na experiência jurídica do direito codificado, é que tenham sido asseguradas ao litigante, contra o qual será posteriormente oposta a coisa julgada, as garantias do devido processo legal. Taruffo, a propósito, reconhece que o tema merece ser analisado de forma mais detida, mesmo porque a preservação do princípio do contraditório, na dimensão da problemática aqui examinada, ainda não foi satisfatoriamente investigada.¹⁹⁷

16. Terceiros nas ações coletivas e a coisa julgada *secundum eventum probationis*

Tenha-se presente que tudo o que foi afirmado quanto à incidência do devido processo legal em relação aos terceiros na esfera do processo de corte individual vale igualmente para as demandas de espectro coletivo, nas quais, em regra, os titulares do direito material discutido não participam do processo.

⁽¹⁹⁵⁾ V., sobre todos estes temas, com a indispensável profundidade, cap. V. *infra*.

⁽¹⁹⁶⁾ “*Collateral estoppel*” e *giudicato sulle questioni*, *Rivista di diritto processuale*, 1972, n. 10, p. 297-298.

⁽¹⁹⁷⁾ “*Collateral estoppel*” e *giudicato sulle questioni*, p. 299.

Acerca da intrincada questão, anota Trocker que, nas controvérsias não estritamente individuais, em cujo núcleo há uma convergência por via de conexão ou dependência de interesses de grupo ou categoria, tornando impossível a presença no processo de todos os interessados, a garantia de defesa pode igualmente ser satisfeita sem que se cogite de qualquer violação aos direitos fundamentais do cidadão. Impõe-se, para tanto, o estabelecimento de um equilíbrio harmônico entre técnica de tutela substancial e garantia de defesa processual.¹⁹⁸

Diante dessas duas exigências – técnica de tutela substancial e garantia de defesa processual – é de ser realçado o papel fundamental que indiretamente se atribuiu aos órgãos jurisdicionais no que concerne ao controle da atuação processual dos legitimados a demandar. Se importantes funções são reservadas ao juiz quanto à direção do processo individual, com certeza dilatam-se estas no âmbito da tutela coletiva, na qual, entre a inexorável extensão da coisa julgada a relações jurídicas conexas e a exigência de salvaguarda dos direitos dos litigantes estranhos ao processo, vem, certamente, valorizada a função judicial.

O legislador nacional, em alguns pontos cruciais, com as sucessivas alterações que foram sendo introduzidas nos diversos textos legais, acabou assimilando o que de melhor, sob a vertente técnica, na esfera do processo coletivo, já havia sido

⁽¹⁹⁸⁾ Trocker, *I limiti soggettivi del giudicato tra tecniche di tutela sostanziale e garanzie di difesa processuale*, Rivista di diritto processuale, 1988, p. 89-90, destacando, ainda, que: “a dupla exigência importa, de um lado, não excluir totalmente a eficácia *ultra partes* do julgado, e, de outro, tutelar os terceiros contra os danos que possam sofrer por força de uma sentença de cujo processo de formação não participaram, sem que isso amplie de modo ilimitado o rol de sujeitos que têm direito de ser ouvido em juízo. E, por esse caminho, há uma harmônica coordenação entre técnica de tutela substancial e garantia de defesa processual, binômio esse que hoje é exigido, de modo sempre mais claro, pela mais autorizada doutrina e jurisprudência alemãs”.

colocado à prova, há muitos anos, nas experiências jurídicas que serviram de modelo ou, pelo menos, de fonte de inspiração para a redação da legislação brasileira, em particular, do Código de Defesa do Consumidor.

Quanto aos limites subjetivos da coisa julgada, o conceito unitário de consumidor traduz uma situação jurídica plurissubjetiva, na qual a relação substancial é única, mas intercorrente entre mais de um sujeito. A “afinidade” axiológica entre eficácia *ultra partes* e tutela dos interesses coletivos ou difusos baseia-se na relevância jurídica que a coisa julgada representa para a esfera dos direitos dos sujeitos estranhos ao processo, mas que são titulares da mesma *res in iudicium deducta* ou de um interesse qualificado por um vínculo de prejudicialidade-dependência.¹⁹⁹

Ressalte-se, assim, que a legislação brasileira, em matéria de tutela coletiva, fez bem em rechaçar a formação da coisa julgada *secundum eventum litis* em relação a terceiros.

Embora o fenômeno da denominada coisa julgada *secundum eventum litis* tenha vigorado durante décadas na experiência jurídica das *class actions* norte-americanas, a partir da reforma de 1966, nos Estados Unidos da América, cabe ao juiz – concebido como o verdadeiro protagonista da ação de classe –, no início e durante todo o desenrolar do processo, examinar a *performance* da representação de todo o grupo.

Por outro lado, a produção da coisa julgada condicionada ao resultado do processo também tem sido muito criticada no direito alemão²⁰⁰, que, de certo modo, a contempla no § 21 do

⁽¹⁹⁹⁾ V., no sentido do texto, Proto Pisani, *Note in tema di limiti soggettivi della sentenza civile*, Foro Italiano, 1985, p. 2.385 ss.

⁽²⁰⁰⁾ V., opinando pela inconstitucionalidade da referida orientação, William B. Fisch, *European Analogues to the Class Action: Group Action in France and Germany*, The American Journal of Comparative Law, 27, 1979, p. 77.

AGB-Gesetz, de 1976, o qual regulamenta as condições gerais do contrato.²⁰¹ Entende-se, com efeito, que “a extensão *ultra partes* da eficácia apenas das sentenças de procedência implica alteração da *Waffengleichheit der Parteien* (paridade de armas das partes), ensejando inadmissível violação do princípio constitucional da isonomia”.²⁰²

Na Itália, não obstante ter granjeado alguns adeptos, é severa a crítica que Mauro Cappelletti lançou à denominada coisa julgada *secundum eventum litis*. De fato, se o autor é considerado parte idônea para defender os direitos de um grupo de consumidores, não me parece razoável que se deva distinguir entre efeitos positivos e negativos, favoráveis ou desfavoráveis. É preciso ter presente que, também nas controvérsias respeitantes aos direitos coletivos e difusos, há sempre duas partes contrapostas. Se os efeitos favoráveis se estendem a terceiros e os desfavoráveis não, conclui-se que em relação à outra parte a solução *secundum eventum litis* opera somente em sentido negativo. Aflora, a toda evidência, que a produção industrial se consubstancia num bem social, uma vantagem coletiva, que não pode subordinar-se a um estado de insegurança jurídica, decorrente de injustificadas investidas judiciais. É bem de ver que, como sempre, também no caso da tutela dos interesses coletivos e difusos existem

⁽²⁰¹⁾ Confira-se, sobre o tema, Günter H. Roth, *La nouvelle loi allemande sur les conditions générales du contrat (AGB-Gesetz) du 6.12.1976*, *Revue internationale du droit comparé*, 1977, p. 359 ss.; Hans W. Micklitz, *La loi allemande relative au régime juridique des conditions générales des contrats du 9.12.76 – bilan de onze années d'application*, *Revue internationale du droit comparé*, 1989, p. 101 ss.

⁽²⁰²⁾ Cf., reportando-se a manifestação do *Bundesrat* alemão, Cristina Rapisarda, *Spunti in tema di efficacia del giudicato secundum eventum litis con particolare riguardo all'esperienza della legge tedesca sulle condizioni generali di contratto*, *Studi in onore di Enrico Allorio*, v. 1, p. 777.

valores contrapostos, cada um deles, nos seus justos limites, dignos de respeito e proteção. Considerar somente a posição privilegiada de uma das partes – no caso, o consumidor –, e com isso colocar em risco a paridade de armas no processo, enseja uma forma ulterior de violação do devido processo legal e, ao mesmo tempo, uma simplificação de realidade extremamente complexa.²⁰³

Procurando manter um equilíbrio entre a posição jurídica das partes, à luz das garantias constitucionais do processo, o Projeto de Lei de Defesa do Consumidor da Argentina contém regra avançada, segundo a qual o atributo da imutabilidade do conteúdo decisório da sentença (para o consumidor) condiciona-se ao transcurso de um biênio, não mais podendo ser reavivada a questão após tal prazo (art. 23): “Sem prejuízo da subsistência das restantes ações que competem às partes, o processo de ação coletiva só poderá ser reaberto quando, dentro de um prazo improrrogável de dois anos a contar da intimação da sentença de improcedência, o legitimado ativo oferecer a produção de provas que tenham sido omitidas por motivos que não lhe são imputáveis”.²⁰⁴

Foi, sem dúvida, nessa proposta legislativa, que, mais recentemente, os autores do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América se inspiraram para a redação do § 1º do art. 33: “Mesmo na hipótese de improcedência fundada nas pro-

⁽²⁰³⁾ Cappelletti, *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi*, *Le azioni a tutela di interessi collettivi* (obra coletiva), p. 205-206.

⁽²⁰⁴⁾ Cf. apenso à obra de Gabriel A. Stiglitz, *Protección jurídica del consumidor*, 2ª ed., p. 153-154. Pedro da Silva Dinamarco (*Ação civil pública*, n. 8.4.1, p. 107) entende que tal proposição legislativa desponta interessante e pode muito bem ser aproveitada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

vas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, no prazo de 2 (dois) anos contados da descoberta de prova nova, superveniente, que não poderia ter sido produzida no processo, desde que idônea, por si só, para mudar seu resultado”.²⁰⁵

O art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe sobre a dinâmica da coisa julgada nas ações coletivas, adotou o princípio clássico de que a imutabilidade do conteúdo da sentença vincula as *partes e todos aqueles terceiros* que se encontram substituídos no processo pelos legitimados legais.²⁰⁶

Em outras palavras, no processo coletivo, as coisas não se passam de modo muito diferente do que ocorre no processo individual, já que os limites subjetivos da coisa julgada adstringem as partes, seja no caso de acolhimento, seja no caso de rejeição, e impedem a propositura de outra ação coletiva que tenha idênticos pedido e causa de pedir, pelo mesmo ou por outro legitimado.²⁰⁷

E esse regime independe da natureza do direito questionado (difuso ou coletivo), desde que a improcedência do pedido não tenha se fundado na insuficiência de provas (art. 103, I e II). Na hipótese de direito individual homogêneo, a rejeição da deman-

⁽²⁰⁵⁾ Anote-se que essa mesma redação foi reproduzida no art. 12, § 5º, do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.

⁽²⁰⁶⁾ Preceitua o *caput* do art. 103 do CDC que: “Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada...”. Vicente Greco Filho observa que o legislador incidiu aí em flagrante atecnia, pois confundiu a imutabilidade do conteúdo decisório da sentença com a extensão de seus efeitos a terceiros (*Comentários ao Código de Proteção do Consumidor* (obra coletiva), p. 360-361).

⁽²⁰⁷⁾ Em senso análogo: Paulo Lucon e Daniela Gabbay, *Coisa julgada secundum eventum probationis e pedido nas ações coletivas*, texto inédito, p. 4.

da coletiva não impede o ajuizamento de ações individuais pelos interessados, quando nela não intervieram (art. 103, I e § 2º).

Acrescente-se, a propósito, que, segundo o enunciado do art. 94 do Código de Defesa do Consumidor, para eventual formação de litisconsórcio ativo ulterior, na ação referente a direito individual homogêneo, deve dar-se ciência aos interessados do ajuizamento da demanda por meio de edital, sem prejuízo da utilização, pelos órgãos de defesa do consumidor, de outros veículos de comunicação social. Contudo, a regra em apreço, a meu ver, constitui letra morta – e a prática confirma essa conclusão –, uma vez que, não intervindo no processo, o interessado, em caso de improcedência do pedido deduzido na demanda coletiva, poderá propor, em imediata seqüência, a ação para a defesa exclusiva de seu direito.

Nos moldes em que disciplinada a matéria, a formação da *res iudicata* dá-se *secundum eventum probationis*. Na hipótese de vitória do demandante, jamais se poderá voltar a discutir o que ficou definitivamente decidido. Todavia, se aquele legitimado ativo, que ajuizou a ação coletiva, conhecer resultado desfavorável, por insuficiência de provas, vale dizer, se a prova produzida pelo demandado determinar a rejeição do pedido, não há se falar em coisa julgada *ultra partes*, sendo possível, em qualquer momento posterior, o ajuizamento da demanda, por outro legitimado, com idêntico fundamento.

Assim, por exemplo, uma empresa é acionada por uma associação, que defende os interesses dos consumidores, e, diante das alegações deduzidas, requer a produção de prova pericial. Chega-se à conclusão, diante do material probatório colhido, de que o produto não se afigura defeituoso ou nocivo para o consumo. E, então, o respectivo pedido é julgado improcedente, com fundamento na insuficiência das provas produzidas pela associação. Ora, como a coisa julgada é *secundum eventum probationis*, o

mesmo demandado pode ser novamente citado para responder aos termos de ação lastreada em idêntica *causa petendi*, mas em prova nova, movida pelo mesmo ou por outro legitimado.

É indubitoso que a opção feita pelo legislador, que constitui um meio-termo, supera em muito a técnica da coisa julgada *secundum eventum litis*.²⁰⁸

O regramento do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, em linhas gerais, não se diferencia daquele, já antigo,

⁽²⁰⁸⁾ Não obstante, Botelho de Mesquita sustenta a inconstitucionalidade do tratamento afrontoso do princípio da isonomia processual dispensado à denominada ação coletiva para a defesa dos interesses individuais homogêneos, e anota que o ato decisório final que condenar o réu-fornecedor se torna imutável e indiscutível, “em benefício de todos que se pretendem vítimas; mas a sentença que o absolver não lhe servirá para nada, podendo voltar a ser discutida por quem quer que seja. A autoridade do Poder Judiciário, neste caso, será nenhuma e a sentença não valerá o preço do papel em que tiver sido lançada. O direito de defesa do réu, por sua vez, ficará reduzido a uma fórmula inteiramente vazia, porque, por melhor que se defenda, nenhuma consequência prática daí decorrerá, a não ser a vitória isolada sobre a ‘vítima’ incauta que, ignorante, tenha optado por participar do processo em lugar de ficar de fora aguardando o resultado”!... (*Na ação do consumidor, pode ser inútil a defesa do fornecedor*, Revista do Advogado da AASP, n. 33, 1990, p. 81). Comunga com essa opinião, Mafra Leal, ao ponderar que o regime da coisa julgada no processo coletivo brasileiro é contraditório, no sentido de que o “representante adequado” (o legitimado a ajuizar a demanda) “só é considerado adequado quando a ação é benéfica... para se permitir a propositura da ação coletiva, faz-se um libelo contra o processo individual, com argumentos do movimento de acesso à Justiça e pregando-se a necessidade de se superarem as barreiras tradicionais impostas pela cláusula do devido processo legal, com o princípio do contraditório incluído. Quando se percebe que o pedido na ação coletiva pode ser improcedente, recorre-se aos mesmos argumentos que no primeiro momento rechaçaram: os princípios do processo civil clássico (contraditório, ampla defesa etc.)” (*Ações coletivas: história, teoria e prática*, p. 209).

que disciplina a coisa julgada na ação popular (art. 18 da Lei 4.717/65).²⁰⁹

Afastando-se dessa opinião, assinala, a respeito, Botelho de Mesquita, que, na ação popular cujo pedido foi jugado improcedente, “a limitação da coisa julgada entre as partes não faz exceção à regra geral, nem contém qualquer ofensa à Constituição. É da regra geral que qualquer outro cidadão, diante de tal eventualidade, pudesse propor, depois, a sua ação popular. O que é excepcional é que este poder fique limitado ao caso em que a improcedência da ação tenha sido consequência da insuficiência de provas. Acresce notar que a improcedência da ação popular por deficiência de provas contém, em geral, um juízo favorável ao autor a respeito da nulidade do ato, faltando apenas a prova da sua lesividade. É juízo que não dá inteira razão ao réu; ao contrário contém em si mesmo uma reprovação do ato. Já, no caso da ação do consumidor julgada improcedente (e não apenas por deficiência de provas, mas também por ficar cabalmente demonstrado que o réu está, com toda a razão, no exercício de um direito reconhecido) a situação é exatamente a oposta: a sentença declara que a pretensão do autor não tem fundamento nenhum. É caso, pois, em que a analogia cede diante do argumento a contrário”.²¹⁰

Por outro lado, é importante ressaltar que, no âmbito das ações coletivas, torna-se relevante a verificação, pelos juízes,

⁽²⁰⁹⁾ Há mais de dez anos, enfocando esse mesmo tema, manifestei-me contrário à sistemática acolhida no CDC quanto aos limites subjetivos da coisa julgada, imaginando que o legislador tivesse adotado, *tout court*, a técnica da coisa julgada *secundum eventum litis* (*Técnica processual civil no Código de Defesa do Consumidor*, Devido processo legal e tutela jurisdicional, n. 6, p. 119-120).

⁽²¹⁰⁾ *Na ação do consumidor, pode ser inútil a defesa do fornecedor*, Revista do Advogado da AASP, n. 33, 1990, p. 81-82.

durante toda a tramitação do processo, do comportamento processual do legitimado, que “representa” todo o grupo, visto que a trama entre os litigantes acarreta gravíssima ofensa às garantias do devido processo legal, que inclusive protegem os terceiros. Não é preciso destacar que o papel reservado aos órgãos jurisdicionais pelas legislações processuais modernas (incluindo a nossa) sempre foi o de um juiz ativo, cabendo-lhe, entre outras relevantes incumbências, velar pela conduta processual dos litigantes, prevenindo ou reprimindo qualquer ato atentatório à dignidade da justiça.²¹¹

Ademais, nos processos coletivos nos quais não atua como demandante, o Ministério Público integra o processo como fiscal da lei, devendo, em qualquer momento processual, noticiar ao juiz a suspeita da existência de conluio entre as partes.

17. *Right to opt out* como expressão das garantias constitucionais do processo

17.1. *Nota prévia*

O sistema processual norte-americano sempre exaltou as garantias do devido processo legal.

O modelo do processo civil dos Estados Unidos, aprimorado durante o século XX, sobretudo depois da 2ª Guerra Mundial, continua servindo de paradigma para outros países regidos pelo *common law*, como, por exemplo, o Canadá, que se deixa influenciar inclusive pelos precedentes judiciais, que, fora dos Estados Unidos, gozam apenas de eficácia persuasiva.

⁽²¹¹⁾ Cf., e. g., art. 125 do CPC. V., sobre esse importante aspecto, Barbosa Moreira, *Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo*, Temas de direito processual, 4ª s., p. 45 ss.; Bedaque, *Poderes instrutórios do juiz*, 3ª ed., *passim*.

No que toca à coisa julgada, vigora o seguinte princípio: “É de público interesse que os litígios devam ter um fim” (“*that it is the interest of the state that there be an end to litigation*”), sendo que, sob o aspecto subjetivo, “nenhuma pessoa pode ser importunada duas vezes pela mesma ação” (“*no person should be twice vexed by the same claim*”).²¹²

Pelas características próprias do procedimento das *class actions*, nem todos os titulares do direito, que constitui objeto do processo, participam do contraditório. O interesse destes é tutelado pelos denominados *class representatives*. Ocorre, porém, que a extensão da eficácia do julgado atingirá, além das partes, todos os integrantes do grupo, terceiros juridicamente interessados.

Estaria, assim, à primeira vista, violada a garantia constitucional do *due process*: “... *no person shall be deprived of life, liberty, or property, without due process of law*”. É certo que essa questão foi profundamente debatida pelas cortes americanas – em particular, nos casos *Hansberry v. Lee* [1940] e *Eisen v. Carlisle & Jacquelin* [1974] –, e pela doutrina construída a partir destes dois importantes precedentes.

17.2. *Estados Unidos*

O instituto da *class action* teve origem na experiência jurídica inglesa, criado pelo *Bill of Peace*, em fins do século XVII, admitido apenas diante da *Court of Chancery*, nos juízos de equidade.²¹³ Com a fusão dos sistemas da *law* e da *equity*, decorrente do *Court of Judicature Act*, de 1873, a *class action* vem estrutu-

⁽²¹²⁾ Cf. Cound, Friedenthal e Miller, *Civil Procedure – Cases and Materials*, cap. 14, p. 1.067-1.069; Casad e Clermont, *Res Judicata – Theory, Doctrine and Practice*, cap. 1, p. 4-5.

⁽²¹³⁾ O precedente mais famoso é *Brown v. Vermuden* [1676], no qual representantes de um grupo de mineiros se opuseram ao pagamento de imposto cobrado pela Igreja. V., com detalhes, Vigoriti, *Interessi collettivi e processo*, p. 261, nt. 16.

redada com características modernas, sendo recepcionada nos demais países em que vigora o *common law*.

Nos Estados Unidos da América, a despeito de ter sido inicialmente regulamentada pela *Federal Equity Rule 38*, de 1912, e da existência de inúmeras normas específicas em várias legislações estaduais, a *class action* adquiriu inequívoca importância com a edição, em 1938, da Regra 23 das *Federal Rules of Civil Procedure*, atualmente de aplicação genérica, na esfera de competência dos tribunais federais americanos, às ações fundadas na equidade, bem como àquelas escudadas na lei.²¹⁴

A *class action*, como informa Cappelletti, derivada da *equity*, tradicionalizou-se no sistema jurídico da América do Norte, tendo sido incrementada nas últimas décadas, em razão da exigência de uma tutela flexível e eficiente dos interesses de grupo contra os abusos da “civiltà di massa”.²¹⁵ Diante da ampla aceitação desse mecanismo processual, em 1966, foi implantada profunda reforma pondo fim a inúmeras discussões propiciadas pela redação original da aludida Regra 23.

A orientação que hoje ainda prevalece entende suficiente, para evitar qualquer ofensa às garantias processuais, a representação adequada (*adequacy of representation*), imposta pela alínea a (4) da Regra 23, segundo a qual aquele ou aqueles que

⁽²¹⁴⁾ A organização judiciária dos Estados Unidos da América é dividida em tribunais estaduais e tribunais federais. Estes, basicamente, têm competência exclusiva, em matéria de direito privado, para as causas que versam sobre monopólio, falência, marcas e patentes, direitos autorais, certos assuntos atinentes a seguros e sociedade; e, em matéria de direito público, para as questões relacionadas com os direitos fundamentais assegurados pela Constituição (cf. Cruz e Tucci, “*Class action*” e mandado de segurança coletivo, n. 3.1, p. 12).

⁽²¹⁵⁾ *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile*. Rivista di diritto processuale, 1975, p. 388. V., ainda, Cappelletti e Jolowicz, *Public Interest Parties and the Active Role of the Judge in Civil Litigation*, p. 111-112.

estiverem “representando” o grupo devem ter aptidão, moral e financeira, para tutelar os interesses de todos de modo eficaz e adequado. Afirma-se, sem qualquer divergência, que o juízo sobre esse pressuposto de admissibilidade da *class action* deve ser rígido, a fim de que os membros da classe estranhos ao processo, tenham a máxima garantia de que aqueles *representatives* estejam em condições de defender o interesse comum do modo mais satisfatório possível. Não há falar, destarte, em ofensa ao devido processo legal nas circunstâncias em que vêm adotadas *fairly insures* para “a proteção dos interesses dos litigantes ausentes e que sofrerão os efeitos da decisão final”.²¹⁶

Aduza-se, outrossim, que, por força do disposto na alínea c(2), da mesma Regra 23, os integrantes do grupo têm o direito de ser informados (*notice*) do ajuizamento da *class action*: “a notificação poderá ser pessoal àqueles cuja identificação seja possível com razoável esforço, e deverá ser a mais eficaz dentro das circunstâncias”. Essa exigência legal, que não vinha prevista na redação original da Regra 23, foi inserida porque o Comitê Consultivo das Normas Cíveis invocou expressamente o precedente *Mullane v. Central Hanover Bank & Trust Co.* [1950], no qual se decidiu cientificar todos os integrantes da classe para satisfazer a garantia do *due process*.²¹⁷

Pois bem, a coisa julgada que se forma no processo da *class action* constitui exceção ao princípio, também vigente no *common law*, de que o julgado, como já anotado, opera os seus efeitos tão-somente entre as partes. Antes da reforma de 1966, a Regra 23 traçava uma tríplice distinção das ações coletivas, de-

⁽²¹⁶⁾ Cf. voto do Juiz Stone, no caso *Hansberry v. Lee* (apud Cound, Friedenthal e Miller, *Civil Procedure*, p. 583).

⁽²¹⁷⁾ V., a respeito, Ashton Phelps Jr., *Civil Procedure – Federal Rule 23(c)(2) – Notice in Class Action – “Mullane” Reconsidered*, Tulane Law Review, 43, 1969, p. 372.

pendendo da natureza do direito em jogo, e, por isso, diferente era a extensão dos limites subjetivos da coisa julgada (*binding effect*) em cada uma das espécies então regradas.

Com a nova redação da Regra 23 desapareceu a criticada classificação abstrata da tipologia de *class action*. Atualmente, a alínea c (3) preceitua que o julgamento proferido em uma *class action*, favorável ou contrário, será diretamente eficaz a todos aqueles que o tribunal declarar integrantes do grupo.

Assim, considerada adequada a representação da classe e tendo os seus respectivos integrantes recebido uma *fair notice* do processo, a coisa julgada vale para todos eles; caso contrário, vislumbrando-se possível ofensa à garantia da defesa, o efeito do *decisum* se restringe apenas aos litigantes que participaram do contraditório.²¹⁸

Conclui-se, destarte, que, sob esse aspecto, a legislação federal dos Estados Unidos atribui aos juízes, no exame do caso concreto, a delimitação subjetiva da coisa julgada.

Resta observar que a Regra 23, somente na hipótese contemplada na alínea b (3) (p. ex.: ação de indenização), também assegura ao membro do grupo, então notificado do ajuizamento da ação, o direito de requerer não seja considerado integrante dele. Exerce, assim, o seu *right to opt out*, não se sujeitando à extensão da coisa julgada. A razão de limitar essa faculdade de auto-exclusão apenas aos casos de ação de natureza condenatória é justificada pela própria finalidade do examinado instrumento processual. Não fosse assim, restaria frustrado o escopo precípua da *class action*, qual seja o de obter-se uma única decisão, válida para todos os membros integrantes de uma determinada classe.²¹⁹

⁽²¹⁸⁾ Cf. Taruffo, *I limiti soggettivi del giudicato e le "class actions"*, *Rivista di diritto processuale*, 1969, p. 630. Consulte-se, nesse sentido, o já citado precedente *Hansberry v. Lee*.

⁽²¹⁹⁾ V., sobre esse ponto, Vigoriti, *Interessi collettivi e processo*, p. 277 e 282.

17.3. Canadá

Tendo recebido forte influência de dois sistemas jurídicos, dada a colonização simultânea de franceses e ingleses, o direito canadense apresenta peculiaridades próprias. A vasta província de Ontário rejeitou formalmente as leis francesas pelo *Constitutional Act* de 1791. Mesmo depois da união política das províncias do norte e do sul (*Upper and Lower Canada*), ocorrida em 1849, o *common law* continuou em vigor nos territórios do norte do Canadá e, ainda, na região da Colúmbia britânica.

Até 1949, o *Judicial Committee of the Privy Council*, situado em Londres, tinha competência para rever, em determinadas hipóteses, as decisões da Suprema Corte do Canadá. Hoje, no entanto, os precedentes daquele órgão judicial inglês exercem apenas influência persuasiva nas cortes canadenses.

É importante salientar que, desde o século passado, os tribunais do Canadá também manifestam grande interesse pela jurisprudência dos Estados Unidos. Afirma-se que a atividade jurisdicional do país vizinho constitui "fonte de informação e de ensino... e que representa a experiência de uma nação de fortes tradições democráticas e idéias de liberdade com enfoque dinâmico e evoluído".²²⁰

Ressalte-se que os dois sistemas jurídicos que vigoram no Canadá – codificado e casuístico – interagem e exercem recíproca influência: quando o juiz decide com base na lei escrita, na província de Quebec, a sentença é considerada precedente vinculante. Todos os tribunais canadenses sujeitam-se às decisões da Suprema Corte, situada em sua capital, Ottawa.

Substituindo a antiga Regra 75 das *Suprem Court of Ontario Rules of Practice*, nova lei regulamentou as ações coletivas na província de Ontário (*Ontario Class Proceedings Act*, de

⁽²²⁰⁾ *Osborne v. Canada (Treasury Board)* [1991].

12.06.1990), que adotou o mesmo regime da legislação dos Estados Unidos quanto aos limites subjetivos da *res iudicata*, estendendo-a aos integrantes do grupo que não exerceram, depois de devidamente cientificados do ajuizamento da demanda, o direito de auto-exclusão.²²¹

Igualmente moderna e avançada é a sistemática sobre a *class action (recours collectif)* incorporada, em 1978, no *Code de Procédure Civile* da província de Quebec, que é de 1966. Nos arts. 999 a 1.051 vêm aperfeiçoadas as regras que vigem nos Estados Unidos, que certamente serviram de inspiração ao legislador canadense.

Expressa previsão legal determina que se dê ciência a todos os potenciais interessados (art. 1.006), permitida a auto-exclusão por meio de comunicação dirigida ao juízo (art. 1.007). No que concerne aos limites subjetivos da coisa julgada, o art. 1.027 dispõe: "O julgamento final define o grupo e vincula os membros que não se auto-excluíram". A decisão, ademais, deve ter ampla divulgação (art. 1.030).

Afirmam, a propósito, Ducharme e Lauzon que, em matéria de ação coletiva, o tribunal deve desempenhar uma função "agressiva" com o escopo de preservar as garantias constitucionais em prol dos interesses dos terceiros, vale dizer, dos membros do grupo que não tomaram parte no processo.²²²

⁽²²¹⁾ Cf., a respeito, Watson, Borins e Williams. *Canadian Civil Procedure*, cap. 5, p. 82. Aquela que participa do contraditório como autor goza dos poderes, ônus e faculdades inerentes à sua qualidade de parte (fala-se, inclusive, em *dominus litis*).

⁽²²²⁾ *Le recours collectif québécois*, p. 141.

Capítulo IV

EFICÁCIA ULTRA PARTES DA SENTENÇA

Sumário: 18. Eficácia da sentença e coisa julgada. 19. Eficácia da sentença antes do trânsito em julgado. 19.1. *Considerações prévias*. 19.2. *Eficácia inter partes e eficácia em face de terceiros*. 19.3. *Terceiros atingidos pela antecipação da tutela*. 19.4. *Prejuízo jurídico: legitimidade e interesse do terceiro*. 19.5. *Remédios processuais para afastar o prejuízo*. 19.5.1. Embargos de terceiro. 19.5.2. Recurso do terceiro prejudicado. 19.5.3. Mandado de segurança. 20. Eficácia da sentença depois do trânsito em julgado. 20.1. *Considerações prévias*. 20.2. *Remédios processuais para afastar o prejuízo*. 20.3. *Nexo de prejudicialidade-dependência*. 20.4. *Eficácia da sentença proferida na ação entre credor e devedor em relação ao fiador*. 20.5. *Eficácia da sentença proferida na ação reivindicatória em relação ao titular de direito real sobre o bem reivindicando*. 20.6. *Eficácia da sentença proferida na ação ajuizada em face do promitente comprador em relação ao locatário/comodatário*. 20.7. *Eficácia da sentença proferida na ação entre locador e locatário em relação ao sublocatário*. 20.8. *Eficácia da sentença proferida na ação pauliana em relação à posição dos demais credores quirografários*.

18. Eficácia da sentença e coisa julgada

Não se confunde a eficácia própria do ato que tende à extinção da fase de conhecimento do processo com a imutabilidade do conteúdo decisório da sentença que é alcançada com o trânsito em julgado.

A eficácia sentencial, portanto, não se vincula à coisa julgada. Passada em julgado a sentença, adquire ela uma nota característica: a imutabilidade. Por esse prisma – destaca Araken

de Assis –, é preciso considerar a coisa julgada como instituto culminante de uma atividade, de uma atividade eminentemente teleológica, o processo. Desse modo, decisão imutável e indiscutível é aquela que atingiu estágio final de estabilidade, sob o ponto de vista do comando emitido por determinado órgão jurisdicional. A essência da coisa julgada reside exatamente na imutabilidade da sentença. E o interesse resguardado é o da paz social e segurança das relações jurídicas.²²³

Enquanto a sentença é a resposta ao pleito deduzido pelas partes, a coisa julgada material, por sua vez, coincide com o momento no qual a tutela jurisdicional é definitivamente prestada. Deriva desse fenômeno um duplo aspecto revestido de significativa conotação jurídica: de um lado, as partes não mais poderão submeter novamente a matéria decidida à apreciação do Poder Judiciário e, de outro, o Estado tem o dever de não reexaminar a controvérsia, já decidida, em sucessiva oportunidade.²²⁴

19. Eficácia da sentença antes do trânsito em julgado

19.1. Considerações prévias

Foi no âmbito das vicissitudes do direito medieval, como já observado, que floresceu a idéia de traçar a distinção entre sentença e *res iudicata* pelo critério da impugnabilidade. Os juristas que desenvolveram o método da glosa aos textos romanos clássicos preconizavam que a expressão *res iudicata* era designativa da sentença não mais sujeita a qualquer recurso. Bártolo,

⁽²²³⁾ *Da natureza jurídica da sentença sujeita a recurso*, Doutrina e prática do processo civil contemporâneo, n. 2.3.2.3, p. 247-258.

⁽²²⁴⁾ Cf. Ugo Rocco, *L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi*, n. 138, p. 437.

exponente da Escola de Bolonha, doutrinava, em seus comentários, que a coisa julgada "*est causa quae finem controversie aut sententia accipit*".²²⁵

Assim como se orienta a moderna dogmática, o comando da sentença ficava imune a qualquer discussão futura apenas quando aquela não mais pudesse ser atacada por meio da apelação. No entanto, as fontes do direito comum certificam que, mesmo antes de passar em julgado, a sentença, em situações excepcionais, já poderia produzir efeitos.

Essa, aliás, tem sido a tendência nos sistemas processuais de época contemporânea (e.g.: art. 282 CPC italiano; art. 312, § 1º, CPC do Vaticano; art. 514 NCPC francês; art. 1.398 CJ belga; art. 524 LEC espanhola).

Barbosa Moreira tratou amplamente desse assunto, lembrando que a eficácia dos atos jurídicos, em princípio, pode manifestar-se desde o próprio momento em que são celebrados, ficar diferida para uma ocasião ulterior, ou até mesmo reportar-se a momento anterior. E o mesmo ocorre com a sentença.²²⁶ A

⁽²²⁵⁾ *Commentaria in primam digesti novi partem, lib. 1 de re iudicata* (D. 42.1.1), Venetiis, 1575.

⁽²²⁶⁾ Insta observar que, em relação a terceiros, a simples pendência do processo já pode suscitar o interesse jurídico na intervenção, seja por meio da assistência litisconsorcial (art. 54 CPC), seja pela oposição (art. 56 CPC). Nesses casos, é evidente que o terceiro que assumiu a condição de parte no processo fica adstrito à coisa julgada. Saliente-se que na hipótese de assistência simples, o terceiro interveniente não assume a posição de parte e, portanto, não fica vinculado à autoridade da coisa julgada, mas tão-somente, a teor do art. 55 do CPC, ao resultado da intervenção ("eficácia da assistência"), que acaba sendo até mais abrangente do que a coisa julgada, porque torna imutáveis para o assistente simples os fundamentos da sentença ("justiça da decisão" – art. 55) e não apenas o dispositivo, com as ressalvas dos incs. I e II do mesmo art. 55 (v., a respeito, Athos Gusmão Carneiro, *Intervenção de terceiros*, 12ª ed., n. 73, p. 145-146).

indagação: “quando começa a sentença a produzir efeitos?” não é possível responder senão à luz do direito positivo, visto que a produção da eficácia da sentença se inicia no momento determinado pela lei, ou por quem a lei autorize a fixá-lo. Observa, ainda, o processualista carioca que “a eficácia da sentença e sua imutabilidade suscitam duas ordens de questões inconfundíveis e, em linha de princípio, autônomas. Do ponto de vista conceptual, nada nos força a admitir correlação necessária entre os dois fenômenos.... Fácil compreender, pois, que, embora a sentença se destine a produzir efeitos jurídicos, nem por isso se destina necessariamente a tornar-se imutável. A imutabilidade não é conatural à sentença – e isso continuaria a ser verdade mesmo que porventura não existissem, nem jamais tivessem existido, sentenças indefinidamente passíveis de modificação. Se as leis em regra excluem tal possibilidade e fazem imutável a sentença a partir de certo momento, o fato explica-se por uma opção de política legislativa, baseada em óbvias razões de conveniência prática”.²²⁷

Examinando a questão à luz do direito processual brasileiro, anota Dinamarco que, em certa medida, a nossa legislação libera os efeitos da sentença, ou, pelo menos de alguns deles, mesmo antes da coisa julgada. Contudo, adverte ser prudente “condicionar em tese a eficácia da sentença à sua imutabilidade, embora essa correspondência não é necessária nem constante porque há também razões para liberar a primeira, em alguns casos, antes que ocorra a segunda. Eficácia e imutabilidade são conceitos distintos (Liebman)”.²²⁸

(227) *Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada*. Ajuris – Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, 28, 1983, ns. 2 e 3, p. 18-20; Temas de direito processual, 3ª s., ns. 2 e 3, p. 101-103.

(228) *Instituições de direito processual civil*, 3, 2ª ed., p. 295-296. V., quanto às razões determinantes da liberação da eficácia da sentença, Bedaque,

Os efeitos principais da sentença de procedência do pedido devem guardar conformidade com a manifestação de vontade nela especificada e, em princípio (art. 520, 1ª parte, CPC), não se produzem se a decisão for impugnada por meio de recurso recebido no efeito suspensivo.²²⁹ No entanto, tais efeitos podem ser liberados, *ope legis*, independentemente do trânsito em julgado. Os arts. 520, 2ª parte, do Código de Processo Civil; 58, V, da Lei 8.245/91; e 14 (*a contrario sensu*) da Lei 7.347/85, contemplam algumas das exceções à regra.

Ainda que caracterizada pela natural instabilidade, a sentença impugnada, quando provisoriamente executada, deve produzir efeitos apenas entre as partes, primeiras destinatárias do ato decisório, mas, pode também repercutir na esfera do direito de um terceiro. Não há confundir, em tal situação, a eficácia própria da decisão com os efeitos (secundários) de atos materiais daquela decorrentes, como, por ex., a constituição da hipoteca judiciária.²³⁰

Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização), *passim*; Scarpinella Bueno, *Execução provisória e antecipação da tutela*, n. 2.1, p. 160 ss.

(229) Essa tradicional regra deverá ser radicalmente alterada à vista dos termos do Projeto de Lei do Senado Federal n. 136/2004, que confere a seguinte redação ao art. 520 do CPC: “A apelação terá somente efeito devolutivo, podendo o Juiz dar-lhe efeito suspensivo para evitar dano irreparável à parte”.

(230) V., a respeito, Piero Calamandrei, *Appunti sulla sentenza come fatto giuridico*, Rivista di diritto processuale civile, 1932, p. 15 ss. Consulte-se, na doutrina pátria, Cruz e Tucci, *Hipoteca judiciária e devido processo legal*, Questões práticas de processo civil, 2ª ed., p. 91 ss. Comentando o art. 466 do CPC, expressa Moacyr Amaral Santos que: “do só fato de haver sentença de efeito condenatório resulta, por força da lei, hipoteca judiciária sobre os bens imóveis do condenado e, assim, o poder do autor de fazer inscrevê-la mediante simples mandado do juiz” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, 3ª ed., p. 455). Enfa-

19.2. Eficácia inter partes e eficácia em face de terceiros

A sentença, como ato de autoridade proveniente de um órgão do Estado, que põe termo a um conflito de interesses, destina-se a manifestar eficácia entre as partes. Estas são as destinatárias imediatas dos efeitos típicos ou programados do provimento. Contudo, nada obsta a que terceiros também venham a sofrê-los em caráter excepcional.

Liebman, a esse propósito, já observava que certamente muitos terceiros permanecem absolutamente indiferentes diante de uma sentença que definiu apenas a relação que de modo concreto foi submetida, por Antônio e Rafael, ao exame do juiz. É possível, no entanto, que um estranho, em posição jurídica mais próxima, que tenha alguma sorte de conexão com o objeto do processo, seja atingido pela eficácia daquela sentença: “o juiz que, na plenitude de seus poderes e com todas as garantias outorgadas pela lei, cumpre sua função, declarando, resolvendo ou modificando uma relação jurídica, exerce essa atividade (e não é possível pensar diversamente) para um escopo que outra coisa não é senão a rigorosa e imparcial aplicação e atuação da lei”.²³¹

tizam, a propósito, Marçal Justen Filho, Eduardo Talamini e Egon Bockmann Moreira que a respectiva sentença *constitui imediatamente* a hipoteca judiciária, não importando qual seja o seu conteúdo e o que dela conste: “basta que traga em si alguma condenação pecuniária ou à entrega de coisa” (*Sobre a hipoteca judiciária*, Revista de Processo, n. 85, 1997). Verifica-se, nesse sentido, que, na esteira de alguns precedentes, a 12ª Câmara do extinto 1º TACSP, em julgamento unânime, teve oportunidade de patentear que, *in verbis*: “A sentença que condena o réu no pagamento de prestação em dinheiro vale como título constitutivo de hipoteca judiciária (CPC, art. 466, *caput*). Cuida-se de efeito secundário que não depende do trânsito em julgado da decisão, nascendo da publicação da sentença de mérito condenatória” (*JTACSP*, Lcx, v. 152, p. 28-29).

²³¹ Cf. Liebman, *Efficacia ed autorità della sentenza*, rist., n. 34, p. 95-96 (= *Eficácia e autoridade da sentença*, 2ª ed., n. 34, p. 124-125).

Aliás, não causa mesmo surpresa, diante da complexidade cada vez mais envolvente das relações jurídicas, que a sentença seja válida e eficaz *apenas* para determinados destinatários, e limitada a eles.

Enfatiza, ainda, Liebman, que: “a distinção entre eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada pode ter, enfim, grande importância para a revisão da doutrina sobre fenômeno muito complexo, o da influência que uma sentença pode exercer relativamente a terceiros”.²³²

Para que a sentença possa produzir efeitos em relação à situação jurídica do terceiro é necessária a existência de um vínculo jurídico entre duas relações; não basta que a decisão interesse de qualquer modo à esfera jurídico-patrimonial do terceiro (titular de um interesse de fato), mas deve incidir sobre um direito subjetivo deste, prejudicando-lhe a existência.

Numerosos são os sujeitos para os quais a sentença proferida *inter alios* pode ser relevante; mais limitado é, ao invés, o âmbito de terceiros contra os quais a decisão pode produzir eficácia jurídica. E isso ocorre, de fato, apenas quando a existência do direito de um terceiro vem prejudicada pela decisão sobre outra relação jurídica, em decorrência do particular nexo intercorrente entre as duas situações jurídicas.²³³

Diante dessa circunstância, à luz dos efeitos produzidos pela sentença, como já ressaltado, é perfeitamente admissível classificar aqueles que não ostentam a qualidade de parte entre terceiros juridicamente indiferentes e terceiros juridicamente interessados. Note-se que, a despeito de serem excepcionais as hipóteses de um estranho ao processo ser lesado pela eficácia da sen-

²³² *Efficacia ed autorità della sentenza*, rist., n. 24, p. 55 (= *Eficácia e autoridade da sentença*, 2ª ed., n. 24, p. 79).

²³³ Nesse sentido: Menchini, *Il giudicato civile*, n. 4, p. 158.

tença, esse fenômeno, quando ocorre, independe da natureza da decisão.

19.3. Terceiros atingidos pela antecipação da tutela

Verifica-se, ademais, que, sob a égide do tradicional modelo do processo de conhecimento, em razão da exigência de segurança jurídica, somente se faz possível a obtenção de tutela jurisdicional ao ensejo da sentença. Todavia, em época mais recente, a doutrina processual chegou à conclusão de que o paradigma estrutural do procedimento ordinário é completamente inadequado para assegurar uma proteção judicial efetiva a todas as situações de vantagem, enfim, a todos os direitos que reclamam tutela de urgência.

E, por isso, entre muitas e abalizadas opiniões convergentes, prevaleceu a idéia de que o procedimento ordinário, como técnica universal de solução de litígios, deveria ser substituído, na medida do possível, por outras estruturas procedimentais, mais condizentes com a natureza do direito material a ser socorrido. Esses novos mecanismos ou modelos são catalogados pela moderna dogmática como espécies de *tutela jurisdicional diferenciada*²³⁴, de sorte que a permanente exigência de conformação da tutela jurisdicional e de seus respectivos instrumentos ao seu escopo afigura-se, em época presente, louvada em razão do crescimento do indesejável fenômeno da morosidade da prestação jurisdicional.

⁽²³⁴⁾ Tenha-se presente que a locução *tutela jurisdicional diferenciada*, cunhada inicialmente por Proto Pisani, é utilizada para indicar, em contraposição ao procedimento ordinário, a reunião de vários procedimentos – estruturados a partir de peculiaridades de determinadas categorias de situações substanciais – de natureza plenária ou sumária (cautelares ou sumária *tout court*), e que se apresentam como uma das vertentes para sintonizar a justiça civil às garantias processuais ditadas pelo texto constitucional (*Problemi della c. d. tutela giurisdizionale differenziata*, Appunti sulla giustizia civile, p. 212).

Também constituem expressivas exceções à regra de que a sentença está apta a produzir efeitos apenas depois do trânsito em julgado os arts. 273, 461, 461-A de nosso Código de Processo Civil, e 63 da Lei 8.245/91, porque autorizam, em regime de antecipação, a execução provisória dos efeitos, ainda que parciais, ou das conseqüências práticas, da futura sentença.

É certo que a possibilidade de antecipação da tutela não se restringe àquela de natureza condenatória. As tutelas constitutiva e declaratória também podem ter alguns de seus efeitos (práticos) precipitados no tempo, embora o momento natural para a verificação destes coincida com o trânsito em julgado da sentença.²³⁵

Nesse sentido, por exemplo, uma deliberação assemblear contrária ao disposto em acordo de acionistas pode constituir objeto de ação anulatória e, havendo necessidade, o demandante pode pretender, por meio de tutela antecipada, impedir a realização de atos que decorram da referida deliberação. Em tal hipótese, a antecipação das conseqüências práticas do pedido constitutivo negativo ostenta um significado ainda maior, pois, na verdade, equipara-se à própria tutela jurisdicional efetivamente

⁽²³⁵⁾ É evidente que nas tutelas constitutiva e declaratória não se verifica a realização de atos executivos, visto que prescindem de execução em sentido estrito para a efetivação da decisão (v., em senso assemelhado, Júnior Alexandre Moreira Pinto, *Conteúdos e efeitos das decisões judiciais*, tese de doutorado, Faculdade de Direito da USP, 2006, n. 2.2, p. 170). A propósito, como bem explica Dinamarco, “em sentido rigorosamente técnico, a sentença constitutiva não comporta execução provisória, mesmo porque não é título executivo e portanto não conduz à execução alguma. Nem provisória, nem definitiva. Poder-se-á indagar, todavia (e agora deixando de lado a precisão vocabular), se ela é capaz, em algum caso, de conduzir efetivamente às transformações jurídicas postuladas pela parte e determinadas pelo juiz, antes do trânsito em julgado...” (*Momento de eficácia da sentença constitutiva*, Revista de Processo, n. 63, 1991, p. 11).

desejada pelo demandante e supera, em grau de importância, o pedido principal de anulação do ato societário. A propósito, elucida Paulo Lucon que: “somente não pode ser considerada uma antecipação total do pedido anulatório por não ser possível se obter, nesse momento, o cancelamento definitivo do registro comercial referente à decisão assemblear”.²³⁶ Não é improvável que, em tal caso, um terceiro, também na condição de sócio, atingido pela decisão antecipada, pretenda preservar a eficácia da aludida deliberação societária.

19.4. Prejuízo jurídico: legitimidade e interesse do terceiro

Alcançado então pelos efeitos da sentença, ainda que antecipados no tempo, o terceiro investe-se de legitimação e de interesse de agir para afastar o respectivo prejuízo jurídico.²³⁷

⁽²³⁶⁾ *Eficácia das decisões e execução provisória*, p. 290. V., em senso idêntico, Marinoni, *A tutela antecipatória nas ações declaratória e constitutiva*, p. 278.

⁽²³⁷⁾ Confira-se, em relação ao direito italiano, a viabilidade do terceiro contestar a eficácia da sentença por via incidental, Edoardo Ricci, *Enrico Tullio Liebman e la dottrina degli effetti della sentenza*. Enrico Tullio Liebman oggi – riflessioni sul pensiero di un maestro, n. 4, p. 95-97. Proto Pisani enfrenta esse tema a partir de uma perspectiva unitária, aludindo de forma indiferente aos limites subjetivos da eficácia da sentença (ou da coisa julgada *tout court*). Afirma, ainda, que a sentença constitui “fonte objetiva de incerteza nas relações sociais acerca da titularidade do terceiro sobre um determinado direito incompatível com aquele que foi objeto de decisão” e, desse modo, para eliminar essa incerteza propiciada pela sentença ou pela coisa julgada *inter alios*, o ordenamento coloca à disposição desse terceiro dois instrumentos processuais: a) o remédio preventivo da intervenção voluntária em primeiro ou segundo grau de jurisdição (arts. 105, 268 e 344 CPC); e b) o remédio sucessivo da oposição de terceiro ordinária (art. 404, 1º al., CPC) (*Lezioni di diritto processuale civile*, n. 2.1, p. 401). V., para o atual direito espanhol, Marina Cedeño Hernán, *La tutela de los terceros frente al fraude procesal*, cap. II, p. 37 ss., cujo capítulo é intitulado:

A *legitimatío* para agir, a exemplo do que sucede quando concerne às partes, constitui uma qualidade jurídica que se agrega à posição do terceiro, habilitando-o a ver examinada a questão que é submetida à apreciação do tribunal. Essa qualidade advém de uma situação substancial que credencia o seu suposto titular a pleitear em juízo o reconhecimento de um direito.²³⁸

Já o interesse processual do terceiro, que não se confunde com a sua legitimidade *ad causam*, emerge do prejuízo jurídico que os efeitos da sentença lhe acarretam. Consoante o art. 3º do Código de Processo Civil: “Para propor ou contestar a ação é necessário ter interesse...”. E o interesse aí especificado não é econômico e/ou moral, mas o interesse processual, que justifica, para o autor, o ajuizamento da demanda.

Em suma, o interesse processual do terceiro deve ser aferido em função da necessidade da tutela jurisdicional e da adequação do remédio judicial eleito pelo autor. A necessidade da tutela jurisdicional, que conota o interesse, deflui da exposição fática consubstanciada na *causa petendi*.

Lembre-se que Chiovenda identificava a causa de pedir no fato do qual decorre o interesse de agir do demandante.²³⁹

“*Los medios de prevención de los eventuales efectos negativos derivados de la sentencia*”.

⁽²³⁸⁾ Consulte-se, nesse sentido, Donald Armelin, *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, p. 80; Juan Monicero Aroca (*La legitimación en el proceso civil*, n. 11, p. 49-50), anotando que a regra geral “*del que hay que partir es el de que sólo el titular del derecho puede disponer del mismo y que, atendido que una manera de disponer de él es deducirlo en el proceso, en éste sólo podrá dictarse una sentencia sobre el fondo si las partes han afirmado su titularidad, es decir, si existe la legitimación ordinaria*”.

⁽²³⁹⁾ *Principii di diritto processuale civile*, p. 630. Cf., também, Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 4, p. 15: “O interesse de agir pode ressaltar da simples narração dos fatos”.

Garrone entrevê, a seu turno, um nexo entre *causa petendi* e interesse de agir: “*una correlazione tale per cui l’una oggettivamente, l’altra soggettivamente formano la condizione necessaria perchè l’attore possa promuovere la sua domanda*”.²⁴⁰

19.5. Remédios processuais para afastar o prejuízo

O sujeito estranho ao processo poderá, assim, dependendo da situação a ser enfrentada, valer-se dos embargos de terceiro e do recurso do terceiro prejudicado – institutos da mais genuína tradição do direito luso-brasileiro –, e, ainda, em certos casos, até do mandado de segurança.

19.5.1. Embargos de terceiro

O Código de Processo Civil disciplina, nos arts. 1.046 a 1.054, o procedimento especial dos embargos de terceiro, que constituem uma demanda incidental, cuja precípua finalidade é a de afastar a eficácia de constrição judicial, produtora de turbacão ou esbulho na posse do embargante, proprietário ou possuidor.

Como o próprio *nomen iuris* do instituto permite entrever, o protagonista que afora os embargos é um *terceiro*, isto é, todo aquele que não participa do contraditório e, por isso, não tem qualquer relação direta com o direito debatido ou responsabilidade pelo adimplemento da obrigação discutida, dispondo, conseqüentemente, desse meio processual apto a salvar o seu respectivo patrimônio.²⁴¹

⁽²⁴⁰⁾ *Contributo alla teoria della domanda giudiziale*, n. 2, p. 88-89, referindo-se, por certo, precipuamente às ações condenatórias. Cf., ainda, Aldo Attardi, *L’interesse ad agire*, p. 80, para quem, a afirmação da lesão formulada pelo demandante deve ser compreendida como o efetivo descompasso entre o estado de fato alegado e o direito subjetivo invocado; Bruno Sassani, *Note sul concetto di interesse ad agire*, p. 26 ss.

⁽²⁴¹⁾ É também considerado *terceiro* o litigante que, a despeito de atuar no processo, visa a proteger bens que, pela origem de sua aquisição ou da

Essa via processual, outrossim, tem como pressuposto inafastável a pendência de precedente processo e, por essa razão, sempre será incidental. Trata-se, contudo, de demanda autônoma, ajuizada por quem não figura como parte.

A característica marcante dos *embargos de terceiro*, que os distinguem da oposição e das ações possessórias típicas, centra-se na *apreensão judicial*, resultante, v. g., da penhora, depósito, arresto, seqüestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário e partilha. Em suma, o ato jurisdicional do qual nasce o interesse de agir do terceiro embargante pode ser proferido em processo de qualquer natureza, inclusive, é claro, no bojo de processos de conhecimento e cautelar.

posse (título jurídico), não são suscetíveis de apreensão judicial. O cônjuge – geralmente a mulher casada – é legitimado a aforar, sem a outorga do outro, *embargos de terceiro* para defender os seus próprios bens, a sua meação ou os bens reservados, quando a dívida exigida não tiver sido contraída em prol da família (cf. Súmula 134 do STJ: *Embora intimado da penhora em imóvel do casal, o cônjuge do executado pode opor embargos de terceiro para defesa de sua meação*). Cf., também, Antonio Carlos Marcato, *Procedimentos especiais*, n. 158, p. 272. Aliás, nesse particular, embora relativo a processo de execução, há um interessante julgado da 4ª Turma do STJ, no *REsp. n. 245.183-SP*, relatado pelo Min. Aldir Passarinho Júnior, cuja ementa é a seguinte: “Em princípio, sendo avalista na execução em que é devedor principal seu marido, a esposa mecira, como parte, não pode fazer uso de embargos de terceiro, cabendo-lhe opor seu direito mediante o manejo de embargos do devedor. Todavia, à falta de regular intimação da esposa do avalista sobre a penhora dos bens integrantes da sua meação, tem-se como desrespeitado o devido processo legal em que poderia, subseqüentemente àquele ato, opor embargos à execução (art. 669 do CPC), sendo-lhe, em tal situação excepcional, admitido o manejo de embargos de terceiro, já que tratada, então, como verdadeira ‘estranha’ à lide. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, parcialmente provido, para determinar o exame dos embargos de terceiro pelo juízo singular”.

Cuidando da legitimidade ativa para os embargos de terceiro, a lei processual, no art. 1.047, expressa que eles também se prestam à defesa da posse ameaçada, turbada ou efetivamente esbulhada por atos materiais, preparatórios ou definitivos, inclusive daqueles derivados de decisão judicial proferida em ações de demarcação e de divisão de terras particulares.²⁴²

Imagine-se, outrossim, uma execução fundada em título judicial pela qual Antonio procura satisfazer o seu crédito decorrente de aluguéis e encargos de imóvel que havia sido locado a João, devedor-executado. Antonio logra a penhora sobre bens móveis que ainda guarnecem o imóvel comercial já desocupado, sendo então nomeado depositário. Mais tarde, outro credor, que alienara tais bens com reserva de domínio, requer também em face do devedor comum, João, a reintegração na posse (art. 1.071, § 3º, CPC); cuja liminar concedida irá naturalmente atingir aqueles bens depositados. Nessa hipótese, Antonio não só pode como, na condição de depositário, deve (art. 150 CPC) aforar *embargos de terceiro* para livrá-los da eficácia do referido provimento judicial. A 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do *Recurso Especial n. 182.189-SP*, relatado pelo Min. Ruy Rosado de Aguiar, assentou que: “Cabem embargos de terceiro propostos por quem é atingido na sua posse pelo cumprimento de mandado expedido em ação possessória para a qual o embargante não foi citado”.²⁴³

⁽²⁴²⁾ V., a respeito, Dinamarco, *Eficácia e autoridade da sentença no juízo demarcatório-divisório*, Fundamentos do processo civil moderno, 1, 3ª ed., n. 262, p. 511-513; e, por último, sobre as eficácias constitutiva e condenatória da sentença e, ainda, dos limites da coisa julgada, nas ações demarcatória e de divisão, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 9, t. 2, ns. 30 e 32, p. 76-77 e p. 81-82; e n. 45, p. 105-107, respectivamente.

⁽²⁴³⁾ Cf., em senso idêntico, (extinto) 1º TACSP, 12ª Câm., *Apel. n. 878.795-3*, rel. Roberto Bedaque: “Os embargos de terceiros são em tese

19.5.2. Recurso do terceiro prejudicado

Em outras circunstâncias, o recurso de terceiro prejudicado, previsto no art. 499 do Código de Processo Civil, é que descortina o meio processual adequado para tutelar o direito daquele que não participou do processo, porém, de alguma forma, foi alcançado pela eficácia da sentença.

Observo, em primeiro lugar, que a nossa legislação processual não determina a via recursal de que se pode valer o terceiro, fazendo crer que se encontram, em princípio, à sua disposição todos os meios de impugnação concedidos às partes. Aduza-se que, igualmente, os pressupostos de cabimento do recurso interposto pelo terceiro prejudicado são praticamente os mesmos daqueles exigidos quando a parte é a recorrente.

Se, por exemplo, uma decisão de caráter antecipatório-determinar a um terceiro a exibição de documento nos termos dos arts. 360 e 361 do Código de Processo Civil, este, diante da gravidade da consequência legal (art. 362), poderá interpor contra

admissíveis em caso de constrição originada por mandado possessório, desde que o bem atingido seja estranho ao processo em que a ordem foi emitida. Se o embargante pretende o reconhecimento da posse sobre o bem litigioso, deve valer-se da oposição dos embargos. A esse respeito, tem-se entendido que: ‘Nas ações cuja eficácia-executiva não enseja a propositura de uma ação de execução, mas é simplesmente uma fase do processo de conhecimento, porque a legitimidade da posse é tema que se inclui na *res in iudicium deducta*, se não houver a concessão de liminar e a demanda, posteriormente, for julgada procedente, tem-se admitido que o terceiro possa oferecer os embargos após o trânsito em julgado, neste caso, mais precisamente, quando vier a ser executada a medida’ (cf. Gerson Fischmann, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 14, São Paulo, Ed. RT, 2000, p. 253). V., também, Luiz Rodrigues Wambier e outros, *Curso avançado de processo civil*, v. 2, São Paulo, Ed. RT, 1998, p. 319; Antônio Cláudio da Costa Machado, *Código de Processo Civil interpretado*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, p. 1.245”.

aquela agravo de instrumento, com fundamento na escusa contemplada no subsequente art. 363.²⁴⁴ Nesse caso, aliás, a eficácia contra o terceiro é “direta”. Em outra situação mais ajustada ao tema aqui examinado, segundo orientação que prevaleceu em julgado da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no *Recurso Especial n. 177.014-SP*: “O terceiro também pode agravar de instrumento da declaração de falência. Nessa condição, encontra-se o sócio da sociedade cuja falência foi declarada. Demonstrado o nexo de interdependência, ao ex-sócio igualmente não falta legitimidade”.

Frise-se que, na maioria das vezes, não é tão evidente, como nestas hipóteses, o efeito prejudicial da decisão em relação ao terceiro. Assim, terá ele de atender ao requisito da demonstração do interesse em recorrer, ditado pelo § 1º do art. 499, que é avaliado pela interdependência entre as relações e pelo efetivo prejuízo jurídico que a decisão lhe causou. Aferido o interesse, irrompe a legitimidade do terceiro em impugnar a decisão. O critério legal para outorgar legitimidade ao terceiro é o interesse.

Como esclarece Barbosa Moreira, o interesse em recorrer, que sempre é informado pelo binômio *utilidade + necessidade*, aflora da conjugação de dois fatores: “de um lado, é preciso que o recorrente possa esperar, da interposição do recurso, a consecução de um resultado a que corresponda situação mais vantajosa, do ponto de vista prático, do que a emergente da decisão recorrida; de outro lado, que lhe seja necessário usar o recurso para alcançar tal vantagem”.²⁴⁵

⁽²⁴⁴⁾ V., quanto à recorribilidade das interlocutórias pelo terceiro interessado, Teresa Arruda Alvim Wambier, *Os agravos no CPC brasileiro*, 4ª ed., n. 7.3, p. 470 ss., que nega a possibilidade de agravo retido pelo terceiro, porque o escopo primordial deste recurso é o de evitar a preclusão, a qual não se opera em relação ao terceiro.

⁽²⁴⁵⁾ *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, 12ª ed., n. 166, p. 298; e, com ele, Fredie Didier Jr., *Recurso de terceiro*, n. 2.3.2, p. 107. Cf.

Entre os legitimados, como terceiros, a interpor recurso, encontram-se, de modo particular, aqueles titulares de direito objeto da própria relação jurídica deduzida no processo: a) na substituição processual, o titular do direito material é o substituído, que, na condição de terceiro, está legitimado a recorrer contra a decisão que foi desfavorável ao substituto (até porque, em conformidade com a orientação predominante, estaria o substituído vinculado pela extensão da coisa julgada); e b) o sucessor que não interveio no processo, pela mesma razão, também poderá interpor recurso na qualidade de terceiro.²⁴⁶ Nessas situações, não é difícil comprovar o “nexo de interdependência”, exigido pelo § 1º do art. 499 do Código de Processo Civil, entre a relação jurídica de que é titular o terceiro e o objeto do processo.

Ressalvo, no entanto, que, em outras ocasiões, o terceiro atingido pela eficácia da decisão pode não ter qualquer relacionamento jurídico com a matéria que se tornou litigiosa entre os demandantes, mas se encontra por alguma razão ligado à sentença. O advogado da parte, para quem a lide é *res inter alios*, a teor do art. 23 do Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94), legitima-se a interpor recurso, como terceiro prejudicado, para discutir o capítulo da sentença atinente à condenação na verba honorária.

Impende anotar, a propósito, que a redação do aludido § 1º do art. 499 tem sido alvo de censura, porque é o “interesse em recorrer” que emerge do nexo de interdependência entre a posição jurídica do terceiro que pretende interpor recurso e a relação tal como definida na decisão judicial. Barbosa Moreira es-

também, em senso convergente, Flávio Cheim Jorge, *Teoria geral dos recursos cíveis*, n. 9.2.2.2, p. 89; Nelson Nery Junior, *Teoria geral dos recursos*, 6ª ed., n. 3.4.1.2, p. 310.

⁽²⁴⁶⁾ Cf., nesse sentido, Fredie Didier Jr., *Recurso de terceiro*, n. 2.3.2, p. 105.

clarece que não pode haver “nexo de interdependência, em sentido próprio, entre coisas por natureza tão heterogêneas como um ‘interesse’ e uma ‘relação jurídica’; haverá, isto sim, tal nexo entre ‘duas relações jurídicas’, uma a existente entre as partes no processo; outra, a (alegadamente) existente entre o terceiro e a parte, o que explica a possibilidade de a decisão judicial causar um ‘prejuízo’ ao terceiro”.²⁴⁷

19.5.3. Mandado de segurança

Aquele que não figura como parte, dessa forma, não está legitimado a intervir pela via recursal se não houver tal referido nexo.

Na minha experiência forense, em época relativamente recente, tive oportunidade de patrocinar interesse de terceiros, cuja posição jurídica não guardava qualquer conexão com a relação jurídica, objeto de julgamento. Tratava-se de ato decisório de relator que acarretou prejuízo jurídico a terceiros, membros de uma associação civil. Por deliberação da maioria, havia sido destituído o diretor geral da associação. Essa pessoa fora citada numa ação de revogação de doação de quotas sociais ajuizada por seu pai.

Pois bem, nos autos dessa demanda – que figuravam como partes apenas pai e filho –, o réu obteve a concessão de efeito ativo em agravo de instrumento, reconduzindo-o ao cargo de diretor geral da associação. Verifica-se facilmente que o provimento liminar, ao ordenar a recondução do demandado à referida diretoria, transbordou os limites da *res in iudicium deducta*,

⁽²⁴⁷⁾ *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, 12ª ed., n. 164, p. 294, nt. 21. V., lastreado na mesma lição, Athos Gusmão Carneiro, *Colusão – art. 129 do CPC – apelação de terceiro prejudicado*, Revista Magister de direito civil e processual civil, 9, 2005, n. 6, p. 9.

ou seja, do mérito da ação de revogação de doação. E, com isso, por força da eficácia do provimento monocrático, restou ferido o direito líquido e certo dos demais associados, os quais possuíam interesse jurídico que permanecesse no cargo a nova diretoria, então regularmente eleita.

Ora, nessa hipótese, era de todo impossível aos terceiros demonstrarem qualquer vínculo de interdependência de sua posição jurídica com o mérito da demanda pendente. E, assim, a teor da mencionada regra do § 1º do art. 499, não estavam legitimados a interpor, contra a aludida decisão, o recurso em tese cabível. O mandado de segurança foi o remédio adequado, que, em tais situações excepcionais, tem sido admitido pelos tribunais.²⁴⁸

Em consonância com os termos da Súmula 202 do Superior Tribunal de Justiça: “A impetração de mandado de seguran-

⁽²⁴⁸⁾ Cf., e. g., STJ, 4ª Turma, *RMS n. 4.757-PE*: “À mingua de mecanismo eficaz na vigente legislação processual, tem-se admitido o uso do *writ* contra ato judicial recorrível, com caráter acautelatório, quando demonstrada de plano a probabilidade de lesão de difícil ou incerta reparação e a incidência de norma jurídica sobre fatos incontestáveis. Somente em casos excepcionais, pela flagrante ilegalidade ou teratologia do ato, dispensável a interposição do recurso próprio...”; 3ª Turma, *RMS n. 4.981-SP*: “Pode o terceiro ajuizar mandado de segurança contra ato do juiz proferido em ação na qual não é parte”. No mesmo sentido, o mandado de segurança foi reputado o remédio adequado contra acórdão do extinto 1º TACSP (*AgInstr. n. 1.069.731-5*), que entendeu intempestivo agravo de instrumento interposto por interessado que já não era mais terceiro, porque devidamente representado nos autos. Da intimação agravada não constou o nome da parte e de seu respectivo patrono. A turma julgadora asseverou que o recurso era intempestivo porque a não inserção do nome do interessado na publicação – e por certo também a de seu advogado – não comprometeria a fluência do prazo, visto que o interessado era terceiro, e como para qualquer terceiro, a publicação da decisão, mesmo sem o seu nome e o do seu procurador, dá início ao curso do prazo (cf. Clito Fornaciari Júnior, *O recurso de quem não é parte*, Tribuna do Direito, n. 92, dez./2002).

ça por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona à interposição de recurso”. A *ratio* desse princípio sumulado fundamenta-se no fato de que não se pode exigir do terceiro, que não é parte no processo e, portanto, não é sequer intimado dos atos procedimentais, a interposição do recurso cabível quando for prejudicado.²⁴⁹

20. Eficácia da sentença depois do trânsito em julgado

20.1. Considerações prévias

Não mais sendo possível a interposição de qualquer recurso ou não sendo interposto no prazo legal, a sentença transita em julgado, tornando-se imutável o comando que dela emerge. Essa condição, que passa a caracterizar o provimento judicial que decide a lide, transcende as fronteiras do processo e atinge a vida das pessoas, determinando rigorosa intangibilidade das situações jurídicas declaradas ou criadas, de modo que, perante o direito positivo, nada poderá ser feito por elas próprias, nem por outro juiz, nem pelo próprio legislador, que venha a contrariar o que restou soberanamente decidido. E isso porque a garantia constitucional da coisa julgada material consiste na imunização do conteúdo decisório da sentença.²⁵⁰

Estabelecendo que o pronunciamento judicial não extravasa os limites da lide (art. 468), cuja configuração vai se encontrar na resposta ao pedido formulado pelo autor (regra da congruência – art. 128), o Código de Processo Civil acompanhou a

⁽²⁴⁹⁾ STJ, 2ª Turma, RMS n. 16.931-DF: “A Súmula 202/STJ foi editada em nome da ampla defesa daquele que, atingido pela decisão judicial, sem ter feito parte do processo, muitas vezes perde o prazo para oferecer recurso, podendo assim utilizar-se do mandado de segurança”.

⁽²⁵⁰⁾ Cf., em parte, Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, 3, 2ª ed., n. 955, p. 301-302.

teoria restritiva, segundo a qual a autoridade da coisa julgada restringe-se ao dispositivo da sentença, não abrangendo, portanto, as questões prejudiciais e tampouco os motivos que serviram de alicerce à decisão (art. 469).²⁵¹

Com a formação da coisa julgada material, todas as questões que ficaram decididas *principaliter* na sentença tornam-se imutáveis e indiscutíveis (art. 467). Desse modo, depois do trânsito em julgado, os efeitos, principais e secundários, da sentença tendem a produzir-se de modo definitivo. Assim, ao lado dos denominados limites objetivos da coisa julgada, a eficácia da sentença, em regra, projeta-se exclusivamente *inter partes*, ou seja, entre os sujeitos que atuaram na condição de parte no processo concluído.

Pelas razões já anotadas, todavia, terceiros, estranhos ao processo, também podem ser afetados, de modo mais ou menos intenso, pela eficácia da sentença não mais sujeita a recurso. E podem também ser atingidos pelos efeitos da decisão que, precipitada no tempo, julga parcialmente o mérito da causa (art. 273, § 6º, CPC), e, portanto, exposta à coisa julgada material.²⁵² À

⁽²⁵¹⁾ Cite-se, a propósito, o seguinte exemplo: a improcedência do pedido formulado em ação anulatória de escritura pública de reconhecimento de filiação não impede o subsequente ajuizamento de ação declaratória de inexistência da relação de paternidade, fundada na ausência do vínculo biológico, a ser demonstrada por prova pericial hematológica. E isso, porque, como explica Ada Grinover, “o objeto do processo instaurado pela ação anulatória, de um lado, e o objeto do processo sucessivo, de outro lado, são diversos, de tal sorte que os limites objetivos da coisa julgada formada em torno daquele provimento não abarcam os limites do objeto do processo da ação declaratória subsequente” (*Limites objetivos da coisa julgada*, Incijur - Informativo Jurídico, 10, 2000, p. 6).

⁽²⁵²⁾ Em regra, um único pedido singulariza uma única demanda. Trata-se, nesse caso, de *pedido simples*, como, por exemplo, a condenação à restituição do bem reivindicado; a rescisão do contrato de mandato... No

guisa de exemplo, pode-se imaginar a cumulação de pedidos referentes à demanda ajuizada pelo locador em face do locatário, na qual pleiteada a rescisão do respectivo contrato e a condenação na soma dos aluguéis e encargos vencidos. O réu, que não requer a purgação da mora, apresenta contestação limitando-se a impugnar a exigência dos encargos. O juiz, diante do reconhecimento tácito de parte da pretensão condenatória, atende à regra do art. 273, § 6º, do Código de Processo Civil, e concede a

entanto, norteadas pelos imperativos da economia processual e da harmonia de julgados, inúmeras legislações autorizam a *cumulação de pedidos* em uma mesma demanda. Prescreve, com efeito, o art. 292 de nosso CPC, que: "É permitida a cumulação, num único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão". Dependendo da natureza do cúmulo de pedidos, o autor desejará a procedência de todos eles, ou, então, de pelo menos um dentre aqueles que foram formulados. Daí, a tradicional distinção doutrinária entre *cumulação própria*, que encerra as hipóteses nas quais é admitido o acolhimento conjunto dos pedidos, e *cumulação imprópria*, em que, por força de fatores peculiares ao direito material controvertido, a procedência de uma pretensão exclui a das demais. Naquela primeira categoria, marcada pela *simultaneidade* ou *multiplicidade* de pretensões, incluem-se as espécies de cumulação simples e cumulação sucessiva (o demandante busca o atendimento, ao mesmo tempo, de mais de um pedido); enquanto, na segunda, delimitada pela *singularidade* de pretensão, insere-se a tipologia de cumulação alternativa e cumulação subsidiária (o demandante deseja que o réu cumpra *uma* das prestações da alternativa; que a sentença condene o réu no pedido subsidiário caso não possa reconhecer a procedência do pedido antecedente). Pois bem, com o propósito deliberado de aperfeiçoar o instituto da tutela antecipada, a Lei 10.444/02 introduziu o § 6º na redação do art. 273 do CPC. Acolhendo-se sugestão formulada por Luiz Guilherme Marinoni, diante dessa nova regra, havendo cumulação simples ou sucessiva de pedidos, a antecipação pode ser deferida nos limites da matéria incontroversa, resultante, por certo, da prova inequívoca produzida já com a petição inicial, ou, ainda, admitida pelo réu após a contestação. Nessa hipótese, o grau de probabilidade da procedência do pedido incontroverso delinca-se tão elevado, que justifica plenamente o deferimento da antecipação requerida pelo demandante.

antecipação da tutela requerida pelo autor quanto ao pedido que restou incontroverso. Essa decisão acarreta prejuízo jurídico à mulher do locatário, estranha ao processo, porque repercute no patrimônio comum do casal. A virago, ocioso frisar, jamais será atingida pela coisa julgada.

20.2. Remédios processuais para afastar o prejuízo

Não se descarta, nesse caso, após o trânsito em julgado do referido ato decisório, o ajuizamento de ação rescisória pelo terceiro, dada a incompatibilidade entre o objeto do provimento e o direito de que é ele titular. De resto, essa via processual, segundo o disposto no art. 487, inc. II, do Código de Processo Civil, também se mostra adequada toda vez que o terceiro for prejudicado pela eficácia da sentença.

Manifestando-se, em princípio, contrário ao cabimento da ação rescisória pelo terceiro, na medida em que por outros remédios adequados poderá ele se opor ao comando que resultou do processo que não integrou, Flávio Yarshell pondera, no entanto, que, em casos extremos, como o do substituído, que fica adstrito à autoridade da coisa julgada, afirmar que esse terceiro tem interesse, é, em certo sentido, escamotear a realidade das coisas, porque pela posição que ostenta na relação de direito material e pelo regime da substituição processual, ele pode e deve ser qualificado de outro modo (formalmente ele não participou do processo, mas substancialmente fez-se presente pelo substituto). Seja como for, "quando muito, esse terceiro poderia até ser enquadrado na figura do 'interessado' de que fala a lei, embora, de ordinário, não fosse necessário dizer aquilo para admitir que o substituído pudesse pretender a rescisão de sentença de mérito dada em seu desfavor perante o substituto".²⁵³

⁽²⁵³⁾ Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório, n. 47, p. 145-146. V., pelo cabimento da rescisória pelo terceiro interessado, Talamini, *Coisa*

Em outra situação, importante aresto da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do *Recurso Especial n. 70.598-ES*, reconheceu possível o cabimento de embargos de terceiro para afastar a eficácia de sentença transitada em julgado, então proferida em ação de reintegração de posse, ao argumento fulcral de que a *res iudicata* é fenômeno que só concerne aos sujeitos do processo, nada obstando que terceiro, que não foi parte do processo, possa opor embargos de terceiro para defender a sua posse “contra os efeitos próprios da sentença”.

A execução da sentença de procedência do pedido em ação pauliana encarta-se nessa mesma situação, exatamente porque poderá ofender o direito de justo possuidor do terceiro adquirente de boa-fé. Aquele, então, que não figurar como parte em demanda de tal natureza, molestado em sua posse, passa também a ter legitimidade e interesse processual para valer-se dos embargos de terceiro.²⁵⁴

O mandado de segurança, por outro lado, é o remédio processual adequado em casos específicos, quando já transitada em julgado a sentença. Nesse sentido, a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do *Recurso em Mandado de Segurança n. 14.554-PR*, decidiu que: “O terceiro prejudicado por decisão judicial, prolatada em processo do qual não foi parte, pode impetrar mandado de segurança para defender direito violado, mesmo que a decisão tenha transitado em julgado, vez que o processo judicial transcorreu sem o seu conhecimento. Em senso análogo, a 4ª Turma daquela mesma Corte federal, no *Recurso em Mandado de Segurança n. 7.087-MA*, teve oportunidade de assentar: “O terceiro que não integrou anterior processo pode

judgada e sua revisão, n. 2.5.11, p. 121-122; em sentido contrário, Luís Eulálio de Bueno Vidigal, *Da ação rescisória dos julgados*, p. 53.

(254) Cf. STJ, 4ª Turma, *Resp. n. 28.521-RJ*, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar.

investir, pela via do mandado de segurança, contra a decisão decorrente de sentença transitada em julgado, para impedir violação a seu direito líquido e certo. Afeta o princípio da ampla defesa o despojamento da posse de bens adquiridos por justo título, nas circunstâncias da espécie, porque ‘ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal’”.

20.3. *Nexo de prejudicialidade-dependência*

Não se pode confundir – repita-se novamente – entre a eficácia da sentença e a extensão da coisa julgada a terceiros, sujeitos, de uma forma ou de outra, ao vínculo imutável que cobre o núcleo decisório daquela.

Terceiros, beneficiados pela sentença de mérito, estarão submetidos à autoridade da coisa julgada quando existir um nexo de subordinação da posição deles à relação jurídica decidida ou em razão da natureza incindível do direito material discutido.

É interessante observar, pelo contrário, que os efeitos da sentença, que transbordam os limites subjetivos do processo, acabam determinando o “modo de ser” de situações jurídicas condicionadas. Havendo coincidência de sujeitos na relação prejudicial e na relação prejudicada, dúvida não há de que a eficácia do provimento que decide aquela determina a sorte desta. Assim, se um contrato entre Pedro e Luiz é declarado nulo, a constituição adjeta da hipoteca, conseqüentemente, também não subsiste. Esclarece, nesse sentido, Mirabelli: “*l'ipoteca è accessoria di un credito, e se non esiste credito non può esistere ipoteca*”.²⁵⁵

Todavia, em outras circunstâncias, nas quais os sujeitos da relação prejudicial (Antonio e José) são parcialmente diferen-

(255) *Del diritto dei terzi secondo il Codice Civile italiano*, v. 2, n. 46, p. 100.

tes daqueles que integram a relação dependente (Antonio é Carlos ou José e Carlos), ou seja, quando a interdependência envolve uma *terceira pessoa*, surge um intrincado problema atinente aos limites subjetivos da eficácia da sentença.²⁵⁶

A questão que se coloca é a seguinte: se a relação prejudicial foi decidida num precedente processo, a respectiva sentença produz ou não eficácia ("reflexa") no sucessivo processo que tem por objeto uma relação daquela dependente, cujo titular é um terceiro?

Normalmente, dentro da moldura excepcional em que se manifesta esse fenômeno, o terceiro que experimenta prejuízo jurídico é titular de relação jurídica ligada por um nexo de prejudicialidade, no plano do direito material, com o objeto da decisão. Nessa hipótese, a relação jurídica decidida influi sobre a dependente, cujo elemento constitutivo tem aquela como suporte. Assim, no que toca à relação decidida pela sentença, tornar-se-ia, para o terceiro, indiscutível a sua existência ou inexistência.

Na profunda pesquisa que dedicou a esse problema, Stefano Recchione sustenta que são os efeitos indiretos, produzidos pela decisão, que tornam incontestável a "fatispecie" prejudicada, na qual figura, como elemento estrutural, o objeto do precedente processo.²⁵⁷

Com efeito, se a sentença declara inexistente a relação prejudicial é também inexistente a relação prejudicada, visto que falta um elemento constitutivo da sua configuração e, desse modo, uma condição necessária para a sua existência.²⁵⁸

⁽²⁵⁶⁾ Cf., em senso análogo, Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, n. 2.4, p. 403-404.

⁽²⁵⁷⁾ *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, n. 2, p. 133-134.

⁽²⁵⁸⁾ Cf. Allorio, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, n. 33, p. 72. V., também, sobre o tema, a clássica obra de Menestrina, *La pregiudiziale nel*

No exame a que se procede sobre esse ponto realmente delicado do regime dos limites subjetivos da eficácia da sentença, vêm, em geral, detectadas as questões clássicas ou paradigmáticas nas quais a influência do julgamento de uma causa (prejudicial) acaba determinando, de modo inexorável, a existência ou a inexistência de outra relação jurídica (prejudicada), quando esta não é objeto de demanda judicial (p. ex.: eficácia da sentença que julga a ação reivindicatória em relação ao credor hipotecário).

É verdade que isso nem sempre ocorre, porque hoje, à luz do nosso direito positivo, informado pelas garantias constitucionais do processo, a maioria das situações que, no passado, causavam perplexidade, já não mais o fazem. Assim, aquele que em tese poderia ser prejudicado, ou é litisconsorte necessário, como, e. g., numa ação de cobrança de dívida contraída em benefício da família por pessoa casada; ou, quando não, o resultado do processo, caso não tenha sido citado o terceiro, embora lhe interesse sob o aspecto jurídico, constitui, para ele, *res inter alios*. É a hipótese, por exemplo, da demanda que resolve o compromisso de compra e venda de imóvel não registrado, cujos direitos haviam sido cedidos pelo promitente comprador a terceiro.

Igualmente, se a seguradora não for denunciada da lide pelo segurado ou se não intervier no processo em que este é parte, também poderá, em sucessiva demanda de regresso promovida pelo seu segurado, apresentar a defesa que tiver, simplesmente porque a eficácia da sentença proferida no anterior processo não afeta o seu direito.

A rigor, pela recorrência na prática forense, e para exemplificar a heterogeneidade das diversas situações, merecem exame particularizado as seguintes: a) eficácia da sentença proferi-

processo civile, p. 89 ss.; e, na literatura pátria, Antonio Scarance Fernandes, *Prejudicialidade*, p. 73 ss.

da na ação entre credor e devedor em relação ao fiador; b) eficácia da sentença proferida na ação reivindicatória em relação ao titular de direito real sobre o bem reivindicando; c) eficácia da sentença proferida na ação ajuizada em face do promitente comprador em relação ao locatário/comodatário; d) eficácia da sentença proferida na ação entre locador e locatário em relação ao sublocatário; e) eficácia da sentença proferida na ação pauliana em relação à posição dos demais credores quirografários.

Em tais casos, não há, à evidência, qualquer pretensão deduzida contra o terceiro, mas este poderá ter interesse jurídico no desfecho do processo, porquanto, o que é objeto de decisão geralmente repercute na sua esfera jurídica. Está, assim, credenciado a intervir em processo alheio. Ademais, constituem essas, como se observa, as principais hipóteses que, historicamente, sempre desafiaram os processualistas em busca de um resultado que, em primeiro lugar, não violasse a garantia do contraditório; e, outrossim, atendesse ao interesse do terceiro, o qual, não obstante estranho do processo, pode sofrer prejuízo jurídico.

A nossa legislação não traz um regramento uniforme sobre toda essa problemática. Há situações que exigem interpretação sistemática, relegada à doutrina e à jurisprudência, e outras que são disciplinadas pelo direito positivo.

20.4. Eficácia da sentença proferida na ação entre credor e devedor em relação ao fiador

Pergunta-se: na ação entre o credor e o devedor principal, a questão da existência, validade ou eficácia da relação obrigacional declarada na sentença produz eficácia em relação ao fiador? Se, por exemplo, aquela é declarada inexistente, o credor poderá demandar o garante em sucessivo processo?

Conceitua-se a fiança como um contrato de garantia, solene, unilateral e geralmente gratuito, pelo qual, segundo o art. 818

do Código Civil, “uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra”. A fiança dá origem, pois, a uma obrigação acessória, do fiador para com o credor do afiançado, e por isso pressupõe, *necessariamente*, a existência de uma obrigação principal, a cuja sorte está sujeita.

Declarada existente a obrigação do devedor principal, na ação que lhe foi promovida pelo credor, o fiador não é atingido pela eficácia da sentença e muito menos pela coisa julgada.

No entanto, diante do inafastável nexa de prejudicialidade, se for reconhecida a inexistência da relação obrigacional, não há como sustentar a subsistência da fiança. Não é a coisa julgada que traz qualquer espécie de benefício ao fiador – que acaba mesmo sendo beneficiado –, mas é a eficácia da sentença declaratória que extinguindo o principal, extingue o acessório, visto não poder o credor exigir a garantia sobre um crédito que não mais existe.

A declaração judicial de inexistência da obrigação principal importa necessariamente a inexistência da obrigação acessória, ao passo que a declaração da existência da primeira não implica forçosamente a da segunda. Até mesmo Chiovenda e Betti, que combateram, como visto, o regime de parcialidade da eficácia da sentença ou da extensão da coisa julgada *secundum eventum litis*, aceitaram, afinal, em matéria de fiança, a solução acima alvitrada, porque também entenderam que, declarada inexistente a obrigação do devedor principal, a decisão poderia ser invocada depois pelo fiador, em relação ao credor; mas não será permitido a este fazer valer contra o fiador, como coisa julgada, a sentença que declarou existente a obrigação do devedor.²⁵⁹

²⁵⁹ Cf. José Alberto dos Reis, *Eficácia do caso julgado em relação a terceiros*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, v. 17, n. 22, p. 268; Menchini, *Il giudicato civile*, n. 9, p. 183.

Concordando com tais premissas, aduz Alberto dos Reis que, dado o nexo de prejudicialidade entre os vínculos obrigacionais, a relação de garantia não pode ficar insensível às modificações que venha a sofrer a relação garantida. Desse modo: *a)* declarada inexistente, por sentença transitada em julgado proferida entre credor e devedor, a relação garantida, temos necessariamente de considerar inexistente a relação de garantia: a obrigação do fiador ou de qualquer outro tipo de garantia desaparece, porque falta um pressuposto essencial dessa obrigação; e *b)* declarada existente a obrigação principal, não se pode concluir imediatamente que existe a obrigação de garantia.²⁶⁰ O fiador poderá discutir *ex novo*, em ação própria, a existência da obrigação principal, deduzindo as denominadas exceções extintivas desta (pagamento, novação, prescrição, remissão, nulidade absoluta), e, ainda, como é óbvio, argumentar que falta qualquer outro elemento específico da obrigação de garantia.

20.5. Eficácia da sentença proferida na ação reivindicatória em relação ao titular de direito real sobre o bem reivindicando

Pergunta-se: na ação reivindicatória, a sentença de procedência do pedido proferida contra o réu que constituiu ônus real sobre o bem em seu nome registrado produz eficácia em relação ao credor hipotecário, ao usufrutuário, ao superficiário, ao dono do prédio dominante, em caso de servidão? Nesse caso, o autor vitorioso receberá o bem livre do ônus real que o gravava?

É preciso esclarecer, de antemão, que duas são as situações possíveis, em qualquer um desses alvitados casos: *a)* o réu ven-

⁽²⁶⁰⁾ Eficácia do caso julgado em relação a terceiros, n. 22, p. 269. Observo que, diferentemente da conclusão manifestada no texto, Alberto dos Reis, quanto à segunda hipótese (declaração de existência da obrigação principal), afirma que o fiador acaba sendo atingido pela coisa julgada *ultra partes*, porque não mais poderá questionar a inexistência do liame obrigacional entre credor e devedor.

cido na reivindicatória era proprietário legítimo no momento em que instituiu o direito real em favor do terceiro; e *b)* o réu vencido na reivindicatória não era proprietário na oportunidade em que foi constituído o direito real em favor do terceiro.

Na primeira hipótese, a questão não apresenta maior dificuldade, porque o direito real instituído em prol do terceiro permanecerá hígido e inatacável. A propriedade transmite-se ao demandante gravada com o ônus real precedente. E isso porque o vencedor da reivindicatória certamente terá fundado o seu pedido em causa superveniente e não poderá opor o seu direito àquele que não foi parte no processo e que, além disso, já detinha direitos sobre o bem, quando a propriedade foi transmitida ao autor da petição.

Na segunda situação, todavia, a transmissão do direito real ocorreu *a non domino*. Se a sentença da ação reivindicatória acolhe o pedido do autor, é de rigor a nulidade do registro existente em nome do réu (art. 168 do CC c.c. art. 214 da Lei 6.015/73). Ora, nessa hipótese, e por força do princípio da continuidade, que informa os registros públicos (art. 195 da Lei 6.015/73), não subsistirão os registros subsequentes.

Verifica-se, pois, que o terceiro sofrerá a eficácia da sentença de procedência, experimentando a perda da posição jurídica de que era titular, a qual guardava vínculo de prejudicialidade com o objeto da decisão proferida *inter alios*.²⁶¹

⁽²⁶¹⁾ V., no mesmo sentido, Thereza Alvim, *O direito processual de estar em juízo*, n. 4, p. 188: "... Os terceiros nunca serão alcançados pela coisa julgada material. A decisão da lide alheia, aqui, eventualmente, os atingirá, mas na sua eficácia natural, como fato, só que em sua esfera jurídica. *Verbi gratia*, o usufrutuário se verá despojado de seus direitos, se aquele, que lhe deu o bem em usufruto, o perder em ação reivindicatória contra ele movida. O usufrutuário será, nesse caso, atingido, em sua esfera jurídica pela decisão da lide alheia, pois sua relação jurídica de usufruto se extinguirá".

A justificação para esse fenómeno decorre da relação de direito material. Não se vislumbra qualquer afronta ao contraditório, até porque “o terceiro não pode pretender, em relação ao processo, maior tutela do que aquela que o ordenamento, no plano do direito material, lhe concede, especialmente no que toca aos atos de disposição”.²⁶²

É certo, todavia, que tais direitos de terceiros deixarão de ser eficazes apenas com o cancelamento do registro na matrícula do imóvel.²⁶³

20.6. *Eficácia da sentença proferida na ação ajuizada em face do promitente comprador em relação ao locatário/comodatário*

Pergunta-se: na ação de resolução do compromisso de compra e venda por incumprimento da obrigação, a sentença de procedência do pedido produz eficácia em relação ao locatário/comodatário? Nesse caso, o autor vitorioso poderá executar a sentença contra o locatário/comodatário do promitente comprador?

Avençada a alienação de determinado imóvel, Carlos, promitente vendedor, formaliza o negócio com Pedro, por meio de contrato preliminar. Pedro, por sua vez, desfrutando da posse do imóvel, loca-o ou cede-o em comodato a Luiz.

Passados alguns meses, Pedro deixa de pagar o restante do preço pactuado pelas partes. Carlos pleiteia a rescisão do negócio jurídico apenas em face do promitente comprador, cumulando-a com pedido de reintegração de posse.

⁽²⁶²⁾ Cf. Luiso, *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*, n. 5, p. 106.

⁽²⁶³⁾ V., nesse sentido, Sílvio de Salvo Venosa, *Direito civil – direitos reais*, 4ª ed., n. 24.10, p. 582.

Não há dúvida de que os efeitos de eventual decisão antecipatória e os da sentença de procedência do pedido não atingem o locatário/comodatário que não foi parte no processo, porque a situação jurídica de que é titular não guarda nexo de prejudicialidade com o objeto dos referidos atos decisórios. Tanto o contrato de locação quanto o de comodato importam cessão da posse direta e podem ser ajustados com quem detenha ou não direito real sobre o bem, bastando que esteja legalmente investido na posse do bem.

Acrescente-se que, na hipótese vertente, o vencedor terá de denunciar o contrato celebrado entre o promitente comprador e o terceiro e, se for o caso, ajuizar contra este ação própria.

20.7. *Eficácia da sentença proferida na ação entre locador e locatário em relação ao sublocatário*

Pergunta-se: na ação entre o locador e o locatário, a sentença que rescinde o contrato de locação produz eficácia *ultra partes*, atingindo o sublocatário legítimo ou ilegítimo? O locador poderá executar o despejo do bem alugado contra o sublocatário?

A sublocação não pode existir validamente sem o prévio consentimento do locador, de acordo com o art. 13 da Lei 8.245/91. A sublocação revela fenómeno largamente verificado na prática, qual seja, a concessão de gozo, total ou parcial, da coisa locada, por parte de quem é, a seu turno, locatário da mesma. Dá origem a novo contrato de locação, distinto do principal, de cuja existência depende, até porque, a teor do art. 15 da lei do inquilinato em vigor: “Rescindida ou finda a locação, qualquer que seja sua causa, resolvem-se as sublocações, assegurado o direito de indenização do sublocatário contra o sublocador”.

Desse modo, se a relação locatícia extinguir-se amigavelmente, por acordo entre o locador e o locatário-sublocador, tam-

bém está desfeita a sublocação. Se o sublocatário permanecer no imóvel, o locador, com fundamento no art. 59, § 1º, inc. V, da Lei 8.245/91, “poderá mover ação contra ele, autorizada a concessão de liminar para desocupação do imóvel em quinze dias”.²⁶⁴

Se, por outro lado, pender demanda entre o locador e o locatário, a exemplo do que já dispunha a anterior lei do inquilinato (art. 35 da Lei 6.649/79), o art. 59, § 2º, da atual, preceitua: “Qualquer que seja o fundamento da ação dar-se-á ciência do pedido aos sublocatários, que poderão intervir no processo como assistentes”.²⁶⁵ Trata-se aí exclusivamente de sublocação legítima, ou seja, aquela permitida pelo locador, nos termos do aludido art. 13. Como assevera Francisco Carlos Rocha de Barros, a sublocação, ainda que legítima, não produz liame jurídico entre o locador principal e o sublocatário, mas a lei do inquilinato reconhece efeitos jurídicos à sublocação, como, *e. g.*, nos arts. 16, 30, 51, § 1º...²⁶⁶

Assim, regularmente cientificado da pendência da demanda, o sublocatário legítimo, então na qualidade de terceiro, poderá ingressar no processo como assistente simples do locatário (art. 52 CPC), para auxiliá-lo a obter sentença favorável. Nesse caso, qualquer que seja o resultado do processo, o assistente será atingido pela eficácia da intervenção (art. 55 CPC). Ainda que não intervenha, porém, sujeita-se à eficácia da sentença de procedência do pedido de despejo, que resolvendo o contrato de locação, resolve também a sublocação.

⁽²⁶⁴⁾ Cf., a propósito, Francisco Carlos Rocha de Barros, *Comentários à lei do inquilinato*, n. 11, p. 335-336; Nagib Slaib Filho, *Comentários à nova lei do inquilinato*, 4ª ed., n. 28.4, p. 282.

⁽²⁶⁵⁾ V., acerca dessa questão sob a égide do texto legal revogado, Tucci e Azevedo, *Tratado da locação predial urbana*, v. 1, n. 188, p. 415 ss.

⁽²⁶⁶⁾ *Comentários à lei do inquilinato*, n. 14, p. 337.

Por outro lado, deixando de ser dada ciência ao sublocatário, no termos do supratranscrito § 2º do art. 59 da Lei 8.245/91, não se detecta qualquer vício processual, mas terá sido descumprido um ônus, de modo que eventual decisão liminar ou sentença de procedência do pedido não poderá ser executada contra o sublocatário legítimo. O locador terá que ajuizar nova ação de despejo em face do sublocatário (art. 59, § 1º, V).²⁶⁷

Esse coerente tratamento legal, além de prestigiado pela doutrina especializada, norteia uníssona orientação jurisprudencial que admite, contra a ordem de despejo do bem locado, a impetração de mandado de segurança pelo sublocatário.²⁶⁸

Já a sublocação não autorizada, desponta ilegítima, constitui infração legal do locatário-sublocador e, portanto, não confere qualquer direito ao sublocatário. É forçoso reconhecer, todavia, que, apesar de não autorizada pelo contrato de locação, referida sublocação poderá ocorrer de fato.

É justamente nessa hipótese que a eficácia da sentença estender-se-á ao sublocatário ilegítimo, tenha ou não sido cientificado da demanda. A sentença de despejo poderá ser executada

⁽²⁶⁷⁾ Creio que esse regime é mais adequado do que aquele do direito italiano. Como já frisado, Proto Pisani criticou a regra do art. 1.595, 3º al., do CC italiano, que impõe ao sublocatário a eficácia da sentença proferida na ação que resolve o contrato celebrado entre o locador e o locatário (*Garanzia del diritto di difesa ed efficacia “ultra partes” della sentenza*, Foro Italiano, 1981, 1, p. 3.100; e agora republicado na coletânea intitulada *Osservazioni e note sul processo civile*, p. 181 ss.).

⁽²⁶⁸⁾ Cf., *p. ex.*, (extinto) 2º TACSP, 2ª Câm., MS n. 158.131: “O despejo decretado contra o locatário não poderá afetar a situação do sublocatário legítimo se este, sendo titular de tal sublocação, não foi cientificado da propositura da ação, providência, essa obrigatória”; 6ª Câm., MS 435.662-00/4: “Sublocatário legítimo, a quem não se deu ciência da ação de despejo, movida contra o locatário sublocador, não pode ser alcançado pela ordem de desocupação”.

também em face deste, porque é essa a solução que deflui da lei. Ao contratar a sublocação sem o consentimento do locador e, às vezes, em sentido contrário à proibição prescrita no contrato principal, o sublocatário sujeita-se ao risco de ser destituído da posse sem que lhe seja dada ciência da demanda e a conseqüente oportunidade de ser ouvido em juízo.

20.8. Eficácia da sentença proferida na ação pauliana em relação à posição dos demais credores quirografários

Pergunta-se: a sentença de procedência do pedido na ação pauliana beneficia os demais credores estranhos ao processo?

Incidindo no mesmo equívoco que o Código Civil revogado, o art. 158 do atual insere a fraude contra credores entre as hipóteses de anulação do negócio jurídico. Se realmente fosse anulável o ato de alienação celebrado em fraude a credores, a sentença que acolhesse o pedido tornaria o bem exposto a penhoras de outros eventuais credores, que seriam favorecidos pela eficácia da decisão.

Ademais, sob o aspecto prático, tal situação poderia também acarretar graves riscos de injustiça, às vezes beneficiando o próprio alienante fraudulento, “com uma anulação que o enriquece indevidamente e podendo infligir ao comprador um castigo que vai além do objetivo de assegurar a garantia das obrigações do alienante”.²⁶⁹

Lembra Dinamarco que Liebman, já em 1946, escrevendo à luz do direito brasileiro, criticara a inserção, no revogado Código Civil, da fraude contra credores no plano da invalidade, porque não é correta a idéia de que a ação pauliana faz reverter

⁽²⁶⁹⁾ Dinamarco. *Fraude contra credores alegada nos embargos de terceiro*. Fundamentos do processo civil moderno, 1, 3ª ed., n. 291, p. 578.

os bens vendidos em fraude para o patrimônio do alienante.²⁷⁰ Verifica-se, com efeito, que o legislador do novo Código perdeu a oportunidade para corrigir esse lamentável defeito.

Não obstante, a doutrina e a jurisprudência atuais convergem no sentido de deslocar a figura da fraude contra credores do campo da nulidade para o da ineficácia.

Assim, o acolhimento da pretensão deduzida na demanda com fundamento na fraude contra credores produz eficácia apenas *inter partes*, aproveitando exclusivamente ao credor que promoveu a ação pauliana, pela simples razão de que a sentença não anula o ato, mas limita-se a reconhecer sua ineficácia perante o credor; “não anulado, o ato mantém todos os seus efeitos, menos o de prejudicar o credor – e quem pede a exclusão desse efeito, pede-o para si, não tendo qualquer legitimidade e muito menos interesse processual para pedi-lo em benefício da comunidade dos credores. A lei até poderia discricionariamente atribuir eficácia extensiva às sentenças proferidas em ação pauliana, para que favorecessem todos os credores *que já o eram*, mas, não o havendo feito, prevalecem as regras ordinárias do processo civil e a eficácia se circunscreve ao credor que houver sido autor dessa ação”.²⁷¹

É essa, outrossim, a lição de Yussef Said Cahali que, em monografia específica sobre o tema, esclarece: “... a ação pauliana não beneficia aos outros credores, em relação a estes, tudo se passa como se o ato não tivesse sido impugnado; este lhes é oponível; aliás, nisto reside a diferença fundamental com a ação oblíqua: o credor age por via da sub-rogação em nome de seu

⁽²⁷⁰⁾ Enrico Tullio Liebman e a cultura processual brasileira, Enrico Tullio Liebman oggi - riflessioni sul pensiero di un maestro, n. 14, p. 58-60.

⁽²⁷¹⁾ Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, 4, n. 1.575, p. 387. Cf., também, Theodoro Júnior, *Fraude contra credores – a natureza da sentença pauliana*, 2ª ed., p. 170.

devedor, e em benefício de todos os credores; ao contrário, o credor exerce a ação pauliana em seu nome pessoal, e a ação não beneficia senão a ele... Portanto, desde que revogação não se produz senão no interesse do credor-autor, e na medida desse interesse; e sendo a ação pauliana menos uma ação de anulação propriamente dita que uma ação de inoponibilidade, desse efeito relativo da revocatória resulta que, em favor do terceiro adquirente, a alienação subsiste firme e proveitosa, para tudo aquilo que excede o interesse do credor demandante; apenas em favor do credor demandante, ele próprio, e com exclusão de todos os outros credores, concede-se o poder de penhorar o bem saído do patrimônio do devedor (em contraste, assim, com o efeito da ação oblíqua); desse modo, a sentença pauliana não beneficia senão o credor demandante, não passando de sua pessoa e nos limites de seu prejuízo; tal como para o fraudador, para os outros credores estranhos ao juízo a sentença pauliana é *res inter alios acta*.²⁷²

Resulta, destarte, evidente que os demais eventuais credores que se sentirem prejudicados pelo mesmo negócio reputado fraudulento deveriam ter promovido demanda autônoma, visando à declaração da respectiva ineficácia.

²⁷²⁾ *Fraude contra credores*, p. 392-393. Cf., ainda, Orozimbo Nonato, *Fraude contra credores (da ação pauliana)*, p. 207-209: "o pagamento do credor que agiu por meio da ação pauliana extingue a obrigação e, assim, a consequência é a extinção daquela ação. E nem se faz mister o pagamento a todos os credores. Bastará o pagamento ao autor da demanda. Se há outros credores terão de instaurar outra ação com idênticas condições e provar a ocorrência dos respectivos extremos: o *eventus damni* e o *consilium fraudis*... Dada a índole subsidiária da ação pauliana, tendo-se em vista sua só finalidade de evitar o prejuízo do credor, o pagamento deixa-a sem interesse, elemento constitucional da ação... É possível cercear o curso da ação já proposta, impedir-lhe a continuação, com o oferecimento da solução da dívida. Assim, o terceiro contra o qual se armou a ação pauliana pode trancar-lhe o curso com o pagamento...".

A roborar o entendimento doutrinário sobre esse importante tema, os tribunais pátrios também se posicionam no sentido de que a sentença de procedência, proferida no âmbito de ação pauliana, somente é eficaz entre as partes da demanda.²⁷³

²⁷³⁾ Importante precedente da 4ª Turma do STJ, ao examinar essa questão, decidiu que: "... demonstrada a fraude ao credor, a sentença não irá anular a alienação, mas simplesmente, como nos casos de fraude à execução, conduzirá à ineficácia do ato fraudatório perante o credor embargado, permanecendo o negócio válido entre os contratantes, o executado-alienante e o embargante-adquirente. A sentença terá, destarte, caráter predominantemente declaratório, pois declarará a validade e a eficácia do ato da constrição e a possibilidade de o bem fraudulentamente alienado responder pela dívida, embora mantido no patrimônio do adquirente. Tudo assim, como se passa nos casos de fraude à execução, deslocando-se a discussão do plano do direito material para o plano predominantemente processual" (*JSTJ*, Lex, v. 47, p. 113). V., ainda, STJ, 1ª Turma, *REsp. n. 119.854-SP*: "A alienação permanece válida entre o vendedor e o adquirente e ineficaz ao credor, resguardado com o poder de penhorar o bem alienado, vinculado à responsabilidade e garantia executória". Em idêntico senso, a 10ª Câmara de Direito Privado do TJSP, no julgamento do *AgInstr. n. 135.262-4/0*, relatado pelo atual Min. Quaglia Barbosa, expressou: "... não há divisar, na espécie, ante a medida invecivada, nenhuma ofensa à coisa julgada, na medida em que, afinal, na ação pauliana, não se objetiva, nem dela resulta, uma vez acolhida, a anulação de atos de alienação, muito menos o retorno dos bens ao patrimônio do devedor, responsabilizado pela conduta fraudulenta, *muito menos para se satisfaça seu eventual interesse*, senão que, diversamente, o que busca e consegue, por meio da demanda, é ver declarada a ineficácia dos atos perpetrados, válidos embora relativamente a alienante e adquirente, perante o credor acionante, *no seu interesse* e sem proveito acrescido para terceiros, mesmo também credores. Despiciendo, outrossim, agitar o recorrente a questão fincada no interesse de outros credores, em nome de quem, por sinal, nem mesmo estaria credenciado a falar, tampouco a postular (art. 6º, do CPC); é que, ademais disso, como assinala Planiol, também referido por Yussef Said Cahali (ob. cit., p. 408), 'o valor restituído não reingressa no patrimônio do alienante, não se tomando assim garantia comum de todos os seus credores: ele não pode garantir senão o credor demandante e aqueles que com ele se litisconsorciaram no pressuposto de terem sofrido igualmente a fraude'...".

Capítulo V

EXTENSÃO DA COISA JULGADA A TERCEIROS

Sumário: 21. Introdução: terceiro prejudicado e terceiro beneficiado. 22. Legitimidade e interesse processual do terceiro prejudicado pela eficácia da sentença. 23. Falta de interesse processual do terceiro beneficiado pela extensão da coisa julgada. 24. Demonstração prática da tese proposta: situações concretas substancialmente heterogêneas. 24.1. *Sucessor da parte*. 24.1.1. Generalidades. 24.1.2. Limites subjetivos da coisa julgada. 24.1.3. Consequência da falta de ciência do processo. 24.1.4. Sucessão *post rem iudicatam*. 24.2. *Substituição processual*. 24.2.1. Conceito. 24.2.2. Limites subjetivos da coisa julgada. 24.2.3. Análise crítica do problema. 24.3. *Litisconsorte necessário unitário*. 24.3.1. Generalidades. 24.3.2. Limites subjetivos da coisa julgada. 24.3.3. Capítulos da sentença e litisconsórcio unitário. 24.4. *Pluralidade de legitimados à impugnação de um único ato*. 24.4.1. Generalidades. 24.4.2. Limites subjetivos da coisa julgada. 24.4.3. Posicionamento da doutrina brasileira. 24.5. *Pluralidade de legitimados e tutela jurisdicional da personalidade post mortem*. 24.5.1. Transcendência dos direitos da personalidade na atualidade. 24.5.2. Proteção dos direitos da personalidade *post mortem*. 24.5.3. Legitimados a proteger os direitos da personalidade *post mortem*. 24.5.4. Limites subjetivos da coisa julgada. 24.6. *Relação jurídica entre credores e devedores solidários*. 24.6.1. Generalidades. 24.6.2. Limites subjetivos da coisa julgada. 24.6.3. Recurso interposto por apenas um dos condenados. 24.7. *Relação jurídica entre credores e devedores de obrigações indivisíveis*. 24.7.1. Generalidades. 24.7.2. Limites subjetivos da coisa julgada. 24.8. *Relação jurídica entre credor-devedor-fiador*. 24.8.1. Generalidades. 24.8.2. Limites subjetivos da coisa julgada. 24.9. *Causas relativas ao estado da pessoa*. 24.9.1. Generalidades. 24.9.2. Limites subjetivos da coisa julgada. 24.10. *Sentença penal condenatória*. 24.10.1. Autonomia da ação civil. 24.10.2. Limites subjetivos da coisa julgada. 24.10.3. Prescrição da ação penal antes do trânsito em julgado.

21. Introdução: terceiro prejudicado e terceiro beneficiado

Com o trânsito em julgado da sentença, a coisa julgada, em regra, opera-se exclusivamente entre as partes, não produzindo qualquer prejuízo ou benefício a terceiros (terceiros indiferentes).

Mas como já enfatizado, não se afasta a possibilidade da repercussão menos ou mais intensa da eficácia da sentença ou mesmo da coisa julgada a um terceiro. Esse fenômeno, de todo excepcional, poderá acarretar prejuízo de fato a algumas pessoas (*terceiros titulares de um interesse de fato*). Assim, credores do réu derrotado na ação reivindicatória não poderão insurgir-se contra a sentença que reconheceu o domínio ao demandante, porque a decisão não lhes trouxe senão prejuízo prático ou meramente econômico. Não se descortina qualquer incompatibilidade entre o direito dos credores e o direito de propriedade declarado na sentença.²⁷⁴

Todavia, há outros sujeitos que sofrem prejuízo jurídico decorrente da eficácia da sentença *inter alios*, quando são titulares de um interesse incompatível com o objeto da decisão (*terceiros juridicamente interessados*), como, por exemplo, os verdadeiros proprietários de um imóvel, Antonio e Luiz, diante do trânsito em julgado da sentença que reconhece o domínio de João, sobre o mesmo bem, na ação que promoveu contra Pedro. Ou, ainda, para ficar no exemplo clássico, o sócio que tem interesse na validade de deliberação societária anulada por provimento judicial. Não há dúvida de que foi ele prejudicado pela eficácia da sentença que decretou a anulação do ato social.

Saliente-se, por outro lado, que alguém, estranho ao processo, pode ser beneficiado pelo resultado nele determinado. E

⁽²⁷⁴⁾ Consulte-se, em senso análogo, Menchini, *Il giudicato civile*, n. 4, p. 159-160.

aqui também há de fazer-se a distinção entre os *terceiros beneficiados de fato*, que, de forma indireta, acabam sendo favorecidos, e. g., os credores, pela vitória do devedor comum numa ação reivindicatória; e os *terceiros juridicamente beneficiados* que se subordinam à autoridade da coisa julgada. Nessa derradeira situação, a extensão *ultra partes* geralmente ocorre porque o terceiro, no plano do direito material, situa-se na mesma posição jurídica de um dos demandantes ou então é titular de relação conexa com a *res de qua agitur*.

É mais do que suficiente, para esclarecer tal hipótese, o enunciado do art. 274 do Código Civil: “O julgamento contrário a um dos credores solidários não atinge os demais; o julgamento favorável aproveita-lhes...”.

Conclui-se, assim, que enquanto a eficácia da sentença pode trazer prejuízo ao terceiro a imutabilidade da decisão vincula-o tão-somente quando lhe propiciar benefício.

Fala na tese sobre a extensão da eficácia da coisa julgada

22. Legitimidade e interesse processual do terceiro prejudicado pela eficácia da sentença

Todo aquele que não participa do contraditório em processo pendente *inter alios* é considerado terceiro. Se o grau de dependência entre a relação jurídica decidida e aquela que tem o terceiro como titular for de tal sorte elevado, a produzir-lhe prejuízo jurídico, poderá ele reagir contra a sentença.

Essa insurgência, contudo, pode ser por via indireta, ou seja, como o terceiro não está adstrito à autoridade da coisa julgada, o direito objeto de decisão no precedente processo pode ser submetido à (re)apreciação judicial. Assim, por exemplo, Antonio e Luiz, que são os verdadeiros titulares do domínio, diante da eficácia da sentença que reconheceu a propriedade de João sobre o mesmo imóvel, poderão, porque *terceiros juridicamente*

interessados, promover ação reivindicatória contra João. É evidente que a coisa julgada formada entre João e Pedro, na anterior ação reivindicatória, não é oponível a Antonio e a Luiz. Repita-se: estes poderão discutir *ex novo* o seu direito.²⁷⁵

Mas, em determinadas situações, o terceiro poderá impugnar diretamente a sentença, com o escopo de demonstrar que ela é ilegal ou injusta. E, para tanto, como já frisado, deve ter legitimidade e interesse processual para propor a medida judicial adequada à espécie concreta.

23. Falta de interesse processual do terceiro beneficiado pela extensão da coisa julgada

Em outras oportunidades, contudo, dada a posição jurídica do terceiro diante da relação decidida ou em virtude da natureza do direito substancial que foi objeto de julgamento, verifica-se a expansão *ultra partes* da coisa julgada.

Esse fenômeno ocorre toda vez que a situação subjetiva do terceiro for favorecida pela sentença proferida em processo *inter alios*. A coisa julgada, em tais casos, fulmina o potencial interesse de agir de alguém que, embora não tenha integrado o contraditório travado num determinado processo, acabou sendo privilegiado pelo respectivo desfecho.

Nessas condições, com o trânsito em julgado da sentença e a conseqüente imutabilidade do comando que dela emerge, não se vislumbra, em relação ao terceiro, qualquer violação, necessidade de modificação ou estado de incerteza atual, que possa gerar-lhe interesse processual para agir contra a coisa julgada

⁽²⁷⁵⁾ Consulte-se, em senso idêntico, Francesco Cosentino, *I limiti soggettivi del giudicato*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1961, n. 3, p. 355-356.

que o favorece. Em suma: não se configura aí a possibilidade de o terceiro pleitear em juízo o reconhecimento de direito algum.

24. Demonstração prática da tese proposta: situações concretas substancialmente heterogêneas

As hipóteses nas quais se detecta a extensão da coisa julgada a sujeitos estranhos ao processo decorrem, como já anotado, de casos peculiares e excepcionais, previstos na própria legislação (p. ex.: obrigações solidárias – art. 274 CC; causas relativas ao estado da pessoa – art. 472, 2ª parte, CPC), ou gerados pela estrutura do direito material controvertido (p. ex.: vínculo de subordinação ou relação incindível).

No que concerne aos casos de vínculo de subordinação, os terceiros atingidos equiparam-se aos *aventi causa* do direito italiano (em particular: sucessor e substituto processual).

Ademais, as situações que serão examinadas nesse capítulo apresentam-se, de um modo geral, substancialmente heterogêneas, fator que impede a sistematização da matéria.²⁷⁶ Daí a

⁽²⁷⁶⁾ Talvez fosse de melhor técnica, a evitar insegurança e dúvidas, se o direito positivo já contemplasse, de modo expresso, as exceções à regra de que a coisa julgada opera somente *inter partes*. Lembra Couture que, no Uruguai, esse problema encontra-se minimizado, porque a própria legislação já apresenta determinadas soluções para esse problema (*Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª ed., n. 277, p. 425). Essa tradição que advém do anterior diploma uruguaio é mantida no atual. cf. se infere dos arts. 35.2, 35.3 e 218, 1, 2 e 3, do *Código General del Proceso* (Lei 15.982, de 1988). O mesmo ocorre, como já asseverado, na legislação codificada e extravagante da Alemanha e da Espanha.

O *Código-Tipo de Processo Civil para a América Latina* também contém disposições específicas sobre a extensão *ultra partes* da coisa julgada a terceiros, opção legislativa que elimina de antemão muitas das dificuldades inerentes a essa questão (cf., a propósito, Dinamarco, *Intervenção de terceiros*, 2ª ed., n. 2, p. 15). Para o conhecimento da am-

razão do exame particularizado de cada uma das principais ocorrências.

Vejamos, então, as mais comuns que, em nosso direito, determinam a expansão da coisa julgada a terceiros.

24.1. Sucessor da parte

24.1.1. Generalidades

A estrutura formal do processo judicial pressupõe sempre a existência de duas partes contrapostas. É famosa a máxima medieval, cuja paternidade é atribuída a Bulgarus: "*iudicium est actus trium personarum, iudicis, actoris et rei*". Assim como ocorre com os elementos objetivos da demanda (*causa petendi e petitum*), que permanecem em regra inalterados até a sentença, as partes que se encontram presentes no início da ação conduzirão o processo até o seu final.

É possível, no entanto, haver modificação superveniente do elemento subjetivo da demanda durante a tramitação do processo, quando uma das partes falece ou, então, tratando-se de pessoa jurídica, é ela sucedida ou incorporada por outra. Nestes casos, havendo sucessão a título universal, aplicam-se as disposições dos arts. 43, 265 e 1.055 do Código de Processo Civil,

plitude de tais regras, vale transcrever o respectivo art. 192 do Código-Tipo: "*Eficacia de la sentencia frente a terceros. 192.1. La cosa juzgada alcanza a las partes y sus sucesores a título universal. 192.2. También comprende a los codeudores solidarios y a los titulares del dominio desmembrado; a éstos últimos, cuando se juzga un desmembramiento que no es el próprio respecto del mismo bien. 192.3. Los socios, los comuneros, los terceros de cuyos derechos dependen los de las partes, aquellos cuyos derechos dependen de éstas o del acto o del contrato cuya validez o eficacia ha sido juzgada, son terceros a los que comprende la cosa juzgada solamente si han tenido conocimiento judicial del pleito o si se amparan a la decisión en la primeira oportunidad de que dispongan*".

procedendo-se à substituição da parte pelo seu sucessor legal, a quem são transferidas todas as posições jurídicas atinentes ao objeto da sucessão, inclusive as de natureza processual. Note-se que, depois de exaurida a prestação jurisdicional, ultimada com o julgamento do recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de inadmitir o pleito de substituição da parte, decorrente de sucessão universal, devendo ser ele apreciado ao ensejo da execução, perante o juízo para esta competente.²⁷⁷

Regrando, por outro lado, as repercussões processuais da sucessão *inter vivos*, preceitua o art. 42 do Código de Processo Civil que: "A alienação da coisa ou do direito litigioso, a título particular, por ato entre vivos, não altera a legitimidade das partes". Infere-se que a pendência do processo não é óbice – e nem poderia ser – à fluência normal do comércio jurídico, inclusive no que concerne ao bem ou ao direito litigioso.

24.1.2. Limites subjetivos da coisa julgada

O adquirente poderá ingressar no processo e substituir o autor ou o réu, dependendo de quem tenha sido o transmitente, desde que a parte contrária manifeste o seu consentimento (art. 42, § 1º, CPC). Extrometida a parte substituída ou figurando apenas como assistente simples, o sucessor, passando a atuar como parte, fica obviamente sujeito à coisa julgada.

O adquirente ou cessionário também poderá intervir no processo, assumindo a posição de "parte" e não de assistente litisconsorcial do alienante ou cedente (art. 42, § 2º, CPC).²⁷⁸

⁽²⁷⁷⁾ AgReg. no REsp. n. 174.201-SP, 6º T., rel. Min. Fernando Gonçalves.

⁽²⁷⁸⁾ Parece-me definitiva a tese de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (*Alienação da coisa litigiosa*, 2ª ed., ns. 5 e 6, p. 177 ss.), ao sustentar, com apoio na lição de Carlo Maria De Marini, que o sucessor intervém no

Todavia, não ocorrendo qualquer destas hipóteses, consoante os termos do § 3º do art. 42: “A sentença, proferida entre as partes originárias, estende os seus efeitos ao adquirente ou ao cessionário”.

Assim, tendo havido alienação da coisa ou do direito litigioso, se o processo continuar entre as partes originárias, qual seria o fundamento jurídico da vinculação do adquirente à autoridade da coisa julgada?

Desde há muito esse tema tem ocupado a atenção da doutrina. Sob a égide do anterior Código de Processo Civil italiano, de 1865, por força do disposto no art. 1.351, prevalecia o entendimento de que o sucessor era atingido pela coisa julgada sempre que a transmissão ocorresse na pendência do processo.²⁷⁹ Cogliolo, secundando a opinião da doutrina majoritária, frisava que se o comprador, na posição de co-interessado principal, tomando ciência da demanda, deixasse de intervir, presumia-se que tivesse outorgado um mandato tácito ao transmitente. E, por essa razão, era natural que a *exceptio rei iudicatae*

processo na condição de *parte* e não na de terceiro, porque, dentre outros importantes aspectos, o sucessor participa na defesa direta de um direito próprio, enquanto o assistente litisconsorcial defende de modo direto um direito alheio e só indiretamente seu... Embora reconhecendo os sólidos fundamentos dessa tese, Arruda Alvim anota que a posição do sucessor mais se aproxima da assistência litisconsorcial (*Tratado de direito processual civil*, v. 2, 2ª ed., p. 273). V., em senso idêntico William Santos Ferreira, *Situação jurídica no processo do adquirente de bem litigioso e dos herdeiros e sucessores no caso de falecimento da parte diante do novo Código Civil*, Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins (obra coletiva), n. 5.6.1, p. 1.080 s.

(279) Luiso, *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*, n. 1, p. 37-38; Carlo Maria De Marini, *La successione nel diritto controverso*, p. 240 ss.

do mandatário (co-interessado secundário) passasse ao “mandante”.²⁸⁰

Para Chiovenda e Betti a situação vertente correspondia a mais uma hipótese de substituição processual. Nos *Principii*, Chiovenda asseverava: “Em outros termos, temos aqui um caso de ‘substituição processual’, visto que a parte que alienou permanece na causa *in nome proprio*, mas por um direito alheio”. Betti, a seu turno, escrevia que, não autorizada a sucessão processual, “o alienante permanece em juízo travestido de substituto processual do adquirente”. Na classificação proposta por Betti, o adquirente, terceiro juridicamente interessado, sujeita-se à coisa julgada, porque a sua posição está jungida, pelo nexo de subordinação, à posição processual do alienante.²⁸¹

Ao examinar as fontes do direito romano clássico pertinentes à transmissão do direito litigioso na pendência do processo, Betti anota que a sujeição do adquirente à coisa julgada decorria da subordinação por sucessão na posição jurídica da parte, porque o direito romano impunha ao alienante que continuasse a atuar, não apenas em nome próprio, mas defendendo também direito próprio. Pelo contrário, no direito moderno, o fundamento que justifica a extensão da coisa julgada ao sucessor resulta da relação de subordinação por substituição processual.²⁸²

A doutrina contemporânea também considera o alienante substituto processual do sucessor que não ingressa no processo.²⁸³

(280) *Trattato teorico e pratico della eccezione di cosa giudicata*, v. 1, p. 355.

(281) Chiovenda, *Principii*, p. 876; Betti, *Diritto processuale civile italiano*, n. 148, p. 483.

(282) Betti, *Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, p. 212 e 317. V., em senso análogo, Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, 1, 6ª ed., n. 49, p. 97.

(283) Cf., v. g., Corrado Ferri, *Le parti. Il giudizio con pluralità di parti*, Comoglio, Ferri e Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, n. 6.2., p. 361; Fazzalari, *Istituzioni di diritto processuale*, 4ª ed., § 11, p. 291.

Excluindo expressamente o fenômeno da substituição processual para a hipótese aqui analisada, Allorio, por sua vez, nega que o sucessor, que não interveio no processo, seja diretamente atingido pela coisa julgada. Segundo a sua tese, o nexo de dependência entre o transmitente e o sucessor produz duas relações jurídicas: uma, que se forma entre o transmitente e a parte estranha à transmissão, e outra, que opõe o sucessor a esta parte. A primeira relação é condicionante; a segunda é condicionada.

Nesse caso, sendo relativamente ineficaz a transmissão, o sucessor suportará os efeitos reflexos da coisa julgada, porquanto estes produzir-se-ão, de forma direta, sobre a relação condicionante (aquela, em que está o transmitente), refletindo-se, depois da decisão, sobre a relação condicionada (aquela, na qual figura o adquirente como titular).²⁸⁴

A partir da vigência do *Codice* de 1942, restou superada qualquer dúvida que porventura ainda pudesse existir quanto à expansão da coisa julgada ao sucessor. Com efeito, preceitua a 4ª alínea do art. 111 do Código de Processo Civil italiano que a sentença proferida contra o alienante produz coisa julgada também em relação ao sucessor universal ou a título particular.

Pela ampla possibilidade de o adquirente intervir no processo e assumir, a partir do negócio celebrado com o transmitente, a posição de parte, a moderna doutrina italiana sustenta ser mais favorável a posição do sucessor no direito italiano, do que nos sistemas alemão e brasileiro, que condicionam o ingresso do adquirente no processo à aquiescência da parte contrária.²⁸⁵

⁽²⁸⁴⁾ Cf. Allorio, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, n. 79, p. 139-140; n. 94, 167-168. V., ainda, expondo com clareza a posição de Allorio, Paula Costa e Silva, *A transmissão da coisa ou direito em litígio*, n. 3.2.1.1.5, p. 275-276.

⁽²⁸⁵⁾ Luiso, *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*, n. 4, p. 53. Dispõe a al. 2ª do § 265 da ZPO: "A alienação ou a

Não sendo provocada a sua intervenção ou não intervindo no processo, o adquirente ("*avente causa*", *ex vi* do art. 2.909 do CC italiano) não participa do contraditório e não influi na construção da sentença, a despeito de ser ele o titular da *res de qua agitur*, o qual, inclusive, como visto, fica vinculado à coisa julgada. Por isso que, diante dessa situação excepcional, o problema passa a ser examinado à luz do art. 24, 2ª al. (e hoje certamente do art. 111) da Constituição italiana, ou seja, se há ou não afronta à garantia da ampla defesa.

Para Menchini, a comunicação da imutabilidade do comando da sentença ao sucessor não fere o referido princípio constitucional por duas diferentes razões, a saber: *a*) é resguardada a possibilidade de o sucessor intervir no processo e participar efetivamente do contraditório (ainda que *posticipato*), devendo para tanto ter ciência do litígio; e *b*) a vitória da parte estranha à transmissão não pode ser frustrada, de sorte a constrangê-la, se demandante, a repropor a ação em face do sucessor; ou, se demandada, expor-se a uma nova ação, ajuizada pelo sucessor, sobre o mesmo objeto.²⁸⁶

No mesmo sentido, não vendo também qualquer violação ao devido processo legal na regra da 4ª alínea do art. 111 do

cessão [da coisa litigiosa] não influi no processo. O sucessor não-está autorizado, sem o consentimento da parte contrária, a assumir o processo como parte principal em lugar do substituído ou a promover uma intervenção principal...". Resta-lhe a intervenção adesiva. O art. 17, I e 2, da LEC espanhola também subordina o ingresso do sucessor no processo à concordância da parte contrária. Anote-se que, sob outra perspectiva, acórdão da 3ª Turma do STJ, no *REsp. n. 588.321-MS*, rel. Min. Nancy Andrighi, decidiu que o art. 42, § 1º, do CPC, não se aplica na hipótese contemplada no art. 567, II, do CPC, que autoriza, no processo de execução, a substituição do cedente pelo cessionário do crédito, mesmo sem a anuência da contraparte.

⁽²⁸⁶⁾ *Regiudicata civile*, Digesto delle discipline privatistiche, n. 23, p. 458.

Código de Processo Civil italiano, Luiso aduz que a extensão da coisa julgada ao adquirente, sob o ponto de vista técnico, não pode subordinar-se à sua citação formal, até porque a outra parte, como ocorre na maioria das vezes, pode inclusive ignorar a existência do negócio jurídico superveniente.²⁸⁷

Procurando equacionar o problema pelo prisma da garantia do direito de defesa, Proto Pisani entende que, apesar de franqueado o ingresso do sucessor no processo, poderá ele sofrer efetivo prejuízo quando desconhecer a pendência da lide. Para assegurar adequada observância da garantia de defesa ao adquirente, propõe Proto Pisani que ele seja cientificado pessoalmente da sentença, mas admite que tal providência poderá agravar injustamente a situação da parte estranha à sucessão, sobretudo quando desconhecer o negócio celebrado.

Depois de considerar as dificuldades que advêm desse problema, o Professor de Firenze formula equilibrada sugestão, que pode ser resumida na seguinte equação: o conflito de interesses gerado entre o sucessor e a parte contraposta ao alienante deve ser resolvido a favor do sucessor toda vez que este não tomou ciência do processo e a outra parte teve conhecimento da sucessão; e, pelo contrário, a favor da contraparte toda vez que esta não teve ciência da sucessão e o sucessor teve ou poderia ter tido conhecimento do processo.²⁸⁸

Acrescente-se que a doutrina italiana não apresenta solução para a hipótese, rara é verdade, na qual o sucessor e a contraparte não tomaram conhecimento, respectivamente, do processo e da sucessão; ou mesmo quando ambos tiveram ciência...

⁽²⁸⁷⁾ *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*, n. 5, p. 55-56.

⁽²⁸⁸⁾ Cf. Proto Pisani, *Appunti sui rapporti tra i limiti soggettivi di efficacia della sentenza civile e la garanzia costituzionale del diritto di difesa*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1971, n. 4, p. 1.234.

O art. 271, 3, do atual Código de Processo Civil português, cuja redação não foi alterada pela reforma processual de 1995, contém regra muito semelhante à da legislação italiana e brasileira, ao dispor que: “A sentença produz efeitos em relação ao adquirente, ainda que este não intervenha no processo...”.

Para justificar essa exceção, Castro Mendes recorre à vetusta teoria da representação: “este regime não é contrário à limitação subjectiva do caso julgado, porque C (transmitente) é representante, por transmissão, de A, e portanto é a mesma parte ‘sob o ponto de vista da sua qualidade jurídica’ (art. 498, n. 2)”.²⁸⁹

Embora menos precisa, a posição de José Alberto dos Reis, quanto ao fundamento da ampliação da coisa julgada ao sucessor a título singular, escuda-se ora no instituto da representação, ora no da substituição processual.²⁹⁰

Ainda em Portugal, abordando o tema em época contemporânea, Paula Costa e Silva, depois de passar em revista as várias teorias, pondera que se o sujeito da relação material controvertida ficasse imune aos efeitos da coisa julgada, nada o impediria de demandar a parte estranha à transmissão, sem que esta pudesse opor-lhe o resultado favorável obtido na precedente ação. Parece-me que o mesmo raciocínio é válido para obstar a que a contraparte, que experimentou derrota, demande, em seguida, o sucessor.

Aduza-se, por outro lado, que o segundo processo não poderia ser extinto, fato que, não apenas implicaria desnecessário aumento da atividade forense, como ainda poderia produzir, nos planos lógico e prático, julgados contraditórios.

⁽²⁸⁹⁾ *Direito processual civil*, v. 2, p. 324.

⁽²⁹⁰⁾ *Eficácia do caso julgado em relação a terceiros*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, v. 17, n. 13, p. 242-243.

Diante de tais premissas, Paula Costa e Silva conclui que o fundamento da expansão da coisa julgada ao sucessor decorre da legitimação extraordinária "atribuída" pela lei ao transmitente, em prol "da necessidade de proteção da parte estranha à transmissão e do princípio da economia processual". Esclarece, ainda, que o adquirente, como é o verdadeiro titular da relação de direito material, submete-se diretamente aos efeitos da sentença e à autoridade da coisa julgada.²⁹¹

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, na importante monografia que escreveu sobre a alienação da coisa litigiosa, nega qualquer subordinação entre a posição do alienante ou cedente e a do adquirente ou cessionário. Afirma, a propósito, que se trata de uma única posição ocupada, sucessivamente, por dois diferentes sujeitos em distintos momentos de tempo; poderia haver, quando muito, subordinação temporal.²⁹²

Tudo leva a crer que o ilustre processualista esteja se referindo à hipótese em que efetivamente o sucessor ingressa no processo e passa a ostentar a condição parte. Aí realmente seria equivocado falar-se em substituição processual, porque, ocorrendo efetiva sucessão de uma das partes, passa a haver absoluta coincidência entre quem está no processo e o titular do bem litigioso na órbita do direito material.

Tem também razão Carlos Alberto Alvaro de Oliveira ao esclarecer que o adquirente passa a ser titular da posição jurídica, uma vez que a transferência do direito no curso do processo desponta válida, existente e eficaz, e, por essa razão, não pode ser ele considerado terceiro, tanto que intervém no processo na qualidade de parte. Decorre dessa conclusão "que o adquirente

⁽²⁹¹⁾ *A transmissão da coisa ou direito em litígio*, n. 3.2.1.1.7, p. 278-279 e 281.

⁽²⁹²⁾ *Alienação da coisa litigiosa*, 2ª ed., § 29, p. 231.

do direito litigioso é parte no sentido do art. 472, com todas as conseqüências".²⁹³

Todavia, a outra situação, ou seja, aquela em que o adquirente fica à margem do processo, é que gera toda a problemática sobre a qual, como acima observado, muito se discute. Entendo que, para a solução dela, a melhor doutrina, em perfeita simetria com a regra do art. 6º do Código de Processo Civil, é a que reconhece o transmitente legitimado extraordinário, que atua como substituto processual do adquirente ou cessionário, estranho do processo. E por essa razão – repita-se – o sucessor não escapa da "zona" de eficácia direta da sentença e da autoridade da coisa julgada.

Quanto ao transmitente, suportará ele, conseqüentemente, como parte formal, apenas os efeitos processuais da sentença.

24.1.3. *Conseqüência da falta de ciência do processo*

Esclareça-se, ainda, que se impõe, como pressuposto da extensão da coisa julgada ao sucessor, o conhecimento da litispendência.

Na Alemanha, por força da 2ª alínea do § 325 da ZPO, o regime da aquisição de direitos por terceiros de boa-fé incide na limitação subjetiva da coisa julgada às partes, excluindo-se desta o adquirente de boa-fé, que desconhece o caráter litigioso do direito que adquiriu. Ademais, norteadada pelo já citado § 103, 1ª

⁽²⁹³⁾ *Alienação da coisa litigiosa*, 2ª ed., § 29, p. 238-239. Pondere-se, no entanto, que, em determinadas hipóteses, o alienante, a despeito do negócio celebrado com terceiro, continua tendo *necessidade + interesse* na tutela jurisdicional que demandou. Imagine-se, por ex., a ação na qual o autor pleiteia a posse da propriedade que adquiriu. No caso de sucessiva alienação, já na pendência do processo, tendo de cumprir o contrato, o autor-transmitente continua titular do direito a que lhe seja transferida a posse. Age também, já agora, defendendo direito alheio.

ál., da *Grundgesetz*, que consagra o direito ao contraditório (*rechtliches Gehör*), não admite a doutrina alemã a subordinação do sucessor à coisa julgada quando desconhece a pendência da demanda.

Tentando buscar solução para esse intrigante problema, Schlosser destaca que a exigência de acautelar a posição da parte estranha à ação contra os efeitos de uma sentença proferida num processo, do qual não participou, resulta de uma deficiência da legislação processual alemã, que não prevê a notificação da demanda àqueles sujeitos que poderão vincular-se à coisa julgada. Porém, como outras leis prescrevem a obrigatoriedade de citação a todas as pessoas diretamente interessadas, propõe Schlosser que se outorguem a essas normas, por analogia, abrangência geral e não especial.²⁹⁴

Nessa mesma linha de raciocínio, Trocker, que dedicou amplo estudo específico aos problemas da coisa julgada no atual processo civil alemão, também ressalva que aquele sistema admite que um provimento judicial produza efeitos em relação a determinados sujeitos, desde que tenham eles a possibilidade de exercer poderes e faculdades processuais de cooperação na formação da própria decisão, mas não tolera que terceiros se sujeitem ao julgado quando tenham ficado à margem do *iter processual*: impor a estes o comando contido na sentença proferida *inter alios* significaria violar o direito de defesa e o princípio do contraditório.²⁹⁵

⁽²⁹⁴⁾ *Urteilswirkungen und rechtliches Gehör*, Juristenzeitungen, 1967, p. 436-437, que aponta os textos legais extravagantes que resguardam a cientificação de todos os interessados.

⁽²⁹⁵⁾ *I limiti soggettivi del giudicato tra tecniche di tutela sostanziale e garanzia di difesa processuale (profili dell'esperienza giuridica tedesca)*, Studi in onore di Enrico Allorio, v. 1, n. 8, p. 538; *Rivista di diritto processuale*, 1988, n. 8, p. 77-78.

Não destoa desse ponto de vista Claudio Cecchella. Reportando-se, em apertada síntese, ao moderno posicionamento da doutrina italiana, anota que qualquer falha na observância do contraditório, no que toca àquele que, a despeito de desconhecer a demanda, é atingido pela *res iudicata*, fulmina a aspiração de direcionar o processo a um resultado revestido de legalidade e deflagra a possibilidade para indesejadas, mas inevitáveis, contestações.²⁹⁶

Igualmente, em Portugal, Teresa Quintela de Brito, revelando percepção afinada com as atuais tendências do processo, não teve dúvida em concluir que a contraparte do adquirente, se pretender que este reconheça o seu direito de propriedade, terá de demandá-lo por meio de ação autônoma. E isso, porque a salvaguarda do interesse do adversário do alienante não pode prevalecer sobre o princípio do contraditório, nem sobre o direito de defesa do adquirente que desconhecia a pendência do litígio.²⁹⁷

Refutando, nesse particular, o consenso doutrinário, averba Paula Costa e Silva que a subordinação do sucessor à imutabilidade derivada da coisa julgada não depende de prévio conhecimento deste quanto à natureza litigiosa do direito que lhe é transmitido. Para justificar tal ponto de vista, invoca a possibilidade de o adquirente valer-se do remédio extraordinário da oposição de terceiro, contemplada no art. 777 do Código de Processo Civil português, para impugnar a sentença que encobre o conluio entre o transmitente e a outra parte. Apenas nessa hipótese é que o sucessor terá a faculdade "de destruir o caso julgado formado na demanda em que não interveio como parte".²⁹⁸

⁽²⁹⁶⁾ *L'opposizione del terzo alla sentenza*, n. 2, p. 18-19.

⁽²⁹⁷⁾ *Uma perspectiva sobre a substituição processual legal e a eficácia subjetiva do caso julgado*, Estudos em memória do Professor Doutor João de Castro Mendes, n. 2.1.2, p. 126.

⁽²⁹⁸⁾ *A transmissão da coisa ou direito em litígio*, n. 3.2.5, p. 291, com o esclarecimento de que, "em todas as outras situações, se o transmissário

Na doutrina brasileira coube a Carlos Alberto Alvaro de Oliveira demonstrar que existem situações nas quais o direito material ressalva a boa-fé do terceiro adquirente, podendo este se furtar à eficácia da sentença por meio de remédio processual próprio. Sim, porque se escusável o não conhecimento da litispendência, fica o adquirente, em consequência, obstado a participar do processo. Nesse caso, não se afigura admissível sujeitá-lo à autoridade da coisa julgada.²⁹⁹ Mas, “quando tudo se passa

sofrer danos, quer fundados na natureza litigiosa do direito que adquiriu, quer decorrentes de uma má actuação processual do transmitente, que não lhe permitiu que interviesse na ação, o transmissário encontrar-se-á protegido através do instituto da responsabilidade civil, que lhe conferirá o direito a ser indenizado por todos os prejuízos sofridos...”. Ressalve-se, nesse trecho transcrito, o manifesto lapso da autora, visto que, a teor da al. 2ª do art. 271 do CPC português, a substituição da parte alienante pelo sucessor adquirente é condicionada à concordância da parte estranha ao negócio e não, é claro, do transmitente...

⁽²⁹⁹⁾ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (*Alienação da coisa litigiosa*, 2ª ed., § 31, I, p. 244 ss.). Emprestando apoio a esse ponto de vista, Talamini sintetiza inúmeras formas de publicidade pelas quais, em nosso direito, toma-se conhecimento da existência de demanda pendente: “(i) se havia sido feito o registro, na matrícula do imóvel, da citação na ‘ação real’ ou ‘pessoal reipersecutória relativa ao imóvel’ (Lei 6.015/1973, art. 167, I, 21), há presunção absoluta de ciência; se houver faltado esse registro, é ônus do interessado provar que o sucessor tinha ciência da ação; (ii) se a pendência da ação envolvendo o sucedido estava devidamente registrada no cartório distribuidor do foro do próprio domicílio dele ou no do foro em que o bem transferido está situado, era razoável que o sucessor houvesse tomado ciência do processo – de modo que, se não foi diligente, deve arcar com as consequências de sua negligência; já em outros casos (p. ex., a ação tramita em foro diverso ou não foi devidamente anotada sua distribuição), presume-se a ausência de ciência do sucessor – cabendo ao interessado provar o contrário. Uma vez reconhecida a boa-fé (objetiva) do sucessor, isto é, a ausência de ciência do processo, deverá ser tratado como terceiro, ficando alheio à autoridade da coisa julgada...” (*Coisa julgada e sua revisão*,

de maneira clara: tanto o alienante quanto o adquirente praticam conscientemente negócio sobre o bem que sabem constituir objeto de disputa judicial”, a comunicação da coisa julgada material ao sucessor é inegável.³⁰⁰

Examinando a alienação feita pelo réu no curso de ação reivindicatória e, portanto, em fraude à execução, pondera Arruda Alvim que a coisa julgada é oponível ao adquirente de boa-fé, porque este, tendo adquirido *a non domino*, é, na verdade, adquirente de *nada*, e somente lhe remanesce, diante da eficácia da sentença contra o réu-“transmitente”, que, igualmente, nada lhe transferiu, o direito de deduzir a sua boa-fé, para pleitear perdas e danos.³⁰¹

24.1.4. Sucessão post rem iudicatam

Por fim, resta dizer que, se a sucessão, *inter vivos* ou *mortis causa*, ocorrer *post rem iudicatam*, isto é, após o trânsito em julgado, não há dúvida de que o sucessor estará vinculado à coisa julgada. É elucidativa, a propósito, a regra, já mencionada, do art. 2.909 do Código Civil italiano: “A declaração contida na sentença passada em julgado produz todos os efeitos entre as partes, *os seus herdeiros...*”.

n. 2.5.6, p. 112-113). Cf., ainda, Negi Calixto e Victor A. A. Bonfim Marins, *Eficácia da sentença e coisa julgada perante terceiros*, *Revista dos Tribunais*, v. 632, 1988, p. 52, nt. 46.

⁽³⁰⁰⁾ Cf. Humberto Theodoro Júnior, *Curso de direito processual civil*, v. 1, 44ª ed., n. 520-a, p. 600.

⁽³⁰¹⁾ *O terceiro adquirente de bem imóvel do réu, pendente ação reivindicatória não inscrita no registro de imóveis, e a eficácia da sentença em relação a esse terceiro, no direito brasileiro*, Livro homenagem a Jaime Guasp, n. 10, p. 153. Observo que hoje dificilmente a alienação, apontada no exemplo, seria concretizada, tendo-se em vista, como é cediço, a praxe da verificação de certidões atualizadas do distribuidor do foro da situação da coisa. Cf., nesse sentido, Theodoro Júnior, *Curso de direito processual civil*, v. 1, 44ª ed., n. 520-a, p. 600.

Contudo, deve ser observado, na esteira do magistério de Monteleone, que a aquisição derivada de um direito, após a formação da coisa julgada, somente pode ocorrer, sob o aspecto lógico e jurídico, entre a parte vitoriosa e um terceiro. Assim sendo, aquele que sucede o vencedor está adstrito à eficácia da coisa julgada, “*a suo vantaggio*”..., sendo evidente que não terá ele qualquer fundamento para impugnar a sentença; terá, pelo contrário, interesse em valer-se da força do título executivo contra aquele que sucumbiu.³⁰²

24.2. Substituição processual

24.2.1. Conceito

O instituto da substituição processual, de todo singular, é normalmente conceituado como o exercício, autorizado por lei, de atividades processuais em nome próprio, em prol de uma situação subjetiva alheia. Trata-se, assim, de legitimação processual extraordinária, na qual a parte em juízo não corresponde ao titular do direito material que constitui o objeto do processo.

24.2.2. Limites subjetivos da coisa julgada

É generalizado o entendimento no sentido de que o substituído, qualquer que seja o resultado do processo, fica adstrito à coisa julgada. Como explica Allorio, o fenômeno da substituição processual nem mesmo enseja uma expansão da eficácia da coisa julgada, visto que o substituído, sujeito da lide, não é estranho à sentença; é ele o principal destinatário do julgado.³⁰³ Liebman também admite que o substituído não é “verdadeiro terceiro”. Attardi esclarece que é a lei que autoriza a substitui-

⁽³⁰²⁾ *I limiti soggettivi del giudicato civile*, n. 9, p. 109-110.

⁽³⁰³⁾ *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, n. 153, p. 261.

ção e, conseqüentemente, nada há de ilegal na extensão da *res iudicata* ao substituído. Gian Franco Ricci considera o substituído “parte substancial do processo”.³⁰⁴

Analisando a questão, Araújo Cintra, firme em difundido ensinamento, esclarece que o vocábulo *partes*, na moldura do art. 472, não está empregado no sentido de sujeitos do contraditório no processo, mas designa os sujeitos da relação litigiosa. Em outras palavras, o entendimento correto do aludido texto legal decorre da distinção formulada por Carnelutti entre parte em sentido material e parte em sentido formal, o que nada tem de surpreendente, diante da influência exercida pelo renomado processualista italiano na elaboração do anteprojeto de nosso Código de Processo Civil. Tal perspectiva autoriza a aplicação, sem maiores dificuldades, da regra explicitada pelo art. 472, à coisa julgada formada tanto nos casos de legitimação ordinária quanto naqueles de legitimação extraordinária. Assim, com efeito, explica-se porque, nos casos de substituição processual, o substituído sujeita-se à coisa julgada formada em processo de que não participou.³⁰⁵

⁽³⁰⁴⁾ Liebman, *Efficacia ed autorità della sentenza*, rist., n. 30, p. 74 (= *Efficácia e autoridade da sentença*, 2ª ed., n. 30, p. 97); Attardi, *Diritto processuale civile*, v. 1, n. 31, p. 505; Gian Franco Ricci, *Principi di diritto processuale generale*, n. 5, p. 242.

⁽³⁰⁵⁾ *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, n. 267, p. 305; *Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro*, Revista dos Tribunais, v. 438, 1972, p. 32. Etribado em Garbagnati, Araújo Cintra sustenta que o substituto não fica pessoalmente subordinado à coisa julgada, mas está impedido de obter nova decisão sobre a matéria porque a lide do substituído já foi definitivamente decidida. Mais incisivo é Donald Armelin (*Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, n. 129, p. 134): “Não teria, mesmo, sentido, classificar-se a substituição processual como hipótese de legitimidade extraordinária se o substituto fosse excluído da eficácia da *res iudicata*. Isto porque o que caracteriza a legitimidade extraordinária é, exatamente, a eficácia

Como claramente se observa, a própria doutrina envida grande esforço para justificar a posição do substituído, atingido pela coisa julgada.

24.2.3. Análise crítica do problema

Entendo, no entanto, que esse verdadeiro dogma necessita urgentemente ser submetido ao crivo das garantias do devido processo legal. Só então, após essa indispensável verificação, é que será possível dizer, se ainda hoje, merece ou não ser ele prestigiado.

O problema, posto dessa forma, exige que se tenha presente, mais uma vez, o postulado – até elementar, diga-se de passagem – de que não se decide a relação litigiosa, objeto central do processo, sem que os interessados se manifestem, ou melhor, sem a prévia oportunidade de defesa e participação daqueles que serão afetados pelo provimento judicial.

Colhe-se, na literatura processual italiana, pioneira manifestação crítica que se coloca em flagrante contraste à tradicional orientação. Proto Pisani examinou as raras hipóteses de substituição processual autorizadas pela legislação peninsular, cotejou-as com inúmeros precedentes da Corte Constitucional, e chegou à conclusão de que o sistema processual italiano atinente ao ponto ora analisado encontra-se superado.³⁰⁶

sobre o patrimônio ou sobre a esfera moral alheia de ato praticado, em nome próprio, por terceiro. Por outro lado, se não repercutisse a sentença sobre o substituto, ter-se-ia um caso de representação mascarado de substituição processual, pois a circunstância de o substituto figurar como parte no processo, inexoravelmente leva à conclusão de sujeitar-se ele à eficácia da coisa julgada. Se isso não ocorresse, não seria ele parte, só se justificando sua presença no processo para atuar em nome alheio, tão-somente”.

⁽³⁰⁶⁾ *Appunti sui rapporti tra i limiti soggettivi di efficacia della sentenza civile e la garanzia costituzionale del diritto di difesa*, Rivista trimestrale

Em estudo mais recente, anota o citado autor que, hoje em dia, diante das garantias constitucionais, especialmente da ampla defesa, no caso de o processo ser iniciado por um “falso” legitimado extraordinário, como, por exemplo, o usufrutuário, na ação negatória de servidão (art. 1.012, 2ª al., CC), ou qualquer sujeito interessado, na ação de anulação de um contrato (art. 1.421 CC), impõe-se a aplicação das regras do litisconsórcio necessário. Afirmando que esse ponto de vista goza do aval da doutrina e da jurisprudência atuais, conclui Proto Pisani que, de duas, uma: ou o substituído não foi citado, e aí a sentença que lhe for contrária deverá ser considerada *inutiliter data*, ou então o substituído foi citado (providência que soluciona qualquer problema quanto à extensão da coisa julgada) e, já agora como parte, poderá deduzir a defesa que bem entender.³⁰⁷

Mais radical, acerca desse assunto, é Girolamo Monteleone, ao frisar que as disposições legais sobre a legitimação extraor-

di diritto e procedura civile, 1971, ns. 4-7, p. 1.230-1.236, nt. 33. Note-se que esse enfoque crítico não é geralmente observado em obras atuais e específicas: v., e. g., na literatura pátria, Ephraim de Campos Jr., *Substituição processual*, n. 13.2, p. 76 ss.; Manoel Severo Neto, *Substituição processual*, p. 192-193; e, na doutrina estrangeira, Fabrizio Ottaviani, *Le parti nel processo civile ticinese*, n. 1.4, p. 27 ss.; Francisco Hoyos Henrechson, *Algunos aspectos de la cosa juzgada en el ordenamiento jurídico chileno, bajo el prisma del derecho procesal moderno*. Libro homenaje a Jaime Guasp, n. 19, p. 34, que se limitam a abordar o tema nos moldes tradicionais.

⁽³⁰⁷⁾ Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, ns. 1.1 e 2.2, p. 319-320 e 402. Esclareça-se que o “falso” legitimado extraordinário, segundo se pode inferir, é aquele que ostenta legitimação concorrente e que, portanto, tem interesse direto na causa. A tal propósito, Proto Pisani faz importante ressalva no sentido de que as únicas duas situações em que, no direito italiano, não se verifica a imposição de o substituído também participar do contraditório, são aquelas previstas nos arts. 108 (extromissão do afiançado pelo ingresso do fiador no processo) e 111 (sucessão a título particular) do CPC italiano.

dinária devem ser respeitadas. No entanto, diante de novas perspectivas, mesmo que possa parecer paradoxal, é possível conceber que todos os casos de substituição processual são, na verdade, hipóteses de litisconsórcio necessário entre o substituto e o substituído, exatamente porque o direito deduzido no processo pelo substituto processual pertence ao substituído, e ainda porque a coisa julgada vincula ambos.

Subsistindo ainda hoje na legislação processual italiana hipóteses de legitimação extraordinária, “deve-se categoricamente afirmar, em obséquio à correta aplicação do princípio do contraditório, das regras que governam a legitimação para agir e da disciplina relativa aos limites subjetivos da coisa julgada, que o substituído terá de ser sempre *necessariamente* chamado ao processo. Portanto, “todas as situações de substituição processual; ou se preferir, de legitimação extraordinária, são casos de litisconsórcio necessário, visto que, nestes, não se pode, *não se deve*, absolutamente prescindir da participação em juízo do titular do direito sobre o qual se controverte...”³⁰⁸

Secundando de certo modo essa tendência, válida para o direito brasileiro, Moniz de Aragão³⁰⁹ asseverou que submeter o

⁽³⁰⁸⁾ *I limiti soggettivi del giudicato civile*, n.10, p. 118-119. Monteleone igualmente ressalva que, se bem examinadas, as hipóteses de sucessão a título particular e de sucessão do afiançado, contempladas, respectivamente, nos arts. 108 e 111 do CPC, não configuram, na verdade, casos de substituição processual, porque os substituídos podem perfeitamente intervir no processo.

⁽³⁰⁹⁾ *Sentença e coisa julgada*, n. 208, II, p. 302. Marcelo Abelha Rodrigues aponta a inconstitucionalidade da substituição processual (“exclusiva inicial”), uma vez que colide com o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, consagrado no art. 5º, XXXV, da CF (*Limites subjetivos da coisa julgada*, Incijur Informativo jurídico, 3, 1999, p. 6, nt. 6). Araken de Assis, pelo contrário, em recente artigo, refuta expressamente a opinião de Moniz de Aragão, porque, “prescindindo

titular da relação de direito material à coisa julgada, gerada em processo, no qual não lhe foi concedida a oportunidade de participar e defender o *seu* próprio interesse, significa tolher-lhe o acesso ao Judiciário, “o que nem a lei nem ninguém pode fazê-lo”. Diferente, porém, é a situação em que se assegura a possibilidade de intervenção do substituído no processo, a tempo de produzir defesa adequada. Em suma: ou é garantida a participação no processo a todos aqueles que futuramente ficarão sujeitos à *auctoritas rei iudicatae*, ou então esta, de modo algum, poderá atingi-los.

Esta correta premissa, traçada pelo ilustre conterrâneo, inspirou Talamini a debruçar-se sobre a questão. Com a indispensável cautela, procurou ele estabelecer determinados critérios norteados pelas garantias constitucionais do processo, que permitem a sujeição do substituído à coisa julgada: “(i) se o sujeito teve a prévia oportunidade de exercer a ação e não o fez, é razoável que, em certos casos, a lei atribua a legitimidade a outrem para atuar em juízo e vincular o substituído. Afinal, se a lei poderia até prever a perda do direito ou da pretensão, pelo decurso do tempo, não há o que impeça essa outra solução, menos grave; ou (ii) se o sujeito tinha (ou, conforme parâmetros de razoável diligência, *deveria ter*) ciência do processo em que ocorria sua substituição, também é legítimo que a coisa julgada o atinja; (iii) especialmente nessa segunda hipótese, a extensão da coisa julgada [*rectius*: da eficácia da intervenção] ao substituí-

o substituído de intervir no processo, a única solução técnica concebível reside na análise da qualidade jurídica dos figurantes da relação processual que originou a coisa julgada. Deste ponto de vista, o substituído somente revela-se terceiro formalmente; na verdade, é parte no sentido material (*rectius*: sujeito da lide), porque titular do direito litigioso, e, em virtude dessa inconcussa qualidade, atingido pela eficácia própria do provimento” (*Substituição processual*, ADV-Seleções Jurídicas, set./2005, n. 6, p. 8).

do fica ainda condicionada à possibilidade de ele, querendo participar do processo como assistente”.³¹⁰

Parece-me que mesmo nos raros casos de legitimação exclusiva do substituto, nos quais é vedada a participação do substituído no processo como parte principal (v. g.: os debenturistas que são substituídos pelo agente fiduciário – art. 68 da Lei 6.404/76), a intervenção por meio da assistência será sempre possível.

Ressalve-se que em outras situações nas quais se verifica a falta desses requisitos mínimos, deve-se vedar a comunicação da coisa julgada ao substituído. Reconhecendo que, em tais casos, a extensão subjetiva da coisa julgada não é absolutamente imune a qualquer suspeita de inconstitucionalidade, Dinamarco admite que essa temática, no âmbito do direito brasileiro, é ainda despida de suficiente maturação na doutrina e nos tribunais.³¹¹

Para finalizar, cumpre acrescentar que, em minha opinião, acompanhando a tendência que predomina nas legislações modernas, no sentido de restringir a figura da substituição processual (cf., por ex., a nova LEC espanhola), andou bem a nossa recente lei de recuperação de empresas e falência (Lei 11.101/2005), ao eliminar hipótese de legitimação extraordinária, então prevista no art. 55 do Decreto-lei 7.661/45. O art. 132 do novel diploma estabelece agora legitimação ativa concorrente (administrador judicial, qualquer credor ou MP) para o ajuizamento da denominada ação revocatória.

⁽³¹⁰⁾ *Coisa julgada e sua revisão*, n. 2.5.7, p. 115, com a observação de que se inserem, ainda, nesses critérios: a) a substituição processual do sucessor pelo alienante (art. 42); b) a substituição processual admitida no art. 3º da Lei 1.533/51; e c) a substituição processual da sociedade pelo sócio (art. 159, § 3º, da Lei 6.404/76).

⁽³¹¹⁾ *Instituições de direito processual civil*, 3, 2ª ed., n. 965, p. 323.

24.3. *Litisconsorte necessário unitário*

24.3.1. *Generalidades*

O litisconsórcio facultativo, que se caracteriza pela reunião de duas ou mais pessoas no lado ativo e/ou no lado passivo da relação que se materializa no processo, tem a sua razão de ser na exigência de economia processual. A coexistência de sujeitos que aí se verifica é absolutamente voluntária e, em regra, concerne a relações jurídicas litigiosas que demandam tutela declaratória ou condenatória de natureza ressarcitória. Abstração feita de algumas raras exceções, nessa espécie de litisconsórcio, a regra do art. 472 sempre prevalece. Aqueles que não figuraram como parte não são atingidos pela eficácia da sentença e muito menos pela imutabilidade do comando da decisão.

Há situações, pelo contrário, em que é a própria lei, propter opportunitatem, que impõe o litisconsórcio, sobretudo para preservar a harmonia de julgados e por isso resta “vedada” a legitimidade de um só sujeito para, isoladamente, demandar ou ser demandado. E existem ainda hipóteses nas quais, pela natureza da relação jurídica debatida, que geralmente reclama tutela constitutiva, é exigida a participação de mais de um réu ou mais de um autor no processo, ou seja, de todos que são titulares de um mesmo direito subjetivo ou ligados por um único vínculo jurídico (denominado *rapporto di diritto sostanziale unico con pluralità di soggetti*), sendo a obrigatoriedade do litisconsórcio definida, não pelo direito processual, mas pelo direito material controvertido (secundum tenorem rationis).³¹² Nesses casos,

⁽³¹²⁾ Deve-se ressaltar que parte da doutrina italiana, secundando Carnelutti, nega que o litisconsórcio necessário possa decorrer de exigência funcional da decisão, porque não admite a categoria dos denominados *rapporti di diritto sostanziale unici con pluralità di soggetti*. Para esses autores, a justificação do litisconsórcio necessário escuda-se na con-

sobrepondo-se à autonomia da vontade dos litigantes, o litisconsórcio desponta necessário (art. 47.CPC).

A respeito desse tema, é difundida a doutrina de Allorio, no sentido de aproximar o instituto do litisconsórcio necessário (especialmente o unitário), ao fenômeno da ampliação subjetiva da coisa julgada (“sono istituti affini e concorrenti”), visto que a finalidade de ambos é uma só: a obtenção de um julgado uniforme para relações jurídicas estritamente conexas. São, assim, de natureza prática as exigências para cujo atendimento a criatividade do legislador institui o duplo expediente da unitariedade do litisconsórcio, com o seu peculiar regramento, e da expansão da *res iudicata*.³¹³

xão existente entre relações jurídicas substanciais (v., nesse sentido, Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, v. 1, n. 380, p. 945; Betti, *Diritto processuale civile italiano*, n. 37, p. 165; Vittorio Denti, *Appunti sul litisconsorzio necessario*, Rivista di diritto processuale, 1959, p. 32-34). A consequência dessa orientação é que o litisconsórcio necessário não pode ser admitido senão nas hipóteses previstas na lei, porque, como bem pontua Proto Pisani, para os seguidores desta tese, delegar ao julgador a individuação da necessidade do litisconsórcio significaria deixar campo aberto ao mero arbítrio das construções conceituais dos intérpretes, com o risco gravíssimo de conspirar contra a segurança jurídica (*Dell'esercizio dell'azione*, Commentario del Codice di Procedura Civile, dir. Enrico Allorio, l. 1, t. 2, n. 3, p. 1.103-1.104).

³¹³ No original: “... *litisconsorzio necessario e allargamento della cosa giudicata sono istituti affini e concorrenti. Loro scopo comune è questo: ottenere un conforme regolamento di rapporti giuridici strettamente connessi, dei quali un regolamento difforme sarebbe da deprecare*” (Allorio, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, n. 167, p. 282). Cf., entre nós, Dinamarco, *Litisconsórcio*, 7ª ed., n. 58, p. 219. V., ainda, inspirado na lição de Allorio, Barbosa Moreira, *Litisconsórcio unitário*, n. 84, p. 144. Recorde-se que foram fundamentais os subsídios fornecidos por Barbosa Moreira para a correta distinção entre litisconsórcio necessário e litisconsórcio unitário, referida inclusive na doutrina italiana (v. Costantino, *Contributo allo studio del litisconsorzio necessario*, p. 37, nt. 33).

Para “retificar” a amplitude do § 3º do art. 1.252 do Código Civil espanhol, que estende a coisa julgada a muitos sujeitos, Oliva Santos também sugere a utilização do litisconsórcio necessário (impróprio) como instrumento apto a proteger “todos los sujetos jurídicos implicados de cualquier forma en la *res de qua agitur*”.³¹⁴

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

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

Em primeiro lugar, admitindo-se a existência de litisconsorte ativo necessário, a ausência do co-legitimado no pólo ativo gera a extinção do processo sem julgamento de mérito, por falta de pressuposto processual de constituição válida do processo (art. 267, IV, CPC). O defeito nesse caso concerne à falta de capacidade processual ativa.³¹⁵

Sendo hipótese de litisconsórcio passivo necessário, a teor do disposto no par. único do art. 47 do Código de Processo Civil, não sanado o defeito que contamina o processo no prazo determinado, porque não providenciada a citação de todos os litisconsortes, o processo será extinto por carência da ação, pela flagrante ilegitimidade passiva. Como bem destacou Ovídio Baptista da Silva, a incompleta formação do litisconsórcio ne-

³¹⁴ Andrés de la Oliva Santos, *Sobre la cosa juzgada*, n. 37, p. 50.

³¹⁵ Não é unânime a doutrina brasileira quanto à existência de litisconsórcio ativo necessário. Consulte-se, a propósito das várias posições, Dinamarco, *Litisconsórcio*, 7ª ed., n. 58, p. 215-216. V., outrossim, Fredie Didier Jr., *A participação das pessoas casadas no processo*, Revista Magister de direito civil e processual civil, 8, 2005, p. 6-8

cessário e unitário constitui uma questão de *legitimatío ad causam*, sob a consideração de que, sendo única a relação litigiosa, a presença de todos os seus protagonistas é condição prévia para que se possa sobre ela controverter, pela simples razão de que a lide é igualmente uma e única.³¹⁶

No entanto, se apenas no momento da sentença vem detectado o vício, nada impede que o julgamento seja de improcedência, superando-se, assim, a falta de condição de admissibilidade da ação e a nulidade daí originada, até porque o resultado do processo favorece o terceiro cuja presença era obrigatória. A ausência deste no processo me parece irrelevante, visto que alcançado o resultado pretendido pela parte que foi demandada isoladamente.³¹⁷

Considere-se, por outro lado, que se a sentença for de procedência do pedido, impõe-se, em qualquer hipótese, a anulação do processo, determinando-se, com apoio na regra do mencionado par. único do art. 47, a integração do litisconsorte necessário preterido. Esse é também o posicionamento que prevalece na nossa jurisprudência.³¹⁸

⁽³¹⁶⁾ *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 1, p. 214. Cf., ainda, Redenti, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, p. 6: "In tutti questi casi il giudice non può provvedere sulla domanda (azione-pretesa) se non in quanto tutti i soggetti attivi e passivi dell'azione-pretesa partecipino o siano stati chiamati a partecipare al processo" (...) "questa è una conseguenza logica, naturale, necessaria e di tutta evidenza del principio del contraddittorio".

⁽³¹⁷⁾ V., nesse sentido, Bedaque, *Efetividade do processo e técnica processual: tentativa de compatibilização*, n. 38, p. 375.

⁽³¹⁸⁾ STJ, 3ª Turma, *REsp. n. 705.412-GO*, rel. Min. Castro Filho: "É nulo o processo em que não figurou litisconsorte necessário. Quem assina escritura pública é litisconsorte necessário no processo instaurado para desconstituir o ato jurídico nela documentado"; 3ª Turma, *REsp. n. 488.712-RJ*, rel. Min. Ari Pargendler: "É nulo o processo por falta de

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

Se o litisconsórcio necessário decorrer de disposição legal e for simples ou comum quanto ao resultado, haverá nulidade da sentença, que restará sanada com o trânsito em julgado. O litisconsorte preterido não suportará a imutabilidade da decisão.³¹⁹

citação de litisconsortes necessários..."; 5ª Turma, *REsp. n. 437.137-RS*, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca: "Fiança prestada por ambos os cônjuges. Nulidade do processo se apenas um deles for citado por se tratar de litisconsórcio necessário nos termos do art. 10, § 1º, inc. II, do CPC"; 4ª Turma, *REsp. n. 242.260-SC*, rel. Min. Jorge Scartezzini: "É indispensável a presença de litisconsortes passivos, no caso *sub iudice*, porquanto a solução da lide (rescisão contratual envolvendo um compromisso de compra e venda e um contrato de construção por administração) invade a esfera jurídica dos mesmos..."; 4ª Turma, *REsp. n. 28.559-SP*, rel. Min. Torreão Braz: "Verificando o tribunal de segundo grau de jurisdição a falta de citação dos litisconsortes passivos necessários, deve anular o feito e determinar que o juiz singular cumpra o disposto no art. 47, par. único, do CPC; TJRJ, 2ª CCív., *Apel. n. 2005.001.28144*, rel. Des. Carlos Eduardo Passos: "Ação de imissão de posse proposta pelo adquirente contra ocupante, após adjudicação do imóvel pela Caixa Econômica Federal em leilão extrajudicial, sem a presença do devedor na relação processual. Dada a natureza petitória da pretensão, a citação daquele é obrigatória, sendo o litisconsórcio indispensável. Precedentes do STJ. Nulidade da sentença proclamada de ofício..."; TJSP, 1ª CCív., *Apel. n. 84.091-1*, rel. Álvaro Lazzarini: "Ação de anulação de testamento - Necessidade de intervenção de todos os interessados para sua validade - Anulação do processo, de ofício, a partir do sancador..." (*RJTJESP*, v. 113, p. 222-224); (extinto) 1ª TACSP, 2ª Câm., *AgInstr. n. 1.060.244-1*.

⁽³¹⁹⁾ Cf. Dinamarco, *Litisconsórcio*, 7ª ed., n. 65.4, p. 308; Bedaque, *Código de Processo Civil interpretado*, coord. Antonio Carlos Marcató, 2ª ed., n. 5, p. 155. V., ainda, considerando, nesse caso, o litisconsorte necessário preterido como *terceiro indiferente* em relação à eficácia da coisa julgada, Marina Cedeño Hernán, *La tutela de los terceros frente al fraude procesal*, n. 2.3.3, p. 17.

Tratando-se, por outro lado, de litisconsórcio necessário legal, cuja relação jurídica seja incindível (art. 10, § 1º, I, CPC), ou, em especial, de litisconsórcio necessário unitário, o julgamento é, em princípio, ineficaz, ou seja, na clássica acepção de Chiovenda, inutiliter datus para todos, inclusive para aqueles que figuraram no processo. Por exemplo: não é possível conceber que a sentença anulatória do casamento desconstitua o vínculo em relação ao cônjuge que participou do processo e mantenha o matrimônio em relação ao outro que deixou de ser validamente citado...

Observe-se que a ineficácia da sentença proferida *inter pauciores ex pluribus*, ditada pelo art. 47 do Código de Processo Civil, concerne ao seu efeito substancial (*típico e programado*), não havendo dúvida de que os efeitos processuais ou acessórios, pertinentes à sucumbência, se produzem normalmente.³²⁰ A doutrina, de um modo geral, sustenta que a ineficácia, pela preterição do litisconsorte necessário, é absoluta. Sintetizando a moderna e predominante orientação sobre o ponto focado, Giovanni Fabbrini explica que a privação de efeitos aí verificada é consequência direta da violação da garantia do contraditório ("*contraddittorio non integro*").³²¹ Em outras palavras, a afronta ao direito de defesa daquele que não foi citado tem como antídoto a ineficácia da sentença proferida contra o seu interesse.

Parece-me claro que a *mens legis* que norteou a redação do art. 47 do Código de Processo Civil é direcionada a uma dupla finalidade: de um lado, garantir ao autor da demanda que estejam presentes no processo todos aqueles sujeitos aos quais a sentença deve ser oponível e, com isso, assegurar a utilidade desta;

⁽³²⁰⁾ Dinamarco, *Litisconsórcio*, 7ª ed., n. 64.6, p. 287. Cf., também, Talamini, *Coisa julgada e sua revisão*, n. 5.8.2.2, p. 346-347.

⁽³²¹⁾ *Litisconsorzio*, Enciclopedia del diritto, 14, 1974, p. 827.

e, de outro, preservar a homogeneidade da situação de direito material, evitando, dessa forma, qualquer prejuízo àqueles que deveriam ser, mas não foram parte no processo. O *risco de efetivo ou potencial prejuízo* à posição jurídica do litigante ausente constitui o substrato implícito da aludida regra processual.

24.3.2. Limites subjetivos da coisa julgada

Nota-se, no entanto, que, em certas hipóteses, o litisconsorte necessário que não figurou no pólo ativo ou, de modo particular, não foi citado, acaba sendo beneficiado pelo julgamento. Essa provocante questão não passou despercebida ao intelecto de Allorio.

Com efeito, na monografia específica que dedicou sobre o tema, esse processualista esclarece que, a despeito da possível ineficácia em casos extremos (na verdade, como já visto, refere-se ele a "*efficacia provvisoria*"), o litisconsorte prejudicado pela sentença teria, na maioria das vezes, que reagir, insurgindo-se contra o julgado por meio da oposição de terceiros. Todavia, afirma que, em outras circunstâncias, a autoridade da coisa julgada acaba beneficiando o contraditor necessário preterido, e, assim, não terá ele qualquer interesse processual em atacar a sentença, "ch'è stata emanata lui assente, gli dà ragione".³²²

Para colocar à prova a tese exposta, válida tanto para a hipótese de litisconsórcio necessário ativo quanto passivo, Allorio estriba-se no seguinte exemplo – que, em linhas gerais, coaduna-se com o nosso direito positivo: um dos condôminos deman-

⁽³²²⁾ *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, n. 74, p. 131; n. 171, p. 288. V., aderindo em parte à opinião de Allorio, Girolamo Monteleone, *I limiti soggettivi del giudicato civile*, n. 10, p. 122-123. V., ainda, criticando a posição de Allorio, mas sob outro enfoque, Dinamarco, *Litisconsórcio*, 7ª ed., n. 64.3, p. 273-274.

da o reconhecimento da servidão e sagra-se vencedor. Os outros condôminos não possuem qualquer interesse jurídico em ajuizar oposição de terceiro, apesar de não terem participado do processo, simplesmente porque a decisão lhes é em tudo favorável. Nem se cogite da idéia de que teriam eles interesse de agir para demandar a revogação da sentença... Na verdade, os preteridos "sujeitam-se" à indiscutibilidade provocada pela coisa julgada. E isso também se aplica, *mutatis mutandis*, em caso de litisconsórcio passivo necessário, na situação em que o julgamento é de improcedência do pedido.³²³

Veamos: alegando onerosidade excessiva, um contratante demanda revisão da avença preliminar de compra e venda de imóvel exclusivamente em face da construtora e não da incorporadora, a outra contratante, litisconsorte necessária preterida. Produzidas as provas, o juiz se convence de que o fato superveniente alegado, que teria tornado o negócio por demais oneroso, era perfeitamente previsível e, portanto, reconhece a improcedência do pedido. A ineficácia do *decisum*, nesse caso, terá um único beneficiado: o autor da ação, que deixou de incluir no pólo passivo litisconsorte necessário!

Tornando a invocar as coordenadas que lastreiam a sua doutrina, Allorio, em arremate, finaliza: o instituto do litisconsórcio necessário e o fenômeno da ampliação da coisa julgada perseguem, por diferentes caminhos, o mesmo escopo, qual seja, uma uniforme solução judicial para uma pluralidade de relações. Desse modo, quando o litisconsórcio necessário tem a sua finalidade frustrada, mas sem que ocorra prejuízo àqueles que deveriam ter sido citados, passa a ter aplicação subsidiária a "técnica concorrente" da ampliação subjetiva da coisa julgada.³²⁴

(323) *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, n. 171, p. 288-289.

(324) *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, n. 172, nt. 89, p. 290. *

Resta, assim, preservado o fundamento que determina, *secundum tenorem rationis*, a instituição do litisconsórcio necessário unitário.

Envolvido com linha de pesquisa fulcrada na comparação entre os sistemas de *civil law* e de *common law*, Taruffo procura extrair da experiência jurídica norte-americana possíveis soluções para questões ainda não muito bem equacionadas, pela atual dogmática italiana, em matéria de limites subjetivos da coisa julgada. Como já observado, examinando a técnica do denominado *collateral estoppel*, Taruffo chama a atenção, em tom crítico, para uma tendência da doutrina de seu país – a qual, por notória influência, manifesta-se também entre nós, processualistas brasileiros –, que sempre aborda o tema da extensão *ultra partes* da coisa julgada exclusivamente pelo enfoque das conseqüências desfavoráveis que o julgado pode produzir ao terceiro e nunca pelo prisma de eventuais resultados favoráveis que ao terceiro possam derivar da decisão vinculante às partes.³²⁵

Dessa forma – pondera Taruffo –, tome-se como exemplo a extensão da coisa julgada em relação ao litisconsorte necessário estranho do processo. Se seguirmos a doutrina tradicional, a sentença proferida com ofensa ao contraditório deve ser considerada *inutiliter data*. Se, por outro lado, essa mesma situação for examinada sob diferente ótica, é possível afirmar que o litisconsorte preterido não é atingido pela coisa julgada que lhe é desfavorável, mas nada impede que, sendo favorável o resultado do processo ao litisconsorte presente, possa, aquele que não participou, opor o julgado à parte que sucumbiu.³²⁶

Em busca da quebra de alguns paradigmas moldados em exacerbado formalismo, José Roberto dos Santos Bedaque, ao

(325) "Collateral estoppel" e *giudicato sulle questioni*, *Rivista di diritto processuale*, 1972, n. 10, p. 294.

(326) "Collateral estoppel" e *giudicato sulle questioni*, n. 10, p. 297-298.

ocupar-se desse mesmo assunto, desenvolve detido exame das variantes que ele oferece. Coerente com a proposta formulada no início de seu mais recente estudo, voltada, de modo obstinado, mas seguro, à adequação da técnica a serviço da efetividade do processo, Bedaque, como logo se observa, rompe com o dogma da ineficácia absoluta em tema de preterição de litisconsorte necessário. Para tanto, inicia o seu raciocínio partindo da circunstância de que, num suposto caso concreto, o juiz não se deu conta do vício na formação do litisconsórcio passivo e proferiu julgamento de improcedência do pedido. Assevera, com razão, Bedaque, que essa sentença é válida, porque, observado o resultado do processo, o defeito tornou-se irrelevante, e, portanto, também apta a produzir todos os seus efeitos em relação às partes e aos terceiros.³²⁷

Visando a mostrar a coerência do raciocínio desenvolvido, fornece ele, como exemplo, a situação, aliás, bem plausível, na qual um devedor, entendendo nulo negócio jurídico celebrado com dois co-credores, afora demanda de natureza declaratória apenas em face de um deles. O processo prossegue normalmente, a despeito do vício, e sobrevém julgamento de improcedência do pedido. Descoberto o vício quando não mais possível a desconstituição da decisão, irrompe ela plenamente eficaz, até porque a incidência cega da regra do par. único do art. 47 afron-

⁽³²⁷⁾ *Efetividade do processo e técnica processual: tentativa de compatibilização*, n. 38, p. 375-376; com o esclarecimento, igualmente convincente, de que a mesma conclusão aplica-se à hipótese na qual o vício é flagrado em grau recursal. "Julgado improcedente o pedido, o autor apela e o tribunal verifica a ausência de litisconsorte necessário. Só deverá reconhecer a nulidade do processo ou a carência da ação se o resultado de mérito for favorável ao apelante. Caso contrário melhor será negar provimento ao recurso, ignorando as falhas de natureza processual".

taria não só o princípio da economia processual, mas ainda a própria instrumentalidade do processo.³²⁸

É bem de ver que, nessa hipótese, mesmo *antes* do transcurso do biênio para a ação rescisória, a sentença é hígida e eficaz para todos, porque somente o beneficiado, ou seja, o litisconsorte preterido, é que teria interesse de agir em busca da rescisão daquele provimento judicial. Esse terceiro nem mesmo terá necessidade de manifestar expressa aquiescência ao julgado. A sua sujeição, não apenas aos efeitos, mas à própria *auctoritas rei iudicatae* decorre do sistema, porquanto, ainda que em tese possível a sua irresignação, carece ele de interesse processual para discutir o *decisum*.

Ademais, impende esclarecer que, com o trânsito em julgado da decisão de improcedência, o autor não poderá ajuizar, com expectativa de sucesso, nova demanda em face do litisconsorte necessário ausente, uma vez que teria de inserir, no pólo passivo, o outro ou outros que, por terem participado do precedente processo, poderiam opor exceção de coisa julgada. "Como o processo não pode prosseguir sem a presença de todos os litisconsortes necessários, não há alternativa senão sua extinção sem exame do mérito".³²⁹

Nessa perspectiva, além de não haver qualquer atrito com o valor constitucional do direito de defesa, o importante escopo – preconizado e muito caro à ciência processual contemporânea – da máxima eficiência processual (*processo de resultados*) irrompe preservado, porquanto a sentença – é lícito dizer – pode perfeitamente ser considerada *utiliter data*. Nem se argumente que o litisconsórcio necessário é instituído para atender ao in-

⁽³²⁸⁾ *Efetividade do processo e técnica processual: tentativa de compatibilização*, n. 38, p. 378-379.

⁽³²⁹⁾ Bedaque, *Efetividade do processo e técnica processual: tentativa de compatibilização*, n. 38, p. 376-377.

teresse do autor, no sentido de coarctar decisão inútil... Afinal, a sentença lhe foi desfavorável!

24.3.3. Capítulos da sentença e litisconsórcio unitário

Resta ainda examinar, no que toca às implicações do litisconsórcio com os limites subjetivos da coisa julgada, importante aspecto suscitado por Liebman. A situação posta é a seguinte: duas pessoas foram reconhecidas, por escritura pública, como sendo filhas naturais, por um cidadão que veio a falecer. Os descendentes do *de cuius* ajuízam em face de ambas ação judicial, demandando a nulidade do reconhecimento com fundamento na falsidade da paternidade. À mingua de prova contundente, a demanda é rejeitada. Em momento posterior, uma das irmãs descobre que a outra realmente não é filha de seu pai e, então, postula a nulidade do reconhecimento. A ré lhe opõe exceção de coisa julgada.

Enfrentando o problema, Liebman assevera que a improcedência do pedido numa ação aforada por um dos legitimados não obsta às ações dos outros. Com efeito, no primeiro processo do exemplo dado, cada uma das litisconsortes, como é curial, defendeu sua posição pessoal, em senso paralelo e convergente, não tendo havido “nem processo e nem decisão entre elas”, ou seja, não estavam elas em posição contraposta. Dois capítulos emergem da sentença, cada qual respeitante a cada uma das “irmãs” rés, vinculadas exclusivamente à coisa julgada atinente ao seu respectivo capítulo. Desse modo, Liebman conclui que a circunstância de a demandante da sucessiva ação ter figurado como litisconsorte passiva na precedente, cujo pedido foi julgado improcedente, não a adstringe à coisa julgada e, portanto, é inoponível à segunda demanda.³³⁰

⁽³³⁰⁾ Cf. Liebman, *Limites à coisa julgada nas questões de estado*, inserido como apêndice na obra *Eficácia e autoridade da sentença*, p. 204 e 209-212.

Essa solução, contudo, não é a mesma quando se tratar de litisconsórcio unitário. Aqui haverá um único capítulo da sentença atinente ao tratamento dispensado aos litisconsortes e, destarte, a “mesma” coisa julgada os vinculará. A propósito, escreve, com precisão, Talamini, aproveitando-se do exemplo dado por Liebman: “se a primeira ação, movida pelos irmãos do falecido, impugnasse o reconhecimento amparando-se na pretensa falsidade da assinatura da escritura pública, haveria um litisconsórcio unitário entre as duas supostas irmãs – e um único capítulo da sentença decidindo a pretensão unitária formulada em face de ambas. Suponha-se que fosse rejeitada a ação e, depois disso, fosse localizado outro ato de reconhecimento de uma das duas irmãs (p. ex., testamento). Essa irmã, ora prescindindo da escritura pública de reconhecimento, não poderia pretender impugnar o reconhecimento da outra sob aquela mesma alegação de falsidade da assinatura na escritura. Esbarraria na coisa julgada da sentença de improcedência da ação anterior”.³³¹

24.4. Pluralidade de legitimados à impugnação de um único ato

24.4.1. Generalidades

Em comentário sobre um julgado proferido numa ação de nulidade de hipoteca, sob o título *Pluralità di legittimati all'impugnazione di un unico atto*, Liebman retorna a examinar questão que já havia tratado em precedente artigo.³³² Há mais de

⁽³³¹⁾ *Coisa julgada e sua revisão*, n. 2.5.8, p. 117.

⁽³³²⁾ Este, que é de 1934, intitulado, *Azioni concorrenti*, encontra-se traduzido em apêndice na obra *Eficácia e autoridade da sentença e outros estudos sobre a coisa julgada*, p. 217 ss.; aquele foi publicado na *Rivista di diritto processuale civile*, 1937, p. 87 ss., e também inserido no mesmo volume, sob o título *Pluralidade de partes legítimas à impugnação de um único ato*, p. 229 ss. Estes dois artigos foram ainda estampados, no original, na coletânea de Liebman, *Problemi del processo civile*, p. 54 ss., e 64 ss., respectivamente.

uma década, com base na mesma lição, ocupei-me desse intrigante problema sob o prisma dos limites objetivos da coisa julgada, que, aliás, irrompe insolúvel à luz da teoria da tríplice identidade.³³³ Igualmente, no que toca ao aspecto subjetivo, que agora mais interessa, também oferece ele acentuadas dificuldades.

Ressalte-se, a propósito, que há uma série de situações no plano do direito material que repercutem na órbita do processo, nas quais mais de um sujeito é legitimado ordinário para impugnar um ato de interesse de todos. A mais conhecida – pelo menos desde um famoso ensaio de Chiovenda³³⁴ – é a que toma

³³³ A causa *petendi no processo civil*, 2ª ed., p. 228 ss. Enfrentando esse tema, Barbosa Moreira, ao examinar situação análoga, explica que na ação redibitória e na estimatória, fundadas no mesmo vício, não se verifica *identidade*, uma vez que coincidem apenas dois elementos (partes e *causa petendi*), restando diferente o *petitum* (“*Quantum minoris*”, *Direito processual civil*, p. 211-212). Todavia, o ajuizamento da redibitória ou a procedência do pedido nesta formulado, ensejará a perda do interesse de agir para a propositura da *quantum minoris* pelo fato de o demandante, especialmente na segunda hipótese, ter atingido o seu objetivo com a sentença que lhe foi favorável. Acrescente-se que em caso de improcedência do pedido, a despeito da descoincidência dos *tria eadem*, também resultará inviável o ajuizamento da outra demanda, visto que a “questão jurídica” já foi decidida pelos órgãos jurisdicionais. Procurando defender, *in casu*, a incidência da teoria das três identidades, escreve Arruda Alvim que se a mesma for literalmente interpretada, “caberia, então, perguntar-se o porquê da impossibilidade de propositura desta segunda ação, se, rigorosamente, de litispendência não se trataria, pois os pedidos, em si mesmos, são diferentes. Entretanto, com base nesta mesma teoria, pode-se dizer que, quanto o pedido de diminuição de preço e o de rescisão sejam coisas diversas, sob o prisma estritamente jurídico, são equivalentes e idênticas as *causae petendi*. O que importa, pois, é a respectiva equivalência, do ponto de vista do direito, das duas pretensões” (*Manual de direito processual civil*, v. 1, 6ª ed., n. 134, p. 407). Ora, essa “equivalência jurídica”, salvo melhor juízo, nada mais é do que a identidade da relação de direito substancial, que conota o *concurso de ações*.

³³⁴ *Sul litisconsorzio necessario*, Saggi di diritto processuale civile, v. 2, p. 444.

como exemplo acadêmico, com base no art. 163 do velho *Codice di Commercio*, de 1882 (substituído pelo art. 2.377 do atual *Codice Civile*), a ação promovida por um acionista visando a invalidar deliberação assemblear de sociedade anônima. Equivale para-se a tal hipótese, como é óbvio, a pretensão de anulação ou de nulidade de qualquer deliberação colegiada, de assembléia de sociedade de responsabilidade limitada, de associações e entidades sem fim lucrativo (e. g.: fundações, clubes etc.), e de condomínio.

Na classificação proposta por Betti, a hipótese aqui examinada decorre de conexão incidível, também denominada de “conexão por concorrência alternativa”, entre a relação jurídica do terceiro juridicamente interessado e a relação decidida com força de coisa julgada. Trata-se da terceira categoria de subordinação, situada “entre os direitos potestativos pertencentes a pessoas diversas diante de situação jurídica de caráter indivisível, ou seja, não suscetível senão de ser única para todos, seja no sentido de permanecer, seja naquele de mudar”.³³⁵ Com efeito, essa situação jurídica é governada pelo chamado “princípio de coordenação”, pelo qual quaisquer iniciativas tendentes a extingui-la ou a modificá-la devem resultar idênticas para todos, a evitar um conflito prático de julgados.³³⁶

24.4.2. Limites subjetivos da coisa julgada

O problema que se põe é o de saber qual a repercussão do julgamento de procedência ou de improcedência do pedido em relação aos demais interessados ausentes do processo. Vejamos a primeira hipótese.

³³⁵ Betti, *Diritto processuale civile italiano*, § 185, p. 615 e 618; *Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, p. 241 ss.

³³⁶ Cf., nesse sentido, Sergio Menchini, *Regiudicata civile*, Digesto delle discipline privatistiche, 16, p. 456.

Como se trata de um direito potestativo à modificação, a tutela jurisdicional, nesse caso, é igual para todos os titulares do mesmo direito subjetivo. Esclarece, a propósito, Allorio que a sentença que reconhece a existência de um direito potestativo, sendo decisão de natureza constitutiva, produz a modificação jurídica pleiteada. Quando essa modificação jurídica não se refere, de modo particular e exclusivo, à esfera do direito de quem agiu em juízo, mas concerne aos interessados em situação jurídica análoga, ou seja, a todos os titulares de direito (concorrente) à idêntica modificação, pode-se dizer que a eficácia constitutiva do provimento é uma eficácia geral, em relação a todos aqueles que se encontram na mesma posição de discordância.³³⁷

A esse respeito, interessante confronto é feito por Attardi entre os limites subjetivos da coisa julgada referentes a uma sentença de natureza constitutiva e aqueles atinentes a uma sentença condenatória: enquanto na primeira situação, a modificação jurídica não pode deixar de produzir-se senão em relação a todos os sujeitos juridicamente interessados, ainda que não protagonistas do processo; na segunda, pelo contrário, há, em regra, coincidência entre os sujeitos da relação de direito material e aqueles que figuram como partes no processo. Somente em casos excepcionais, previstos na lei, é que a eficácia da sentença condenatória pode alcançar um terceiro.³³⁸

⁽³³⁷⁾ *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, p. 271.

⁽³³⁸⁾ Cf. Attardi, *Diritto processual civile*, 1, p. 507-509. Incluem-se aí as seguintes hipóteses nas quais, mesmo havendo pluralidade de titulares de relações jurídicas incindíveis, a lei não impõe a formação de litisconsórcio: a) ação reivindicatória proposta por um dos condôminos (art. 1.314 CC); b) ação do co-herdeiro para reclamar a universalidade da herança ao terceiro (objeto indivisível por força de lei: art. 1.791 e par. ún. CC); e c) ação de exclusão de herdeiro por indignidade, ajuizada apenas por um dos interessados. V., em senso idêntico, Bedaque, *Código de Processo Civil interpretado*, coord. Antonio Carlos Marcato, 2ª ed., n. 3, p. 154.

E isso, porque, como aduz Chiovenda, tais relações jurídicas, no âmbito dos direitos potestativos concorrentes, não podem existir entre A e B, sem que também subsistam entre A e C. *"Come la deliberazione è atto unico rispetto a tutti i soci, che tutti vi sono soggetti, il diritto d'impugnarla spetta a un socio in quanto esso spetta a tutti gli altri soci"*.³³⁹ Assim, em todas essas ocasiões, em razão da unidade do escopo das ações concorrentes, é manifesta a *"identité et unité de la question litigieuse"*.³⁴⁰

Carpi ressalta que o legitimado que toma a iniciativa não figura como substituto processual dos demais, visto que age para tutelar um interesse próprio, embora não exclusivo.³⁴¹ Na verdade, a ação proposta pelo autor, reconhecida a procedência do pedido, é suscetível de satisfazer a pretensão análoga dos terceiros.

É curial que, diante de tal situação, a deliberação anulada não pode continuar a produzir efeitos apenas para aqueles que não participaram do processo.

Nesse caso, o efeito constitutivo "absorve" a coisa julgada, que passa praticamente despercebida em relação aos outros interessados. Nesse sentido, adverte Allorio: *"Ma non si può dire che la cosa giudicata manchi..."*.³⁴²

⁽³³⁹⁾ *Sul litisconsorzio necessario*, p. 451. V., valendo-se da mesma lição, Estellita, *Da cosa julgada - fundamento jurídico e extensão aos terceiros*, p. 219.

⁽³⁴⁰⁾ Miguet, *Immutabilité et évolution du litige*, p. 118.

⁽³⁴¹⁾ *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, n. 36, p. 155. Cf., entre nós, Cassio Scarpinella Bueno, *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, n. 4.3, p. 103, que escreve: "Dada a ausência de uma regra de legitimação extraordinária - que deve ser expressa na lei -, não há como entender que o(s) sócio(s) que age(m) em juízo o faz(em) em nome dos demais".

⁽³⁴²⁾ *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, n. 158, p. 271. Allorio defende a opinião, nesse caso, de que a coisa julgada atinge a todos, quer o pedido seja julgado procedente, quer improcedente (n. 163, p. 276-277).

Manifestando opinião sobre esse tema, Liebman³⁴³ parte da distinção entre efeitos da sentença e coisa julgada, para afirmar que, no caso de acolhimento da impugnação do ato societário, a deliberação emerge desfeita para todos simplesmente porque o efeito extintivo da sentença não pode ser parcial, dada a natureza e a estrutura incindível do ato atacado, “que só pode permanecer ou cair por completo”. Desse modo, julgado procedente o pedido, o objetivo foi atingido, e qualquer outro legitimado será considerado carecedor da ação por falta de interesse de agir numa futura ação que porventura tivesse o mesmo escopo.

Seria até um inominado absurdo que se provocasse o proferimento de sentenças *n* vezes, para algo que basta uma única manifestação do Judiciário.³⁴⁴

Liebman, posicionando-se, nesse particular, radicalmente contra a tese de Allorio, ressalva que a aparente diversidade de tratamento quanto ao resultado do processo é uma característica peculiar do chamado concurso de ações.³⁴⁵

⁽³⁴³⁾ *Pluralidade de partes legítimas à impugnação de um único ato*, p. 229 ss.; p. 235-236; *Efficacia ed autorità della sentenza*, rist., n. 30, p. 76-77 (= *Eficácia e autoridade da sentença*, 2ª ed., n. 30, p. 99-100).

⁽³⁴⁴⁾ Redenti, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, p. 65.

⁽³⁴⁵⁾ *Efficacia ed autorità della sentenza*, rist., n. 30, p. 77 (= *Eficácia e autoridade da sentença*, 2ª ed., n. 30, p. 100). Liebman, porém, reconhece que a problemática acerca dessa questão é de difícil solução, até porque a doutrina e a jurisprudência não fornecem subsídios consistentes (cf. *Manuale di diritto processuale civile*, 1. 6ª ed., n. 145, p. 287). A doutrina ressalta que, na hipótese de ações concorrentes, em que pese o esforço feito por Liebman, não deixou ele de admitir que a sentença se torna imutável e, portanto, revestida de autoridade, em relação aos terceiros que não participaram do processo. A imutabilidade aí verificada poderia também justificar outros casos, nos quais a posição jurídica do terceiro é absolutamente conexa com a do objeto da coisa julgada. Cf., a respeito, as ponderações críticas de Alberto dos Reis, *Eficácia do caso julgado em relação a terceiros*. Boletim da Fa-

Descarta-se, também, a afirmação de que a coisa julgada se formaria secundum eventum litis, dependendo do sucesso da ação, que, se acolhida, atingiria todos os terceiros diretamente interessados; se rejeitada, a res iudicata limitar-se-ia ao acionista que ajuizou a demanda. Com a procedência do pedido, a finalidade alvitrada pelo autor, que é a mesma dos demais interessados, é alcançada, tornando-se absolutamente inútil o ajuizamento de ulterior ação judicial.

Para evitar eventual confusão, basta ter presente que a sentença de acolhimento do pedido é constitutiva, ao passo que a sentença que o rejeita é declaratória e, portanto, jamais poderia mesmo alcançar os terceiros com o selo da imutabilidade, “precisamente porque a coisa julgada fica sempre limitada às partes”. Já a decisão que julga procedente a demanda, anulando o ato societário impugnado, por ter eficácia constitutiva, após o trânsito em julgado, atingirá a todos; o que, por sua vez, não obstará a que outro sócio, ou, até mesmo um terceiro, estranho aos quadros sociais, alcançado pela eficácia da sentença, se legitime para impugnar a sentença anulatória, em busca da restauração do ato anulado.³⁴⁶ Em outras palavras: o sócio que tem interesse no reconhecimento da higidez do ato societário antes impugnado poderá perfeitamente buscar tutela judicial para o seu direito. Mas se a sociedade, por exemplo, pretender discutir

culdade de Direito da Universidade Coimbra, ns. 7 e 8, p. 226-229. Assinalou, a propósito, Pugliese, que a fissura aberta pelo próprio Liebman compromete a coerência de sua prestigiada teoria, “porque demonstra que a extensão da coisa julgada a terceiros depende de uma valoração atribuída ao intérprete, tanto das relações lógico-jurídicas entre a situação decidida e aquela pertinente ao terceiro, quanto da necessidade e oportunidade de decisões não contraditórias com respeito àquelas relações” (*Giudicato civile (dir. vig.)*, n. 29, p. 880).

⁽³⁴⁶⁾ Cf., em parte, Ovídio Baptista da Silva, *Eficácias da sentença e coisa julgada*, Sentença e coisa julgada, § 8º, p. 117-118.

a matéria em futura demanda ajuizada em face dos sócios estranhos, que não participaram do primeiro processo, os réus poderão valer-se da exceção de coisa julgada.

Diante do impasse derivado dessas situações, entre uma tutela efetiva do direito do autor e uma proteção do direito de defesa dos terceiros ausentes (cuja presença no processo seria extremamente difícil), o próprio sistema equilibra o interesse do autor e o dos terceiros interessados, por meio da extensão *ultra partes* da coisa julgada (terceiros que têm interesse convergente) e da relativa incontestabilidade da sentença (no que toca aos terceiros atingidos pela eficácia da sentença).

Acrescente-se, ainda, que desde o passado havia uma tendência da doutrina italiana em admitir, também na hipótese de rejeição da demanda, a extensão da coisa julgada ou pelo menos de seu efeito preclusivo aos demais co-interessados. Essa orientação era seguida, dentre outros, por Chiovenda, Allorio e, mais recentemente, por Carpi³⁴⁷, mas não encontrava amparo no direito positivo e, assim, vulnerava a garantia do devido processo legal, que veda a expansão da coisa julgada aos terceiros.

Com arrimo em lição de Barbosa Moreira, bem aponta Talamini³⁴⁸ que a literatura estrangeira, de um modo geral, ao tratar desse assunto, não considera a circunstância de que entre os terceiros possa realmente haver alguns que pretendam a subsistência do ato. Estes inclusive poderiam até ter intervindo como assistentes litisconsorciais passivos no precedente processo.

Hoje, no entanto, a referida orientação da doutrina italiana foi acolhida no art. 2.377 do *Codice Civile*, cuja redação foi in-

⁽³⁴⁷⁾ Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, § 80, p. 924; Allorio, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, n. 163, p. 276-277; Carpi, *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, p. 156.

⁽³⁴⁸⁾ *Cosa julgada e sua revisão*, n. 2.5.2, p. 101.

tegramente alterada pelo recente Decreto-legislativo 6, de 17 de janeiro de 2003, promulgado em cumprimento à Lei 366/2001, que reformou a disciplina relativa às sociedades de capitais e sociedades cooperativas, vigorando a partir de 1º de janeiro de 2004. A 2ª alínea do § 3 do novo art. 2.377 dispõe que: "A anulação da deliberação produz efeito em relação a todos os sócios e obriga os administradores...", mas em qualquer caso são ressalvados os direitos adquiridos dos terceiros de boa-fé com base em atos praticados em execução da deliberação anulada.³⁴⁹

A interpretação da nova lei italiana leva à conclusão de que a coisa julgada atinente à sentença de improcedência do pedido continua sendo inoponível na demanda promovida por outro legitimado, quando lastreada no mesmo objeto litigioso. No entanto, a anulação do ato faz coisa julgada para todos.

24.4.3. Posicionamento da doutrina brasileira

No que concerne ao direito brasileiro, Talamini examina o interessante debate travado pelos nossos processualistas. Recordo, no entanto, que Guilherme Estellita já havia se manifestado sobre o problema, admitindo a possibilidade de qualquer terceiro, titular de direito incompatível com o *decisum*, pleitear, em demanda subsequente, a declaração da validade da deliberação.³⁵⁰

Procurando equacionar a situação em apreço, Barbosa Moreira, depois de inventariar inúmeras opiniões, entende que a tese de Liebman, no sentido de que nada impediria os sócios

⁽³⁴⁹⁾ Cf., a respeito, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, *Lineamentos da reforma do direito societário italiano em matéria de invalidade das deliberações assembleares*, Revista de direito mercantil, 134, 2004, p. 12 ss.

⁽³⁵⁰⁾ *Da coisa julgada – fundamento jurídico e extensão aos terceiros*, p. 221.

eventualmente interessados na manutenção do ato ajuizarem posterior demanda, resulta insatisfatória, uma vez que não há outro caminho senão o de reconhecer que a sentença anulatória ou declaratória da nulidade produz coisa julgada para todos os co-legitimados, inclusive “a sentença desfavorável ao primeiro demandante – isto é, a que julga improcedente a impugnação – há de revestir a *auctoritas rei iudicatae* em face da série total de interessados”.

Com efeito, quando as posições jurídicas individuais se inserem de forma homogênea na situação global, em relação a determinado efeito que sobre ela se pretenda operar, essa homogeneidade necessariamente subsiste em relação ao efeito contrário. Daí ser indiferente o resultado do processo: quer seja o pedido julgado procedente, quer improcedente, a regra jurídica concreta formulada na sentença – como enfatiza Barbosa Moreira – terá de aplicar-se de modo uniforme a todos os interessados: “se, por exemplo, A e B, co-legitimados à impugnação do mesmo ato jurídico, ajuízam, reunidos em litisconsórcio, ação anulatória, é rigorosamente indiferente dizer que não se pode invalidar o ato senão para ambos ou dizer que só para ambos pode ser declarado válido. Assim, a impossibilidade de prever *que resposta* dará ao pedido o juiz em nada influirá para descaracterizar o litisconsórcio entre A e B como unitário, nem por conseguinte para subtraí-lo ao regime especial. A eventual resposta negativa, não menos que a afirmativa, há de produzir efeitos idênticos em face de A e B”.³⁵¹

Nas suas notas à edição brasileira da inestimável contribuição de Liebman sobre o instituto da *res iudicata*, Ada Pellegrini

³⁵¹ *Coisa julgada: extensão subjetiva. Litispendência. Ação de nulidade de patente. Direito processual civil*, p. 283; *Litisconsórcio unitário*, n. 86, p. 148-149.

Grinover aduz que, entre nós, até os dias atuais, os reflexos do litisconsórcio unitário facultativo sobre a coisa julgada dão margem a muitas discussões. Nesses casos, “que são de situações jurídicas substanciais plurissubjetivas, o resultado do processo”, segundo Barbosa Moreira, “não pode às vezes deixar de produzir-se a um só tempo e de modo igual para todos os titulares. É que as posições jurídicas individuais são iguais e interligadas, de modo que o comando concreto as atinge a todas com idêntica eficácia”. Ainda consoante a mesma doutrina – continua Ada Grinover –, trata-se aí “de extensão da coisa julgada, porque ‘se os co-interessados alheios ao processo não ficassem jungidos àquela, poderiam provocar a formulação, para si, de regra jurídica concreta de teor porventura diverso, com o que estaria quebrada a homogeneidade e tornada inviável a subsistência da situação jurídica substancial global’”.³⁵²

Manifestando opinião que diverge dessa linha de raciocínio, Ada Grinover prefere examinar o problema sob a ótica da garantia do direito constitucional de defesa. Em obra específica, voltada precipuamente para o processo penal, escreve que, no Brasil, não há texto legal que determine a extensão subjetiva da autoridade da coisa julgada a virtuais litisconsortes unitários, que não participaram do contraditório. Pelo contrário, o art. 472 prevê expressamente a limitação subjetiva da coisa julgada, não havendo como vincular terceiros à autoridade da coisa julgada, “ainda que eventuais litisconsortes unitários, se do juízo não participaram”. Com efeito, pelos princípios constitucionais, corolários do devido processo legal, a imutabilidade da sentença somente prevalece *inter partes*: “eis o fundamento po-

³⁵² Cf. nota 3 ao ensaio de Liebman *Pluralidade de partes legítimas à impugnação de um único ato*, p. 239-240. As referências a Barbosa Moreira são extraídas da obra *Litisconsórcio unitário*, n. 83, p. 143-144.

lítico da limitação da autoridade da coisa julgada, entendido como garantia das partes e possibilidade concedida ao terceiro, juridicamente prejudicado, de opor-se à sentença, para ele eficaz e mutável".³⁵³

Essa percepção do fenômeno estudado, à qual expressamente adere Dinamarco³⁵⁴, parece-me bem mais técnica e consonante com a moderna dogmática do processo civil. Todavia, é evidente que conspira contra a harmonia de julgados. É até intuitivo que o interesse na estabilidade das deliberações sociais não se deve apenas ao fato de tais atos poderem repercutir na esfera de direitos de um círculo considerável de pessoas e, sobretudo, nas sociedades anônimas de capital aberto, a todo tempo mutável, mas, de modo particular, aos danos que poderiam ser experimentados pela própria gestão da empresa, se sujeitos à impugnação em prazo muito amplo.³⁵⁵

Realmente, a exigência de não expor os atos societários de deliberação *interna corporis* a lapsos prolongados que permi-

³⁵³ *Eficácia e autoridade da sentença penal*, n. 7, p. 31-32 e n. 11, p. 61; *Efficacia ed autorità della sentenza penale*, n. 7, p. 1.653-1.654, e n. 11, p. 1.666; nota 3 ao ensaio de Liebman *Pluralidade*, cit., p. 241. Tenha-se presente que, mais recentemente, como já registrado (cf. nt. 175, supra): Ada Grinover reformulou o seu ponto de vista e passou a secundar, confessadamente, a opinião de Barbosa Moreira, no sentido de que a extensão aos 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 (*Cosa julgada erga omnes, secundum eventum litis e secundum probationem*, Revista Forense, v. 380, 2005, n. 4, p. 6). Tenho convicção de que a precedente orientação seguida por Ada Pellegrini, exposta no texto, estava mais sintonizada com as garantias constitucionais do processo.

³⁵⁴ *Litisconsórcio*, 7ª ed., n. 54.2, p. 190.

³⁵⁵ Cf. Erasmo Valladão Azevedo e Novais França, *Invalidez das deliberações de assembléia das s.a.*, n. 16, p. 70.

tam a sua respectiva impugnação visa, em última análise, a propiciar o regular desenvolvimento da atividade empresarial. É que, em prazo mais exíguo, pela inexorável delonga da tramitação do processo, a chance da indesejável ocorrência de sucessivas demandas é bem menor.³⁵⁶ Mesmo assim, esta "proteção adicional aos interessados" não obsta a que um sócio possa ajuizar uma ação pretendendo a declaração da validade de deliberação anulada por sentença judicial. É que para esse legitimado, que não está adstrito à coisa julgada da precedente demanda, o prazo inicia-se a partir do trânsito em julgado da decisão naquela proferida.

O ideal seria, a exemplo do que se verifica no procedimento norte-americano das *class actions* e no art. 94 do Código de Defesa do Consumidor, a instituição de um mecanismo processual, rápido, eficiente e não dispendioso, que se prestasse a dar ciência da ação a todos os co-legitimados, para que pudessem assumir, caso desejassem, a posição processual que melhor lhes conviesse.

³⁵⁶ A pretensão à declaração de nulidade dos atos jurídicos é, via de regra, considerada imprescritível, ou, quando não, prescritível no prazo de 10 anos, que regra as ações pessoais (art. 205 CC). Como destaca Erasmo Valladão França (*Invalidez das deliberações de assembléia das s.a.*, n. 21 p. 126), esse mesmo regime vale para os casos de nulidades das assembleias e suas deliberações. Para as hipóteses de anulação de tais atos, o prazo de decadência é de 2 anos, a contar da publicação da deliberação (art. 286 da Lei 6.404/76). Segundo ainda a mesma doutrina, "o interesse na estabilidade das deliberações em nosso direito, porém, é de certa forma obscurecido pelo longo prazo aberto à impugnação das deliberações, em comparação com aqueles previstos em outras legislações. Para ficar em alguns exemplos: a AktG alemã, de 1965, prevê um prazo de 1 mês (§ 246, I); o Código das Obrigações suíço, de 1911, 2 meses (art. 706, n. 4); o CC italiano, de 1942, 3 meses (art. 2.377²); o Código de Sociedades Comerciais português, de 1986, 30 dias (art. 251)..." (p. 69, nt. 7).

Moniz de Aragão, imaginando tratar-se de litisconsórcio necessário em decorrência do caráter unitário da situação examinada, aponta como solução para o problema a citação editalícia.³⁵⁷

Talamini, por sua vez, *de lege ferenda*, sugere a edição de norma que imponha a citação de todos os diretamente interessados, sendo certo que, em tal hipótese, proporcionada a oportunidade de participação, a autoridade da coisa julgada vinculará até mesmo aqueles que eventualmente optarem por não ingressar no processo.³⁵⁸

³⁵⁷ *Sentença e coisa julgada*, n. 208, p. 303-304. Thereza Alvim (*O direito processual de estar em julgo*, n. 3.4.1, p. 183) sugere igualmente a citação da pluralidade de sócios por edital. Arruda Alvim (*Código de Processo Civil comentado*, v. 2, n. 4.2, p. 390; *A posição dos sócios e associados em relação a ações movidas contra as sociedades e associações de que fazem parte*, Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins (obra coletiva), p. 52), ao cuidar *ex professo* do assunto, admite que a providência correta, para solucionar essa questão, será a submissão de todos os legitimados a agir à autoridade da coisa julgada, a exemplo da disciplina conferida pela lei das sociedades anônimas da Alemanha (§§ 248 e 249 do *Aktiengesetz*, de 1965). V., invocando a mesma doutrina, mas também sem examinar o contexto global da orientação adotada, Cássio Scarpinella Bucno, *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, n. 4.3, p. 101-102, nt. 102. Cumpre esclarecer que, para não vulnerar a garantia do denominado *rechliches Gehör*, somente se viabiliza a referida opção legislativa do direito societário alemão, que prevê a extensão da coisa julgada a todos os interessados, porque o § 247 daquele mesmo diploma legal impõe a notificação da ação a todos os sujeitos que possam sofrer prejuízo. Idêntico procedimento é adotado no direito espanhol, porque, consoante o art. 117 da nova lei de sociedades anônimas c.c. art. 222, 3, 3ª al., da LEC, a coisa julgada vincula todos os interessados, desde que a estes se tenha dado a devida ciência do ajuizamento da ação (v., a propósito, Juan Montero Aroca e outros, *El nuevo proceso civil (ley 1/2000)*, p. 546).

³⁵⁸ *Coisa julgada e sua revisão*, n. 2.5.2., p. 103-104. V., em senso análogo, Paulo Roberto de Oliveira Lima, *Contribuição à teoria da coisa julgada*, n. 4.3, p. 44.

24.5. Pluralidade de legitimados e tutela jurisdicional da personalidade post mortem

24.5.1. Transcendência dos direitos da personalidade na atualidade

Considerado como o estatuto da pessoa, o Código Civil em vigor, promulgado pela Lei 10.406/2002, contém inúmeras regras novas, que visam a atender e a solucionar múltiplos problemas que surgiram com a natural evolução da sociedade, sobretudo em tempos mais recentes, em decorrência do inexorável incremento do comércio jurídico.

Não é preciso enfatizar que a positivação de princípios fundamentais, a introdução de novos institutos e a remodelação de clássicas estruturas jurídicas, nos 2.046 artigos que compõem o novo Código Civil, geraram, de outro lado, várias questões que, com o passar do tempo, têm merecido atenção dos cultores do direito.

Dentre muitos dos aspectos polêmicos, merece destaque, no âmbito dos direitos da personalidade, aquele que se refere a uma aparente incongruência entre as regras dos arts. 11 e 12.

Rezam, com efeito, tais dispositivos, respectivamente, que: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”; e, “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimção para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau”.

Observa-se claramente que enquanto o art. 11 preconiza a intransmissibilidade dos direitos inerentes à personalidade do

ser humano, o par. único do subsequente texto legal, a rigor, admite a transmissão *mortis causa* da defesa dos aludidos direitos. Aduza-se que o par. único do art. 20, contemplando ainda a proteção *post mortem* dos direitos autorais e de imagem, praticamente repete o par. único do supratranscrito art. 12.

Os direitos da personalidade constituem tema relativamente novo na dogmática jurídica. Há aproximadamente duas décadas, e muito em razão do reconhecimento de faculdades não patrimoniais decorrentes dos direitos de autor, vem sendo identificada a existência de uma nova categoria de direitos, que não se enquadra na classificação tripartite da maioria dos códigos: direitos pessoais, reais e obrigacionais. Essa nova classe é composta por prerrogativas inatas do sujeito de direitos, sobre atributos físicos, psíquicos e morais da sua própria pessoa, em si mesma considerada, ou em projeção na coletividade.

A relevância jurídica dos denominados direitos da personalidade é evidente.

24.5.2. *Proteção dos direitos da personalidade post mortem*

Segundo clássica lição de Adriano De Cupis, há certos direitos sem os quais a vocação da personalidade a ser titular de direitos e obrigações esvaziar-se-ia de todo o valor e frustrar-se-ia em todos os sentidos. E, dando ênfase à afirmação, aduz que os direitos da personalidade são aqueles sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam o interesse.³⁵⁹

Impende registrar que os direitos da personalidade foram expressamente reconhecidos e garantidos pela Constituição Fe-

³⁵⁹ *I diritti della personalità*, p. 13. Assevera, a propósito, Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, v. 7, 2ª ed., p. 6: "Com a teoria dos direitos da personalidade, começou, para o mundo, nova manhã do direito. Alcança-se um dos cimos da dimensão jurídica".

deral de 1988 (art. 5º, X e XXIX). O Código Civil, a seu turno, dedicou o cap. II da parte I, arts. 11 a 21, aos direitos da personalidade, alinhando-se, nesse particular, aos mais modernos diplomas civis. Como bem pontuado por Sílvio Romero Beltrão, uma das principais inovações do Código Civil em vigor foi a previsão dos direitos da personalidade, seguindo formulação antes apresentada pelas legislações italiana e portuguesa, com destaque e valorização da pessoa e suas respectivas conquistas.³⁶⁰

Com a morte, sucumbem os direitos da personalidade, ou seja, extinguem-se os inúmeros atributos e posições de vantagem que emanam da personalidade humana.

No entanto, essa importante circunstância não obsta a que a projeção material da personalidade do morto continue a influir no tráfico jurídico e que, por essa razão, perdure no mundo das relações jurídicas. "É particularmente o caso do seu cadáver, das partes destacadas de seu corpo, da sua vontade objeti-

³⁶⁰ Sílvio Romero Beltrão, *Direitos da personalidade*, p. 15. Os direitos da personalidade são compostos por potencialidades que devem propiciar aos seus titulares o exercício pleno dos valores biopsíquicos. Enfatiza, a propósito, Gilberto Haddad Jabur que aquelas são fundamentais "para e durante a fluência da vida" (*Limitações ao direito à própria imagem no novo Código Civil*, na obra coletiva *Novo Código Civil: questões controvertidas*, p. 14). Assim, pela própria natureza, os direitos da personalidade são *inatos, absolutos, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios e necessários*. Vale transcrever, a propósito, a clássica lição de Orozimbo Nonato no sentido de que: "os direitos da personalidade são, assim, direitos que devem necessariamente permanecer na esfera do próprio titular, e o vínculo que a ele os liga atinge o máximo de intensidade. Na sua maior parte, respeitam ao sujeito pelo único e simples fato da sua qualidade de pessoa adquirida com o nascimento, continuando todos a ser-lhe inerentes durante toda a vida, mesmo contra a sua vontade, que não tem eficácia jurídica" (*Personalidade*, Repertório enciclopédico do direito brasileiro, v. 37, p. 71).

vada, da sua identidade e imagem, da sua honra, do seu bom nome e da sua vida privada, das suas obras e das demais objeções criadas pelo defunto e nas quais ele tenha, de um modo muito pessoal imprimido a sua marca".³⁶¹

Verifica-se, com efeito, que o nosso atual Código Civil, inspirando-se na experiência jurídica portuguesa (art. 71, n. 1, CC), assegurou no supratranscrito par. único do art. 12, uma *permanência genérica* dos direitos da personalidade *post mortem*. O legislador pátrio buscou proteger as pessoas falecidas contra qualquer ameaça ou ofensa ilícita à respectiva personalidade física ou moral que existia em vida e que perdura após a morte, "assim se podendo também falar de uma tutela geral da personalidade do defunto".³⁶²

O direito não pode dar guarida àqueles que, de um modo ou de outro, aproveitam-se ou atacam a memória/imagem de pessoa falecida. Daí por que os valores que compuseram a personalidade de uma pessoa, já morta, perduram muito mais do que a própria capacidade jurídica. Desse modo, "a morte da pessoa extingue os direitos da personalidade, mas a memória daquela constitui um prolongamento de sua personalidade, que deve ser tutelada, merecendo proteção do direito".³⁶³

Inúmeros são os precedentes judiciais dos tribunais brasileiros que, mesmo antes da entrada em vigor do atual Código Civil, já garantiam a proteção dos atributos da personalidade da pessoa falecida.³⁶⁴

³⁶¹ Capelo de Sousa. *O direito geral de personalidade*, p. 191-192.

³⁶² Capelo de Sousa. *O direito geral de personalidade*, p. 193.

³⁶³ Beltrão. *Direitos da personalidade*, p. 89.

³⁶⁴ No Brasil, muito antes da promulgação da Carta Magna de 1988, foram sem dúvida os precedentes judiciais que descortinaram os princípios e as características comuns dos diferentes direitos da personali-

Oportuno é, nesse particular, invocar importante julgado da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no *Recurso Especial n. 86.109-SP*, que, em demanda promovida por descendente, reconheceu ilícita a utilização da imagem do casal Lampião e Maria Bonita, em propaganda estampada em revista de circulação nacional, com fins econômicos e sem autorização. Entendeu a referida Corte de Justiça que, nesse caso, a violação da imagem ainda propiciava o enriquecimento injustificado do demandado, que foi condenado à devida reparação.

Em outra oportunidade, a mesma turma julgadora enfrentou questão análoga no *Recurso Especial n. 268.660-RJ*, proveniente de ação judicial promovida pela conhecida escritora Glória Perez contra a editora carioca *O Dia*, que publicara foto de sua falecida filha, ao lado de matéria intitulada *O Beijo da Traição*. No julgamento unânime, relatado pelo Min. Cesar Asfor Rocha, restou decidido que: "Os direitos da personalidade, de que o direito à imagem é um deles, guardam como principal característica a sua intransmissibilidade. Nem por isso, contudo, deixa de merecer proteção a imagem de quem falece, como se fosse coisa de ninguém, porque ela permanece perenemente lembrada nas memórias, como bem imortal que se prolonga para muito além da vida, estando até acima desta, como sentenciou Ariosto. Daí por que não se pode subtrair da mãe o direito de defender a imagem de sua falecida filha, pois são os pais aqueles que, em linha de normalidade, mais se desvanecem com a exaltação feita à memória e à imagem de falecida filha, como são os que mais se abatem e se deprimem por qualquer agressão que possa lhes trazer mácula. Ademais, a imagem de pessoa fa-

dade, no sentido de delimitá-los e possibilitar a sua ulterior sistematização (cf. Cruz e Tucci, *Precedente judicial como fonte do direito*, n. 2.6, p. 292).

mosa projeta efeitos econômicos para além de sua morte, pelo que os seus sucessores passam a ter, por direito próprio, legitimidade para postularem indenização em juízo...”.

Considerando a projeção da personalidade após a morte, as legislações modernas, inclusive, como visto, a brasileira, autorizam pessoas próximas da falecida a defenderem os “bens jurídicos” desta contra quaisquer ofensas.

Os atributos da personalidade são insuscetíveis de transmissão por seu respectivo titular a outro sujeito de direito. Não podem ser cedidos, alienados, onerados ou sub-rogados a favor de outrem. Em outras palavras, não é possível alienar a personalidade humana, não se pode comercializar a vida, a liberdade de pensamento ou a honra, não se pode dar em garantia o corpo ou a liberdade física, não se pode doar o direito moral de autor, não se faz possível trocar de nome...³⁶⁵

24.5.3. Legitimados a proteger os direitos da personalidade post mortem

Ressalte-se, outrossim, que, como já salientado, o par. único do art. 12 do Código Civil outorga legitimação a certas pessoas para que defendam – fazendo cessar a ameaça ou buscando a devida indenização – a memória do morto.

Daí, a inexorável indagação: há, nesse caso, transmissibilidade *mortis causa*?

A resposta permitiu a construção de inúmeras teses, desde a concepção de direitos sem sujeito, daquela do dever jurídico de tutela, dos que admitem uma personalidade jurídica parcial

⁽³⁶⁵⁾ V., nesse sentido, Capelo de Sousa, *O direito geral de personalidade*, p. 403. É claro que não se deve confundir a afirmação do texto com a possibilidade de alteração do prenome nos casos autorizados pela lei.

post mortem, até a teoria que sustenta serem os familiares fiduciários dos direitos da personalidade do falecido.³⁶⁶

Procurando explicar essa aparente contradição jurídica, que igualmente irrompe da legislação portuguesa, Capelo de Sousa pondera que, pela morte do titular dos direitos da personalidade, opera-se uma profunda alteração no ciclo da personalidade, “particularmente no âmbito do direito geral de personalidade e dos direitos especiais de personalidade indissociavelmente ligados à vida do seu titular, que nessa medida se extinguem”. No entanto – continua o monografista português –, no que se refere aos remanescentes direitos da personalidade da pessoa falecida, ocorre “uma sucessão ou uma aquisição derivada translativa *mortis causa* de direitos pessoais, mas com um regime muito especial, funcionalizado em razão de presumíveis interesses pessoais do *de cuius* como se vivo fosse e fundamentalmente alicerçado em termos de assegurar a legitimidade processual para requerer as providências previstas em lei a *todos* aqueles a que se reconheceu um interesse moral para agir em nome do falecido em razão dos presuntivos laços que os ligavam ao defunto”.³⁶⁷

Parece-me, pois, correto afirmar que jamais se confundem os direitos da personalidade que cessam com o falecimento com os interesses das pessoas legitimadas pela lei, em virtude de terem um relacionamento próximo com o morto e, portanto, com os atributos que exornavam a sua personalidade.

O já transcrito par. único do art. 12 do Código Civil atribui legitimidade ativa ao cônjuge sobrevivente³⁶⁸ ou a qualquer pa-

⁽³⁶⁶⁾ Consulte-se, a propósito, a rica síntese feita por Capelo de Sousa, *O direito geral de personalidade*, p. 364-365.

⁽³⁶⁷⁾ *O direito geral de personalidade*, p. 404.

⁽³⁶⁸⁾ Equipara-se a ele, por força do disposto nos arts. 226 da CF e 1.723 do CC, o companheiro.

rente em linha reta ou colateral até o quarto grau (v. g.: até os primos), para o ajuizamento de demandas que visem a afastar ou cessar a lesão, ou mesmo, a obter indenização pelos danos causados aos bens jurídicos que integravam a personalidade do cônjuge, ascendente, descendente ou parente falecido.

Nesse caso, observa-se claramente que o direito material, embora não podendo ser do falecido, decorre dos valores da personalidade deste, enquanto aquelas pessoas catalogadas no par. único do art. 12 detêm apenas legitimidade *ex lege* para, em nome próprio, ajuizarem ações visando à proteção *post mortem* da personalidade. Lembra Sílvio Beltrão que, nestes casos, não se exige a prova de dano sofrido pelos legitimados, mas, sim, a comprovação de lesão à memória (*lato sensu* considerada) do falecido. Trata-se de dano *in re ipsa*.

Na verdade, a despeito dos termos do texto legal supra-aludido, os legitimados jamais poderão demandar indenização decorrente de dano moral direto, sofrido exclusivamente pelo *de cuius*. Poderão agir para fazer obstar ou fazer cessar a produção de ato lesivo à memória daquele.³⁶⁹ Possível igualmente delineia-se o pleito de ressarcimento pelo uso desautorizado, com fins econômicos, de atributos da personalidade da pessoa morta, evitando-se destarte enriquecimento sem causa do ofensor. Contudo – repita-se –, não será admitida ação judicial condenatória com fundamento no dano moral experimentado pelo falecido; enquanto vivo, ou mesmo à sua memória, depois de morto.

Nesse sentido, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, examinando pela primeira vez esta importante matéria, em acórdão não unânime proferido no *Recurso Especial n. 302.029-RJ*

³⁶⁹ Na verdade, direitos da personalidade do morto que gozam, no plano jurídico, de uma sobrevivência e que são enfeixados no que se convencionou denominar de “memória do falecido”.

e relatado pela Min. Nancy Andrighi, deixou assentado que: “... A presente ação não foi proposta *iure proprio*, tendo em vista que a indenização que se pretende não se refere aos danos morais indiretos sofridos pelas autoras, ora recorrentes, em razão da morte de seu genitor, mas diz respeito aos danos sofridos por este último em decorrência de prática de calúnia pelo ora recorrido, tendo sido a presente ação proposta *iure hereditatis*. Não se justifica que aquele que não sofreu qualquer dano, seja direto ou indireto, venha pleitear indenização, pois não se atingiu qualquer bem jurídico, patrimonial ou moral, a ele pertencente. Reconhece-se, assim, que carecem as recorrentes de legitimidade ativa *ad causam* para pleitear a indenização dos danos morais sofridos por seu genitor... ao se permitir que aqueles que não sofreram qualquer dano moral, seja direto ou indireto, venham a pleitear indenização pelo simples caráter patrimonial desta, estar-se-á, em verdade, admitindo que se mercadeje com os danos morais, o que se revela inadmissível e reprovável...”³⁷⁰

Não obstante, em outras hipóteses, nas quais a ofensa atinge diretamente os familiares, *e. g.*, a difamação da honra e do patronímico da pessoa morta, aqueles mesmos legitimados também poderão agir em nome próprio defendendo direito (material) de que são titulares; agem *iure proprio*, pelo dano moral que sofreram.

³⁷⁰ Antonio Iová Santos (*Dano moral indenizável*, 4ª ed., n. 96.1, p. 404) discorre sobre esse assunto, sem, contudo, traçar a relevante distinção quanto ao momento da ofensa, se antes da vítima falecer ou se, já falecida, for violada a sua memória. Na primeira hipótese, a questão concerne à transmissibilidade *mortis causa* do direito de demandar; já, na segunda, a lei investe as pessoas catalogadas nos arts. 12, par. ún., e 20, par. ún., do CC, de *legitimatio ad causam*. Confira-se, acerca desse importante posicionamento, a cambiante jurisprudência italiana de época atual, na obra de Patrizia Petrelli, *Il danno non patrimoniale*, p. 468-471.

Expressivo julgado, também não unânime, da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no *Recurso Especial n. 736.015-RJ*, embora entendendo que os demandantes estavam legitimados a ajuizar ação de compensação por danos morais sofridos em decorrência de matéria satírica que teria maculado a honra de ascendente, decidiu que, no caso concreto: “Dentro do que se entende por exercício da atividade humorística, a matéria não teve por objetivo a crítica pessoal ao antepassado das recorrentes, mas a sátira de certos costumes modernos que ganharam relevância e que são veiculados, hodiernamente, por mais de uma publicação nacional de grande circulação. A conduta praticada não carrega a necessária potencialidade lesiva, seja porque carecedora da menor seriedade a suposta ofensa praticada, seja porque nada houve para além de uma crítica genérica de tendências culturais, esta usando a suposta injúria como mera alegoria...”.

24.5.4. Limites subjetivos da coisa julgada

Duas, portanto, são as situações possíveis. Na primeira, em que a ação é promovida pelos legitimados na “defesa do morto”, somente o prejuízo patrimonial pode ser pleiteado; na segunda, agindo em nome próprio, o pedido deve restringir-se ao ressarcimento do dano moral. Apesar da relevante distinção ontológica não produzir qualquer implicação quanto à legitimação, que, em ambas as hipóteses, será sempre ordinária, acarreta, pelo contrário, diferentes conseqüências no que concerne à delimitação da coisa julgada.

Forçoso é reconhecer que, se o legitimado estiver agindo em nome próprio e defendendo direito próprio, tanto na hipótese de procedência quanto na de improcedência do pedido, com o trânsito em julgado da decisão, a imutabilidade do julgado é adstrita apenas aos demandantes (art. 472 CPC). Sagrando-se

vitorioso no âmbito de ação condenatória, todo proveito econômico que o autor obtiver reverte em prol de seu exclusivo patrimônio. Outros legitimados que porventura tenham sido vítimas da mesma violação, acarretando-lhes dano moral direto (ainda que por repercussão), também poderão provocar o ajuizamento de sucessivas demandas.

Entretanto, quando os legitimados estiverem agindo, em nome próprio, mas apenas na defesa da memória do *de cuius*, todos eles podem ajuizar, reunidos em litisconsórcio facultativo, uma *única demanda*; e se apenas um ou alguns deles o fizer, dada a natureza unitária do litisconsórcio em decorrência da “excepcional incindibilidade” da relação jurídica, três aspectos fazem por merecer destaque.

Tenha-se presente, a esse propósito, que o ilícito à personalidade *post mortem*, tisanando precipuamente a memória da pessoa falecida (e. g.: imagem indevidamente utilizada em propaganda), produz-se normalmente de forma instantânea (*é um só*) e autoriza uma única condenação.³⁷¹

Examinando a opção legislativa contemplada no art. 47 do Código de Processo Civil, que regra o litisconsórcio necessário, Dinamarco explica que nada obstará a que se preferisse “outorgar a cada um dos titulares da mesma situação incindível a plena legitimidade individual para conduzir em juízo a defesa dos interesses comuns. Poderia o legislador, em outras palavras, permitir que apenas um ou alguns dos titulares da relação controvertida viessem a juízo como autores ou como réus, dispensando a totalidade e reconhecendo, a final, a plena eficácia da sentença dada, quanto a todos eles. A tal solução chega a lei, me-

³⁷¹ Cf., na mesma linha da exposição, Sílvio Romero Beltrão, *Direitos da personalidade*, p. 91-92; Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de direito civil*, p. 218-219.

diante técnica um pouco diferenciada, quanto a casos especificamente previstos. Trata-se da técnica da extensão subjetiva da coisa julgada, de pouco emprego pelo legislador brasileiro. Nessa solução, cede o legislador à consideração do objeto do processo, em prisma prioritário ao da consideração dos sujeitos que dele participam. Ou seja, ele leva em conta o dado objetivo de determinada pretensão posta em juízo e, conduzida esta por todos os interessados ou por alguns apenas, isso não importa: em qualquer das hipóteses a sentença será vinculativa de todos os co-legitimados, quer tenham todos estado presentes ou não".³⁷²

Embora com redação obscura e imprecisa, parece-me que essa teria sido a escolha feita pelo Código Civil no aludido par. único do art. 12, a despeito de ser caso de litisconsórcio facultativo...

Assim, reconhecida a procedência do pedido, a coisa julgada vinculará os terceiros, mesmo que não tenham participado do processo. A decisão favorável obtida pelo autor da ação será aproveitada pelos demais legitimados ausentes do processo. Seria absolutamente inútil tutela jurisdicional que lhes conferisse o que já obtiveram em processo movido por um dos legitimados. Nessa hipótese, não poderão ingressar novamente em juízo, com fundamento no *mesmo direito*, para pleitear a *mesma indenização*, ou até condenação maior, pela simples razão de que a tutela pretendida já está prestada, de modo que não há interesse de agir.

Em segundo lugar, observe-se que o benefício econômico porventura alcançado deverá ser partilhado entre todos os legitimados, inclusive aqueles que não figuraram como parte.³⁷³

⁽³⁷²⁾ *Litisconsórcio*, 7ª ed., n. 64.3, p. 270-271.

⁽³⁷³⁾ Como o par. único do art. 12 do CC estende, com inegável prodigalidade, a legitimidade ativa a pessoas que não são herdeiras do *de cuius*, surge aqui questão de difícil solução. Teria sido melhor se, considera-

Oponível será, por estes, a *exceptio rei iudicatae* numa imaginada ação, posteriormente aforada pelo ofensor, com fundamento no enriquecimento injustificado.

Por fim, a sentença de improcedência do pedido, pelo contrário, será ineficaz em relação aos demais co-legitimados (art. 472 CPC), sobretudo porque não lhes foi concedida oportunidade de participar do processo. A garantia do contraditório, como já frisado, triunfa aqui sobre outras perspectivas possíveis em senso antagônico. Desse modo, qualquer um deles poderá propor nova demanda contra o ofensor, com identidade de *causa petendi* e de *petitum*.

24.6. Relação jurídica entre credores e devedores solidários

24.6.1. Generalidades

Verifica-se, também, que nas demandas que têm por objeto obrigações solidárias, a coisa julgada, na hipótese de ser reconhecida a procedência do pedido, beneficia os credores que não foram parte no processo.³⁷⁴

O tema, que parece simples, merece, no entanto, um exame mais aprofundado.

do um critério objetivo, o legislador tivesse traçado um grau de preferência entre os apontados legitimados: os mais próximos prefeririam os colaterais, mais distantes, como ocorre na vocação hereditária.

⁽³⁷⁴⁾ Essa regra não prevalece no direito alemão (§ 425, 2. BGB) e no direito espanhol (arts. 1.140 e 1.148 CC), ou seja, não há extensão *ultra partes* da respectiva coisa julgada àqueles credores ou devedores que não participaram do processo. Lent e Jauernig sustentam que a mesma regra do BGB deve também ser aplicada na relação fiador-devedor principal, embora, segundo ressaltam, não é a posição que prevalece: a maioria da doutrina entende que a coisa julgada beneficia o fiador na ação, entre credor e devedor, na qual foi declarado inexistente o crédito (*Zivilprozessrecht*, 18ª ed., § 63, p. 313; *Direito processual civil*, § 63, p. 330).

Na Itália, sob a égide do Código Civil de 1865, quando a ação condenatória era ajuizada apenas por um dos credores solidários, à mingua de regulamentação legal, a questão era resolvida com a aplicação equivocada da noção de mandato *in utilibus*.³⁷⁵ Mas já no início do século XX havia quem, criticando a “teoria do mandato”, defendesse a idéia de que o vínculo de solidariedade entre os co-legitimados é de tal sorte estreito que a totalidade do crédito poderia ser exigida por apenas um dos credores, e, caso vencesse a ação que propôs, o atributo da irretroatividade deveria ser eficaz para todos os demais credores ausentes.³⁷⁶

O *Codice Civile* de 1942 disciplinou a matéria, nas hipóteses de solidariedade ativa e passiva, ao introduzir o art. 1.306, cuja 1ª alínea estabelece a delimitação da eficácia da sentença: “A sentença proferida entre o credor e um dos devedores solidários, ou entre o devedor e um dos credores solidários, não tem efeito contra os outros devedores ou contra os outros credores”. Já a 2ª alínea autoriza a extensão da *auctoritas rei iudicatae*, com a seguinte redação: “Os outros devedores podem opô-la ao credor, salvo se estiver fundada em razões pessoais do co-devedor; os outros credores podem fazê-la valer contra os devedores, ressalvadas as exceções pessoais que estes podem opor a cada um daqueles”.

A solução legislativa, segundo Carpi, apesar de ter regrado um problema tormentoso, não é técnica, porque o regime que governa o litisconsórcio facultativo é o da recíproca independência dos litisconsortes.³⁷⁷

⁽³⁷⁵⁾ Cf. Carpi, *L'efficacia “ultra partes” della sentenza civile*, n. 23, p. 91.

⁽³⁷⁶⁾ Carlo Ghirardini, *La cosa giudicata nelle obbligazioni solidali*, *Archivio giuridico* Filippo Serafini, v. 76, 1906, p. 450 e 455.

⁽³⁷⁷⁾ *L'efficacia “ultra partes” della sentenza civile*, n. 23, p. 92.

Criticando igualmente a opção feita pelo legislador italiano, Busnelli realizou pesquisa específica sobre esse assunto. Em tom veemente, aponta o equívoco do texto legal, que culminou institucionalizando a possibilidade de sentenças conflitantes, para repudiar a técnica da denominada coisa julgada *secundum eventum litis*, de todo anticientífica.³⁷⁸

Depois de classificar a obrigação solidária como *obrigação subjetivamente complexa*, Busnelli procura demonstrar que os co-credores são titulares de um único crédito e os co-devedores estão vinculados a um único débito. Assim, assevera que a declaração lançada na sentença trânsita em julgado não é geralmente circunscrita à relação intercorrente entre o credor e o devedor que participam do processo, mas concerne ao relacionamento jurídico global (“*interesse unisoggettivo*”), visto como projeção da *eadem causa obligandi*.³⁷⁹

24.6.2. *Limites subjetivos da coisa julgada*

A legislação brasileira nada dispunha sobre tal matéria. A doutrina civilista construída na vigência do Código de 1916 não era unânime. A teor das inúmeras opiniões doutrinárias catalogadas na acurada investigação feita por Barbosa Moreira, Carvalho de Mendonça, com admirável precisão conceitual, já defendia a expansão da coisa julgada aos credores estranhos ao processo unicamente na hipótese de julgamento favorável e ainda traçava diferenças em função do fundamento da sentença. Respondendo à pergunta: “A decisão proferida em ação entre um dos credores solidários e o devedor comum pode ser oposta aos

⁽³⁷⁸⁾ *La cosa giudicata nelle obbligazioni solidali*, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1974, p. 401 e 408.

⁽³⁷⁹⁾ *La cosa giudicata nelle obbligazioni solidali*, p. 419. Cf., também, Busnelli, *Obbligazioni soggettivamente complesse*, *Enciclopedia del diritto*, 29, 1979, p. 333.

outros credores ou invocada por eles ou pelo devedor?”, respondeu Carvalho de Mendonça ter “vigor contra todos os credores, embora estranhos à lide”, a sentença “proferida sobre a obrigação”, mas o mesmo não ocorria no caso de “decisão... proferida sobre fato pessoal ou exceção peculiar a um dos credores”.

Registra Barbosa Moreira que tal posição deve ser considerada como precursora do regime contemplado pelo Código Reale.³⁸⁰ Parece-me, no entanto, que essa informação não é totalmente exata. Meio século antes de o civilista Carvalho de Mendonça ter examinado o assunto, um culto processualista brasileiro já admitia a comunicação da autoridade da *res iudicata* aos devedores e aos credores não presentes no processo. Ao enfrentar os pressupostos para a delimitação subjetiva da coisa julgada, Paula Baptista analisou o capítulo atinente às obrigações solidárias. Mostrando domínio absoluto da matéria, escreveu: “ou o co-devedor justificado se defende com exceções *pessoais*, como se alega, que *era menor ao tempo em que contraíra a obrigação, ou que não está obrigado, senão debaixo de certas modalidades etc.*, ou se defende com exceções *reais e comuns*, como *prescrição, novação etc.* No primeiro caso, quer a sentença lhe seja favorável, quer desfavorável, os seus efeitos são relativos: e

⁽³⁸⁰⁾ Cf. Barbosa Moreira, *Solidariedade ativa: efeitos da sentença e coisa julgada na ação de cobrança proposta por um único credor*, Revista do Advogado da AASP, n. 84, 2005, n. 3, p. 68, que transcreve o trecho citado da obra *Doutrina e prática das obrigações* (t. 1, 4ª ed., Rio de Janeiro, 1956, p. 321-322) de M. I. Carvalho de Mendonça. Examinando essa questão sob o regime do CC de 1916, Dinamarco afirmava, sem qualquer distinção entre sentença de procedência e de improcedência, que a autoridade da coisa julgada estendia-se a todos os credores ou devedores que não participaram do processo (*Instituições de direito processual civil*, 3, 2ª ed., n. 965, p. 322). V., para uma síntese da doutrina brasileira sobre esse tema, embora sem manifestar a sua própria opinião, Celso Neves, *Coisa julgada civil*, n. 10, p. 322-324.

por conseguinte se não estendem aos demais co-devedores, que não figuraram na instância da causa: no segundo, ou a sentença é a favor, ou contra: se é a favor, aproveita a todos os co-devedores; porque, se o credor, em vez de ter demandado a um só, houvesse demandado a todos conjuntamente, teria sucumbido em presença de todos, do mesmo modo que sucumbiria na presença de um só: pelo que com o ter dividido a sua ação não deve comparar a vantagem de tentar fortuna por muitas vezes (*aleam judiciorum*) sobre a mesma contestação em prejuízo da defesa comum; além de que, se assim não fora, para os co-devedores que sucumbissem posteriormente, quando por sua vez fossem justificados, seria necessário, ou conceder-lhes recurso contra o co-devedor precedentemente absolvido, e neste caso violar-se-ia a coisa julgada, ou fazê-los responsáveis somente por suas partes, depois de feita a divisão da dívida, e neste caso quebrar-se-ia o laço de solidariedade contra a disposição da lei: se, porém, a sentença é contra o co-devedor justificado, não prejudica aos outros co-devedores, e, antes fica salvo a cada um individualmente o direito de fazer uma defesa completa, valendo-se não só das exceções *pessoais* e relativas ao fato da solidariedade, como também das *comuns*. Esta doutrina, que professo e tem sido objeto de vivas controvérsias, deduz-se evidentemente do Código Civil francês (arts. 1.281, 1.284 e 1.365), que considera os co-devedores solidários como *mandatários*, uns dos outros, para o fim único de melhorarem a condição comum... E o que devemos dizer a respeito dos co-credores solidários, uns a respeito de outros? Eu entendo que os efeitos do julgamento proferido na causa proposta por um deles são absolutos e se estendem a todos, e isto é uma consequência necessária da natureza da solidariedade ativa (*correalis activa*)”.³⁸¹

⁽³⁸¹⁾ Cf. Paula Baptista, *Compendio de theoria e pratica do processo civil*, 7ª ed., § 188, p. 181-182 (os destaques constam do original).

Para dirimir a celeuma teórica e, sobretudo, a insegurança verificada na jurisprudência³⁸², o nosso atual Código Civil, ao que tudo indica, inspirou-se na legislação peninsular, embora com redação muito imprecisa. Reza o art. 274: "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".³⁸³

Repetindo a regra do art. 898 do estatuto revogado, o Código de 2002 preceitua, no art. 267, que: "cada um dos credores solidários tem direito a exigir do devedor o cumprimento da prestação por inteiro".

No tocante à 1ª parte do art. 274, caso a ação tenha sido ajuizada apenas por um ou alguns dos credores (litisconsórcio fa-

⁽³⁸²⁾ V., e. g., TJRS, 5ª CCív., *Apel. n. 70004757399*.

⁽³⁸³⁾ Nota-se que, dentre muitas outras, o Código Civil contém aí típica norma de processo. V., a respeito, Fredie Didier Jr., *Regras processuais no novo Código Civil*; p. 10 e ss.; Barbosa Moreira, *O novo Código Civil e o direito processual*, Revista Síntese de direito civil e processual civil, 19, 2002, p. 111 ss.

Historicamente, constata-se uma intersecção entre os vários ramos do direito: eficácia civil da coisa julgada penal, v. g., é tema que se espalha em múltiplos ordenamentos (CC/CP/CPC). Essa circunstância decorre de aspectos inexoráveis do sistema. Os múltiplos modelos sistemáticos, desde o direito romano clássico e, mais tarde, aquele idealizado pela jurisprudência elegante (Pothier) e, depois, pela pandectística, não eram "puros", vale dizer, eram permeados pela interdisciplinariedade jurídica. Os códigos modernos igualmente têm essas intromissões. Cite-se, como exemplo, o CC italiano que contém todo um capítulo sobre os meios de prova, outro que rege a tutela jurisdicional dos direitos e, ainda, um título que dispõe sobre o regime da coisa julgada... (Diga-se de passagem, que, nesse particular, Liebman teve crítica ao sistema italiano, entendendo que a disciplina da coisa julgada deveria estar regrada no código de processo civil - *Norme processuali nel codice civile*, Rivista di diritto processuale, 1948, p. 154 ss.). O nosso CPC, por exemplo, nos arts. 1.159 e ss., dispõe sobre os bens de ausentes, e o novo CC disciplina o mesmo assunto nos arts. 22 e ss...

cultativo, *ex vi* do art. 46, I, CPC), tem-se que ela se afina com a regra geral estabelecida no art. 472 do Código de Processo Civil, porque, se o resultado for desfavorável ao demandante, é ele ineficaz em relação aos demais credores que não participaram do processo. Estes poderão, em sucessiva demanda, buscar a condenação do devedor comum. Apesar da omissão do dispositivo sob análise, o mesmo ocorrerá em caso de solidariedade passiva, vale dizer, a sentença proferida na ação aforada pelo devedor, visando à declaração de inexistência do débito, cujo pedido foi julgado improcedente, não influi na esfera de direito dos outros devedores, estranhos do processo.³⁸⁴

Anote-se, ainda, que a parte final do art. 274, na hipótese de julgamento favorável ao credor demandante, prevê a extensão da coisa julgada aos credores estranhos ao processo.

Talamini posiciona-se em sentido contrário, imaginando que os terceiros, contemplados na regra examinada, são atingidos pela eficácia da sentença e não pela *auctoritas rei iudicatae*.³⁸⁵ Bem examinada a questão, é a imutabilidade do conteúdo da sentença que acaba vinculando os credores estranhos, porque poderão opor, em futura demanda porventura ajuizada pelo de-

⁽³⁸⁴⁾ Cf., em senso assemelhado, já sob a vigência do novo CC, TJRS, 6ª CCív., *Apel. n. 70007479116*, rel. Des. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: "... A sentença proferida contra o devedor solidário não produz coisa julgada material em relação ao coobrigado. A eficácia reflexa daí decorrente, embora inverta o ônus da prova, não retira ao terceiro o direito de discutir amplamente a injustiça da decisão anterior. Necessidade, pois, de ser a sentença motivada a respeito das questões trazidas ao processo a esse respeito, não bastando a mera justificativa da extensão do efeito reflexo. Nulidade da sentença que se decreta..."

⁽³⁸⁵⁾ *Coisa julgada e sua revisão*, p. 106. Seria o caso de formular a seguinte indagação: se realmente fosse hipótese de sujeição à eficácia da sentença, o credor estranho poderia promover a respectiva execução provisória? Adianto-me a responder pela negativa...

vedor, exceção de coisa julgada. Ademais, o julgado forma título executivo também em favor dos credores que não participaram do processo!

Insustentável, outrossim, o ponto de vista que entende ser o devedor acionado substituto processual dos outros, subordinando-se todos eles ao vínculo da coisa julgada.³⁸⁶

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). Na verdade, na linha defendida por Busnelli, acima referida, como o objetivo comum, que é a obtenção do título executivo, já foi colimado, os demais credores não terão interesse de agir para o ajuizamento de nova demanda em busca de finalidade já alcançada.

Com razão, nesse particular, Talamini, ao explicar que o escopo do regime contemplado pelo Código Civil é exatamente o de preservar a posição dos demais credores solidários, garantindo-lhes, em caso de derrota na ação ajuizada por um deles, que não estarão os demais impedidos de promover ação em face do devedor, fundada em idênticos elementos objetivos (causa de pedir e pedido).³⁸⁷

⁽³⁸⁶⁾ Cf. Cassio Scarpinella Bueno, *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, p. 304: "... nos casos de solidariedade é que há regra de *legitimação extraordinária* e, por isto, mesmo que os devedores solidários não ajam ao lado do réu como *litisconsortes*, ficarão eles sujeitos à coisa julgada por imposição do sistema...". Cf., também, à luz do direito italiano, Camelutti, *Cosa giudicata e sostituzione processuale*, *Rivista di diritto processuale*, 1942, p. 25; *Sistema di diritto processuale civile*, v. 1, n. 142, p. 381.

⁽³⁸⁷⁾ *Coisa julgada e sua revisão*, n. 2.5.3, p. 106.

Em caso de vitória, poderão, os demais, valer-se do título judicial que beneficia a todos.

Saliente-se, pois, que qualquer credor solidário que não participou do processo encontra-se credenciado (*i.e.*, está legitimado) a promover a execução. Cumpre, porém, esclarecer que nenhum outro co-credor, além do autor da demanda condenatória constará do título executivo judicial.³⁸⁸

Torna-se assim imperioso harmonizar a pertinência subjetiva dos outros credores solidários com os enunciados dos arts. 566 e 567 do Código de Processo Civil, que catalogam os legitimados ativos à execução. E o único modo de fazê-lo é "admitir que o art. 274 do Código Civil criou mais uma hipótese de legi-

⁽³⁸⁸⁾ O problema que surge pela falta de correspondência entre os limites da coisa julgada e a execução *ultra partes* tem sido objeto de atenção pela doutrina italiana, sobretudo porque o CPC peninsular não tem regras tão amplas quanto a dos arts. 566 a 568 do nosso Código. Crisanto Mandrioli, embora entendendo viável, sustenta o caráter excepcional da assimetria entre as partes do processo de conhecimento e os legitimados ao processo de execução (*In tema di rapporti tra estensione soggettiva del giudicato ed estensione soggettiva del titolo esecutivo*, Studi in onore di Enrico Allorio, 1, p. 343 ss.). É importante deixar claro, com Luiso, que a eficácia do título executivo a favor ou contra terceiros não enseja quaisquer questionamentos quanto a possível ofensa ao direito de defesa. Tal situação não guarda similitude alguma com o fenômeno da extensão da coisa julgada a terceiros, que, como já ressaltado, constitui lesão ao princípio do contraditório: ninguém pode ser atingido por um ato decisório sem ter tido oportunidade de defender-se! Mas, na hipótese da eficácia do título executivo contra terceiros, segundo ainda escreve Luiso, aquele que pode se valer do título ou contra quem pode ser ele utilizado é um estranho, que não teve violado o seu direito de defesa. Ao executado cabe contestar a eficácia *ultra partes* do título executivo, sendo que o ônus da prova da higidez da eficácia é do exequente (*Diritto processuale civile*, 3, 3ª ed., n. 6.13, p. 41). V., ainda, sobre o assunto, o profundo estudo de Luiso, *L'esecuzione "ultra partes"*, n. 1, p. 1 ss.

timização ativa à execução, a acrescentar-se às contempladas no estatuto processual. O credor estranho ao feito poderá promover a execução invocando a sentença favorável ao seu consorte".³⁸⁹

Mas isso somente será possível se a fundamentação da sentença não se escudar em algum argumento de ordem pessoal (p. ex.: a suspensão da prescrição exclusivamente em face do credor autor), que não possa aproveitar aos credores ausentes. Daí, por certo, a relevância do exame da motivação do *decisum* para ser admitida a extensão da coisa julgada, nos limites ditados pela regra do art. 274.

Observe-se, ainda, que Barbosa Moreira bem flagrou a confusão contida na redação da 2ª parte do art. 274 do Código Civil. O que se pretendeu dizer com a dicção "exceção pessoal ao credor" foi defesa de mérito oposta ao credor demandante pelo devedor réu e não de fundamento deduzido por aquele. "Do contrário, adite-se, não seria 'exceção pessoal ao credor', e sim 'exceção pessoal do credor', que razoavelmente se esperaria ler no art. 274. Ora, não se concebe que julgamento favorável ao credor demandante 'se funde em exceção pessoal' a ele oposta pelo devedor-réu. Sentença que se funde em defesa será necessariamente favorável ao réu, jamais ao autor!... O julgamento de que se cuida, em vez de fundar-se na exceção, terá de fundar-se na rejeição desta..."³⁹⁰

Como já ressaltado, a despeito da lacuna da lei brasileira, mas pelo examinado princípio da isonomia processual, a coisa julgada que emerge da sentença de procedência do pedido favorável ao devedor que litigou sozinho, no âmbito de ação

⁽³⁸⁹⁾ Barbosa Moreira, *Solidariedade ativa: efeitos da sentença e coisa julgada na ação de cobrança proposta por um único credor*, p. 72.

⁽³⁹⁰⁾ Barbosa Moreira, *Solidariedade ativa: efeitos da sentença e coisa julgada na ação de cobrança proposta por um único credor*, p. 69.

(des)constitutiva, também beneficia os demais devedores solidários, estranhos ao processo, se fundada em argumento comum a todos os devedores. Estes poderão opô-la à nova investida de eventuais credores comuns.

De aduzir-se, por outro lado, que o devedor condenado, depois de satisfeita a obrigação, sub-rogando-se no crédito reconhecido pelo título executivo, poderá demandar os co-devedores, que terão a faculdade de defender-se deduzindo exceções pessoais e ainda argumentos que poderiam ter ensejado a improcedência do pedido do credor. "Não se poderá pretender opor-lhes a coisa julgada, nem a correspondente eficácia preclusiva, uma vez que permaneceram como terceiros em relação ao processo anterior". E, por essa razão, é plausível a ocorrência de julgados contraditórios. Para afastar esse inconveniente, os arts. 77 e seguintes do Código de Processo Civil disciplinam o instituto do chamamento ao processo, pelo qual o devedor, réu na ação condenatória, provoca a intervenção de todos os demais obrigados solidários. Além disso, tal solução para a hipótese de solidariedade passiva seria assemelhada para todas as outras situações de pretensão de natureza regressiva, como, por exemplo, do segurado em face do segurador, do credor no caso de evicção. É evidente que, em nenhuma delas, o réu da ação de regresso estaria adstrito, por força da coisa julgada, ao que fora decidido no processo em que condenada a sua contraparte. Para afastar o inconveniente de julgados contraditórios, nesses casos de obrigações regressivas, a denunciação da lide ao garantidor é o mecanismo adequado.³⁹¹

⁽³⁹¹⁾ Cf., com o meu reparo de que a relação entre fiador e devedor não se insere no referido rol, Talamini, *Coisa julgada e sua revisão*, n. 2.5.3, p. 107; e, com apoio no mesmo ponto de vista, André de Albuquerque Cavalcanti Abbud, *O conceito de terceiro no processo civil*, Revista da Faculdade de Direito da USP, v. 99, n. 4.2, p. 865.

24.6.3. Recurso interposto por apenas um dos condenados

Apesar de não se referir estritamente ao tema central do presente estudo, Busnelli enfrenta interessante problema, decorrente da obrigação solidária, que merece ser destacado. Se vários devedores solidários são condenados à prestação, mas apenas um impugna a sentença e sua apelação é provida, o sucesso alcançado se estende àqueles?

Diante das duas orientações da doutrina e da jurisprudência italianas sobre o ponto focado (inexistência de trânsito em julgado em relação aos devedores que não recorreram/sucessivas coisas julgadas sobre a mesma obrigação), Busnelli, em prol da “equidade de resultados”, sustenta que nas ações versando sobre obrigações solidárias, toda vez que houver litisconsórcio passivo, este desponta *necessário* na fase recursal, sendo, portanto, aplicável a 2ª parte do art. 1.306 do Código Civil italiano.³⁹²

Di Majo, a seu turno, considerando esse mesmo problema, sustenta que os devedores não apelantes não podem aproveitar-se do julgado em grau de recurso, mas lhes é possível pleitear redução do montante da obrigação que os onera, na proporção da diminuição da condenação, evitando-se, desse modo, a aberrante consequência de ensejar aos apelantes uma vantagem descabida ao exercerem o regresso em face daqueles que não recorreram.³⁹³

No Brasil, o art. 509 do Código de Processo Civil, que contempla a autonomia da atuação dos litisconsortes, disciplina essa situação, ao dispor, no par. único, que: “Havendo solidariedade

⁽³⁹²⁾ *La cosa giudicata nelle obbligazioni solidali*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1974, p. 406. V., em senso análogo, Tito Carnacini, *Il litisconsorzio nelle fasi di gravame*, n. 8, p. 31 ss.

⁽³⁹³⁾ *Obbligazioni solidali*, Enciclopedia del diritto, 29, 1979, p. 327.

passiva, o recurso interposto por um devedor aproveitará aos outros, quando as defesas opostas ao credor lhes forem comuns”.

O escopo dessa regra é bem nítido. Tende ela a obstar o conflito lógico e prático de julgados, visto que condiciona a extensão subjetiva do recurso à existência de defesas comuns entre os devedores *in solidum*: “a causa poderá, em tese e eventualmente, receber soluções diferentes com relação a cada um deles, mas cada uma das questões (de fato ou de direito) ficará homogeneamente decidida”.³⁹⁴

24.7. Relação jurídica entre credores e devedores de obrigações indivisíveis

24.7.1. Generalidades

O regime legal das obrigações solidárias não é o mesmo daquele dispensado às obrigações indivisíveis.³⁹⁵

A indivisibilidade subjetiva da obrigação é caracterizada pela pluralidade de credores ou de devedores. Dispõe, com efeito, o *caput* do art. 259, que: “Se, havendo dois ou mais devedores, a prestação não for divisível, cada um será obrigado pela dívida

⁽³⁹⁴⁾ Cf. Dinamarco, *Litisconsórcio*, 7ª ed., n. 50.5, p. 158.

⁽³⁹⁵⁾ O art. 258 do Código Civil reza que: “A obrigação é indivisível quando a prestação tem por objeto uma coisa ou um fato não suscetível de divisão, por sua natureza, por motivo de ordem econômica, ou dada a razão determinante do negócio jurídico”.

Henri De Page (*Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 3, 2ª ed.), referindo-se à “indivisibilité réelle” e à “indivisibilité conventionnelle” (p. 286), preleciona que a indivisibilidade pode derivar de duas causas: da natureza da coisa ou da vontade dos sujeitos (p. 289). Ressalve-se que as obrigações solidárias distinguem-se das indivisíveis, ainda que entre ambas exista íntima analogia, a ponto de algumas legislações modernas (e. g.: § 431 BGB) determinarem a aplicação, à indivisibilidade, do regime da solidariedade.

toda". E, por outro lado, preceitua a 1ª parte do art. 260, que: "Se a pluralidade for de credores, poderá cada um destes exigir a dívida inteira".³⁹⁶

Segundo abalizada apreciação de Pontes de Miranda, diferentemente do sistema jurídico alemão, a nossa legislação não aproxima as obrigações indivisíveis das obrigações solidárias, até porque "no direito brasileiro a solidariedade não se presume, nem há a regra jurídica do § 431 do Código Civil alemão, de modo que os princípios da solidariedade pudessem ser invocados. Nas obrigações de que tratam o art. 891 [atual art. 259] do Código Civil (pluralidade de devedores) e o art. 892 [atual art. 260] (pluralidade de credores), há cumulatividade, e não solidariedade da obrigação. Um só crédito, uma só pretensão, uma só dívida, uma só obrigação, com dois ou mais sujeitos".³⁹⁷

24.7.2. Limites subjetivos da coisa julgada

Os devedores, destarte, têm de cumprir a obrigação inteira, "cada credor somente pode exigir a prestação a todos os devedores"³⁹⁸ e, por essa razão, a meu ver, o litisconsórcio passivo só pode ser necessário e unitário. Todos os devedores, portanto, deverão ser citados, nos termos do art. 47 do Código de Processo Civil, com as conseqüências, já examinadas, no que respeita aos limites subjetivos da coisa julgada.

Esclareça-se que, diante da redação da 1ª parte do art. 260 do Código Civil, a recíproca não é verdadeira, ou seja, na hipótese de indivisibilidade subjetiva ativa, a lei deixa clara a possi-

⁽³⁹⁶⁾ Que correspondem, respectivamente, aos arts. 891 e 892 do CC revogado.

⁽³⁹⁷⁾ *Tratado de direito privado*, t. 22, 2ª ed., § 2.712, p. 170-171.

⁽³⁹⁸⁾ Cf., ainda, Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. 22, 2ª ed., § 2.711, p. 169.

bilidade de um único credor demandar o cumprimento integral da obrigação ("... *poderá cada um destes exigir a dívida inteira*").

Mas o que realmente intriga é que o adimplemento feito a um só dos credores não libera o devedor. Assim, se apenas um único credor ajuíza a ação para exigir a satisfação da obrigação indivisível, está também pleiteando a pretensão dos outros credores. Daí a regra do art. 260, 2ª parte, que, concedendo ao devedor a faculdade de pagar ao demandante, impõe a caução de ratificação pelos outros credores.

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 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 próprios autos.

Adimplida a obrigação indivisível, incide a regra do art. 261 do Código Civil: "Se um só dos credores receber a prestação por inteiro, a cada um dos outros assistirá o direito de exigir dele em dinheiro a parte que lhe caiba no total".

24.8. Relação jurídica entre credor-devedor-fiador

24.8.1. Generalidades

A solidariedade entre o fiador e o afiançado não é a regra, mas exceção, a teor do que dispõem os arts. 827 e 828 do Código Civil. O fiador goza do benefício de ordem (art. 827), a menos que tenha ele renunciado, obrigando-se como principal pagador ou devedor solidário (art. 828). Na prática, todavia, a so-

lidariedade entre os dois é a constante da maioria absoluta dos casos que contêm pacto de exclusão do benefício de ordem.

É indubitável que havendo a renúncia ao benefício de ordem, o garante posiciona-se como devedor solidário, aplicando-se integralmente as regras que disciplinam o regime examinado em item anterior.

24.8.2. Limites subjetivos da coisa julgada

Ajuizada ação condenatória pelo credor em face do devedor e de seu garante³⁹⁹, qualquer que seja o resultado do processo, incide, como é óbvio, o art. 472. Igualmente, o devedor principal ficará adstrito à coisa julgada se o fiador demandado, nos termos do art. 77 do Código de Processo Civil, provocar a sua intervenção por meio do chamamento ao processo.

Por outro lado, se a demanda for dirigida apenas em face do fiador, não há formação de coisa julgada em relação ao devedor. Tanto o fiador, derrotado, que paga o credor, poderá, por força da sub-rogação legal, exercer o seu direito de regresso em face do garantido, quanto o credor, que perdeu a ação promovida ao garante, poderá demandar o devedor. Afinal, o devedor na posição de terceiro não é prejudicado nem beneficiado pela eficácia da coisa julgada *inter alios*.

Ressalve-se, contudo, a situação na qual o fiador argúi como matéria de defesa as denominadas exceções extintivas da obri-

³⁹⁹ Em matéria de locação, o art. 62, I, da Lei 8.245/91, não obsta à formação de litisconsórcio passivo facultativo entre inquilino e fiador: “Nas ações de despejo fundadas na falta de pagamento de aluguel e acessórios da locação, observar-se-á o seguinte: I – o pedido de rescisão da locação poderá ser cumulado com o de cobrança dos aluguéis e acessórios da locação, devendo ser apresentado, com a inicial, cálculo discriminado do valor do débito” (v., sobre o tema, Cruz e Tucci, *Inquilino e fiador como litisconsortes passivos*, Questões práticas de processo civil, 2ª ed., p. 67 ss.).

gação principal (pagamento, novação, prescrição, remissão, nulidade absoluta) que, por via indireta, resolvem a fiança, em razão de sua natureza acessória. Referida defesa, embora normalmente oponível pelo devedor, é também dedutível pelo fiador, porquanto produz efeito extintivo em relação à fiança. Nesse caso, dado que o liame obrigacional foi extinto, o devedor, se no futuro vier a ser demandado, poderá opor ao credor exceção de coisa julgada. Ao credor é vedado rediscutir a sua pretensão em juízo, porque já definitivamente rechaçada por decisão judicial...

Pelo mesmo argumento acima exposto, apesar das incertezas que a respeito dessa questão conotam outros sistemas jurídicos, entre nós, de há muito não se coloca em dúvida que, se o devedor principal for condenado, o vencedor não poderá, em hipótese alguma, executar o fiador que se obrigou como devedor solidário, se este não participou do contraditório no respectivo processo. Depois de reiterados pronunciamentos judiciais em abono desse entendimento⁴⁰⁰, em 2002, o Superior Tribunal de Justiça editou o princípio sumulado de n. 268, que tem o seguinte enunciado: “O fiador que não integrou a relação processual na ação de despejo não responde pela execução do julgado”. Apesar de manifesta a falta de técnica da redação dessa súmula, porque, como é curial, o fiador *nunca* participa da “ação de despejo”, mas, sim, da ação de natureza condenatória àquela eventualmente cumulada, exsurge bem nítida a visão que se tem da posição do terceiro garante em relação à extensão da coisa julgada.

⁴⁰⁰ STJ, *REsps. ns. 234.727-RJ, 229.284-SP, 188.173-RS, 123.635-SP, 78.308-SP*; TJRJ, *Apel. n. 2001.001.25793*: “... Os limites subjetivos da coisa julgada não podem, em lide que versa sobre direito pessoal, atingir terceiros que não participaram da relação jurídica processual...”; TJRJ, *AgInstr. n. 2003.002.15193*; TJRJ, *Apel. n. 2004.001.10878*.

24.9. Causas relativas ao estado da pessoa

24.9.1. Generalidades

Provém das fontes romanas de época clássica a idéia de que as decisões sobre o *status* das pessoas projetavam eficácia contra todos. A razão dessa regra está intimamente ligada ao interesse moral em que fundadas as ações de estado e à respectiva exigência de certeza e estabilidade. Cumpre esclarecer, de logo, que as ações de estado são aquelas relativas à cidadania (brasileiro ou estrangeiro), à filiação, à capacidade (maior, menor, interdito) e ao estado civil (casado, convivente, solteiro, separado, divorciado e viúvo), tais como as ações de anulação de casamento, de separação, de investigação de paternidade e de interdição.⁴⁰¹

Pugliese informa que a máxima *sententia facit ius* designava, para os juristas romanos, a decisão que “criava direito”, porquanto tendente a modificar uma situação jurídica preexistente. Essa expressão adequava-se ainda para caracterizar uma sentença, não propriamente constitutiva, mas que também se imaginava criar direito, porque atribuía a uma pessoa o *status* de filho, não apenas perante aquele que era declarado pai, mas a todos os membros da família.⁴⁰²

Ademais, a doutrina medieval reconhecía que a noção de *status* era indivisível ou incindível, visto que repudiada a possibilidade de conflito lógico entre julgados que tivessem como

⁽⁴⁰¹⁾ Cf. José Maria Teshciner, *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*, n. 3.3.12, p. 122; Jorge Salomão, *Da coisa julgada nas ações de estado*, n. 60, p. 74 ss.

⁽⁴⁰²⁾ *Giudicato civile (storia)*, Enciclopedia del diritto, n. 11, p. 748, que se apóia em Ulpiano, D. 25.3.3.pr. (l. 34 ad edictum). Cf., ainda, Pugliese, “*Res iudicata pro veritate accipitur*”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1967, n. 3, p. 521-524.

objeto estado da pessoa. Fundando-se nos textos romanos, a fórmula *facit ius* passou a ser invocada para destacar a categoria das sentenças que, diferentemente das “normais”, tinham a peculiaridade de repercutir perante todos (*quod ad omnes*).⁴⁰³

Atravessando os tempos, tal concepção, por paradoxal que possa parecer, chegou inclusive a ser adotada em legislações processuais modernas (cf., por ex., art. 222, 3, 2º al., da LEC espanhola; art. 674 do CPC português; § 640h da ZPO alemã).

24.9.2. Limites subjetivos da coisa julgada

A 2ª parte do art. 472 do nosso Código de Processo Civil dispõe que: “Nas causas relativas ao estado da pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros”.

Bem examinada a redação dessa regra, observa-se, sem esforço, que contém ela patente contradição: se todos os (diretamente) interessados participaram do processo, na condição de litisconsortes necessários, todos eles e apenas eles estarão sujeitos à coisa julgada, até porque os terceiros, ausentes, são indiferentes ao objeto litigioso. Por outro lado, se algum destes tiver interesse direto, a sentença é *inutiliter data*, porque deveria ele ter sido citado.

Pontual e precisa, a propósito, a crítica de Arruda Alvim, que, ao chamar a atenção para a incongruência da redação da 2ª parte do art. 472, escreve que pelo próprio sistema adotado pelo Código de Processo Civil, a solução não se afigura correta, pois, tratando-se, efetivamente, de litisconsórcio necessário, e, se al-

⁽⁴⁰³⁾ Cf. Carpi, *L'efficacia “ultra partes” della sentenza civile*, n. 44, p. 183-184; Pugliese, *Giudicato civile (storia)*, n. 19, p. 774.

129
gum dos litisconsortes necessários deixou de ser citado, segue-se que a sentença irrompe ineficaz.⁴⁰⁴

Infere-se que a norma legal supratranscrita, a rigor, tem por finalidade ministrar um duplo esclarecimento: de um lado, determina que a coisa julgada vincula aqueles que integraram o processo na condição de partes (nesse sentido, ela ratifica, para as ações sobre o estado da pessoa, a diretriz geral inserida na 1ª parte do art. 472); e, de outro, simplesmente reitera a regra geral que disciplina o litisconsórcio necessário (art. 47), impondo-a para as demandas sobre o estado da pessoa.⁴⁰⁵

Assim, o dispositivo sob análise não contém qualquer excepcionalidade no que toca aos limites subjetivos da coisa julgada. Com efeito, para demonstrar a inocuidade da 2ª parte do art. 472, vale aqui invocar clássico exemplo, que se desdobra em duas situações, a saber: a) em ação de investigação de paternidade, os legitimados *primários* são o autor, que é o pretense filho; e o réu, que é o indigitado pai. Nesse caso, diz-se que, procedente o pedido, o julgado produz eficácia *erga omnes*. Mesmo assim, como reconhece Liebman, fica excluído do raio de abrangência da coisa julgada aquele terceiro que puder demandar interesse equivalente ao da parte (hipótese em tese possível). Desse modo, esse terceiro, ausente naturalmente do precedente processo, não estaria impedido de afirmar, em sucessiva demanda, ser pai do mesmo filho⁴⁰⁶; e b) falecido o suposto pai,

⁽⁴⁰⁴⁾ *Código de Processo Civil comentado*, v. 2, n. 4.5, p. 407. A censura não passou despercebida pela doutrina: v., a respeito, Cassio Scarpinella Bueno, *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, n. 4.7, p. 109-110.

⁽⁴⁰⁵⁾ Cf., nesse sentido, Talamini, *Coisa julgada e sua revisão*, n. 2.5.10, p. 120.

⁽⁴⁰⁶⁾ Talvez esse pretense pai, terceiro interessado, pudesse até intervir no processo, nos termos do disposto no art. 1.615 do CC brasileiro: "Qualquer pessoa, que *justo interesse* tenha, pode contestar a ação de investigação de paternidade, ou maternidade" (grifeci).

passam a ser legitimados *secundários* os herdeiros. Todos aí deverão ser citados pelo autor da demanda, porque, tratando-se de litisconsórcio necessário, incide a regra do art. 47. A sentença fará coisa julgada apenas entre as partes, excluindo-se, por certo, um eventual e desconhecido terceiro que tenha interesse em contestar o julgado.

Daí concluir Liebman que a decisão proferida entre os legítimos contendores de primeiro grau é oponível *erga omnes*, uma vez que dificilmente alguém possui legitimidade equiparável a dos sujeitos da relação litigiosa.⁴⁰⁷ A referendar essa afirmação, ainda que de modo atécnico, acórdão da 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento da *Apelação n. 99.853-4*, deixou assentado que: "A sentença que julga procedente ação de investigação de paternidade faz coisa julgada em relação aos demais filhos do investigado, ainda que só este tenha sido parte no processo". Bem mais preciso é o julgado da 1ª Câmara Civil da mesma Corte paulista, proferido nos *Embargos de Declaração n. 82.711-1* e relatado pelo Des. Roque Komatsu, ao patentear que: "A coisa julgada, em questões de estado, vale *erga omnes*, com a única exceção daqueles terceiros que tenham interesse e, por conseguinte, legitimação da mesma natureza e proximidade que a das partes". Lê-se, ainda, na declaração de voto vencedor do Des. Luís de Macedo que: "A sentença que dá pela procedência da ação de investigação de paternidade não faz coisa julgada contra tercei-

⁽⁴⁰⁷⁾ Interessante, sob esse aspecto, é a redação do § 640h da ZPO alemã, inserido no capítulo que disciplina os processos de paternidade e filiação: "A sentença, sempre que transita em julgado, tem plena eficácia a favor e contra todos. Não obstante, a sentença que determina a existência da relação paterno-filial, ou de pátrio poder, tem efeito perante um terceiro, que requeira para si a paternidade ou o pátrio poder, desde que tenha participado do litígio".

ro que, não tendo sido parte no processo, alega ser o verdadeiro pai e move declaratória visando à nulidade e reforma do assento de nascimento feito com base na sentença da ação de investigação”.⁴⁰⁸

No entanto, se a sentença foi proferida em relação a legítimo contendor de segundo grau, a respectiva coisa julgada é oponível a todos os terceiros, exceto aos demais legítimos contendores secundários, porque estes, em cotejo com quem foi parte no processo, são titulares de idêntico interesse.⁴⁰⁹

Sem conhecer, a respeito, a esclarecedora lição de Liebman – exorta Dinamarco – uma leitura desavisada do dispositivo focado poderia levar ao desvario de exigir, por exemplo, que o avô do investigando fosse considerado litisconsorte necessário para a ação de reconhecimento da paternidade ajuizada em face do suposto pai, sob pena de não ficar vinculado à coisa julgada gerada naquela demanda; mas isso não ocorre, uma vez que o referido ascendente é um interessado secundário, não possuindo, portanto, *legitimatío ad causam*.⁴¹⁰

⁴⁰⁸ *Boletim da AASP*, n. 1.541, 1988, p. 151 ss. Além da íntegra do acerto, o citado periódico, pelo interesse da matéria, também publicou as razões de *embargos de declaração* subscritas por José Ignacio Botelho, de Mesquita. Embora considerado o caráter marcadamente infringente, os embargos foram recebidos para suprir omissão consistente na correta interpretação do art. 472, 2ª parte, do CPC, fato que implicou a inversão do julgamento. V., ainda, TJRJ, 2ª CCív., *Apel. n.º 2005.001.26262*: “Legitimação para impugnar a filiação é restrita aos legítimos contraditores primários, mesmo com a edição do novo Código Civil”.

⁴⁰⁹ Liebman, *Limites à coisa julgada nas questões de estado*, p. 209-210; *A coisa julgada nas questões de estado*, n. 3, p. 200 (ambos os escritos em apêndice à citada obra *Eficácia e autoridade da sentença*). Cf., no mesmo sentido, Gian Franco Ricci, *Principi di diritto processuale generale*, n. 5, p. 249.

⁴¹⁰ *Enrico Tullio Liebman e a cultura processual brasileira*, Enrico Tullio Liebman oggi - riflessioni sul pensiero di un maestro, n. 13, p. 58.

Nessa perspectiva, não se pode comungar com a opinião lançada por Amaral Santos, quando afirma, ao enfrentar a 2ª parte do art. 472 do Código de Processo Civil, que a ação de investigação de paternidade deve ser ajuizada, não só contra o presumido pai, como também em face da mulher deste e os filhos do casal, se houver, “sob pena de não produzir coisa julgada em relação a estes”.⁴¹¹ “Estes”, na verdade, não podem ser considerados terceiros juridicamente interessados (que porventura venham a experimentar prejuízo jurídico), porque, não tendo falecido o pretenso pai (único legitimado passivo), aquelas outras pessoas, na qualidade de “futuros herdeiros” (art. 1.829 CC) detêm, por enquanto, mera expectativa de direito.

Certamente por esse conjunto de razões é que Allorio, mostrando ser anacrônica a relevância que alguns ainda creditam a esse tema, não pensou duas vezes para destacar que a eficácia das sentenças de estado em nada difere das demais sentenças, senão pelo objeto. Apesar do tempo transcorrido, esse, igualmente, é o pensamento de Araújo Cintra, que até sugere a supressão da 2ª parte do art. 472 do Código de Processo Civil, providência legislativa que não acarretaria qualquer mutilação ao regime dos limites subjetivos da coisa julgada.⁴¹²

⁴¹¹ Moacyr Amaral Santos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, 3ª ed., n. 370, p. 464.

⁴¹² Allorio, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, n. 182, p. 304; Araújo Cintra, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, n. 268, p. 306. Cf., também, Ernane Fidélis dos Santos, *Manual de direito processual civil*, v. 1, 4ª ed., n. 789, p. 513; *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 3, t. 1, n. 337, p. 328. V., em sentido contrário, sustentando que não houve qualquer equívoco do legislador, porque realmente nas ações de estado a “eficácia da sentença projeta-se *erga omnes*”, José Maria Tesheiner, *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*, n. 3.3.12, p. 124; e, ainda, Wellington Moreira Pimentel, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 3, n. 3, p. 585.

24.10. Sentença penal condenatória

24.10.1. Autonomia da ação civil

As relações entre a ação penal e a ação civil reparatória de danos, em nosso direito positivo, têm disciplina coordenada pelos arts. 935 do Código Civil, 475-N, inc. II, do Código de Processo Civil, 91, inc. I, do Código Penal, e 63, 65, 66 e 67 do Código de Processo Penal, pela qual desponta o caráter autônomo da ação civil. A vítima poderá ajuizá-la imediatamente após a perpetração do crime ou aguardar o pronunciamento da justiça criminal.

Aforada ou não a demanda de natureza civil, na medida em que os fundamentos da sentença condenatória coincidam com os que sejam necessários e suficientes no juízo cível para afirmar a obrigação de reparar os danos causados pelo ato criminoso, considera a lei, como efeito secundário da sentença penal, o reconhecimento da existência dessa obrigação. Esse reconhecimento ou, a teor do art. 91, inc. I, do Código Penal, o “tornar certa a existência da obrigação”, não se insere na motivação da sentença. Constitui parte que integra o seu dispositivo e, portanto, adquire a autoridade da coisa julgada. Com o trânsito em julgado do decreto condenatório verifica-se, como efeito deste, a produção de um título executivo judicial (arts. 63 CPP e 475-N, II, CPC).⁴¹³

Consoante notou Carnelutti, a coisa julgada penal produz duas espécies de eficácia: direta é aquela que concerne à responsabilidade civil do próprio condenado; reflexa é a que atinge outrem (*ultra reum*), responsável civil, que não foi chamado como tal no processo penal.⁴¹⁴

⁴¹³ Cf., no sentido do texto, Botelho de Mesquita, *Da autoridade civil da coisa julgada penal*, Coisa julgada, p. 43 ss.

⁴¹⁴ *Efficacia diretta e riflessa del giudicato penale*, Rivista di diritto processuale, 1948, p. n. 10, p. 12. Sobre tal afirmação duas ressalvas são

24.10.2. Limites subjetivos da coisa julgada

É evidente que o devedor certificado no título somente pode ser o réu condenado, que participou do processo penal e contra quem se instaurará, na esfera cível, o incidente de liquidação (*ex vi* dos arts. 475-A e ss., cf. Lei 11.232/2005) para apurar o *quantum debeatur* e, em seguida, a execução.

Observa-se que, na atualidade, há consenso praticamente generalizado no sentido de que o legitimado passivo para a execução é apenas o “devedor reconhecido como tal no título executivo” (art. 568, I, CPC). Desse modo, todas as pessoas que respondem, na esfera civil (arts. 927 e ss. CC), pelo crime, seja no âmbito da responsabilidade objetiva, seja com base na culpa, não se vinculam à coisa julgada penal. Em relação a estas, a vítima terá de obter título executivo, vale dizer, deverá ajuizar ação de cognição exauriente, de natureza reparatória.⁴¹⁵

Ademais, para qualquer outro responsável civil, réu em ação de indenização, o resultado do processo-crime não gera repercussão alguma, porque constitui *res inter alios*, pela simples conjugação dos arts. 935, 2ª parte, do Código Civil, e 472 do Código de Processo Civil. E, de resto, como pontua Araken de Assis, a eficácia da sentença penal somente é transportável *in utilibus* para a esfera civil. Fazê-la atingir quem não teve oportu-

necessárias: a) Carnelutti escreveu esse ensaio sob a vigência do art. 28 do CPP italiano, que permitia a execução civil da sentença penal condenatória contra quem não participara do processo penal. Essa regra, como já explicado, foi declarada inconstitucional, em 1971, pela Corte Constitucional italiana; e b) a “eficácia reflexa” da coisa julgada que atinge terceiro, na visão de Carnelutti, constituiria, na verdade, *eficácia da sentença penal*.

⁴¹⁵ Cf. Araken de Assis, *Eficácia civil da sentença penal*, 2ª ed., n. 15.1.3, p. 96. Confira-se, nesse sentido, TJRJ: 17ª CCív., *Apel. n. 2005.002.02845*, rel. Des. Raul Celso Lins e Silva.

tunidade de defender-se ofende, por certo, a garantia constitucional do contraditório (art. 5º, LV, CF).⁴¹⁶

Referindo-se à responsabilidade civil do preponente por ato do preposto, Dinamarco adverte que essa questão “vem sendo posta com alguma frequência em relação à sentença condenatória penal proferida em face do preposto, notadamente em casos de acidente de trânsito, havendo algumas vozes no sentido de que a eficácia executiva civil dessa sentença estender-se-ia à empresa proprietária do veículo causador. Essa posição não encontra respaldo algum no sistema processual, porque implica admitir uma execução sem título executivo constituído em face do executado”.⁴¹⁷

Realmente, apenas o réu da ação penal está submisso, no cível, aos efeitos da condenação criminal. O responsável civil, por exemplo, o patrão não pode ser alcançado pela coisa julgada criminal, por não ter sido parte no processo penal, embora sua defesa fique muito restrita.⁴¹⁸

Interessante questão foi amplamente debatida pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no *Recurso Especial n. 222.603-PE*. Tratava-se de caso no qual o motorista causador do dano foi condenado na esfera penal, tendo ficado expresso na sentença que agiu com imprudência. Na ação de ressarcimento ajuizada em face da empresa transportadora veio novamente ao

⁴¹⁶ *Eficácia civil da sentença penal*, 2ª ed., n. 15.1.3, p. 96, com arrimo em preciosa lição de Ada Grinover, *Eficácia e autoridade da sentença penal*, p. 46 e 54-55. Cf., também, Barbosa Moreira, *A sentença penal como título executório civil*, Revista de direito penal, v. 4, 1971, n. 6, p. 48; Alexander dos Santos Macedo, *Da eficácia preclusiva panprocessual dos efeitos civis da sentença penal*, n. 11-A, p. 41.

⁴¹⁷ *Instituições de direito processual civil*, 4, n. 1.401, p. 140

⁴¹⁸ Cf. Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho, *Comentários ao novo Código Civil*, v. 13, n. 3, p. 236.

debate a questão da culpa. Como a sentença criminal constitui título executivo apenas contra quem participou do processo, o réu/preposto, e não contra a empresa, o Min. Menezes Direito entendeu que a matéria relativa à culpa podia ser discutida novamente no cível.⁴¹⁹

Não obstante, mesmo aludindo à regra do art. 472 do Código de Processo Civil, recente interpretação do sistema de responsabilidade objetiva (arts. 932, III, e 933), que teria sido introduzido no Código Civil em vigor, sustenta opinião que, nesse particular, diverge do paradigma estabelecido pelo nosso direito positivo.

Com efeito, depois de examinar os pressupostos do vínculo obrigacional e enfatizar que, em algumas situações, débito (*Schuld*) e responsabilidade (*Haftung*) podem não estar concentrados numa mesma pessoa, Ênio Zuliani, em abono de seu pensamento, oferece o seguinte exemplo: o motorista de um cami-

⁴¹⁹ Extrai-se do corpo do respectivo acórdão o seguinte trecho: “A matéria, como todos sabemos, não é simples. É certo que a repercussão não pode ultrapassar a regra do art. 1.525 [CC 1916], que comanda não mais caber discussão quanto à ‘existência do fato ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime’, sendo a responsabilidade civil independente da criminal. É certo que a sentença penal condenatória constitui título executivo contra quem participou, como réu, no processo criminal, a teor do art. 584, II, do CPC. Mas, neste caso, o que se tem de examinar é o alcance da repercussão para a empresa da condenação criminal do seu preposto. As provas produzidas no juízo criminal não podem afastar, na minha compreensão, a produção de provas no juízo cível, ainda mais quando é possível obter outras, novas, que não foram produzidas no julgamento criminal: assim, por exemplo, a referente a uma testemunha que não tenha comparecido lá e que aqui esteja presente. Por isso, o juiz não pode pura e simplesmente, esgotar o seu ofício no cível com a utilização da prova emprestada. Ele deve considerar, sempre, a possibilidade da produção de novas provas e deve avaliá-las corretamente, sem se deixar levar pela apreciação feita em outro processo...”

nhão, condenado em processo-crime, torna-se devedor das vítimas do acidente, porque agiu com culpa, conforme reconheceu a sentença condenatória transitada em julgado. Sua responsabilidade provém da voluntariedade da conduta externa (elemento subjetivo), conforme declarado no provimento. O empregador, também devedor das vítimas do ilícito perpetrado por seu empregado, é responsável em razão de um fato objetivo (ato ilícito praticado pelo empregado no exercício do trabalho), fato que foi também considerado no julgado. Assim – conclui Zuliani –, “a responsabilidade do empregador não resulta da identidade física do causador do dano, mas, sim, de um fato integrante da coisa julgada. Ora, se a sentença penal reconhece o fato, está, conseqüentemente, declarando a responsabilidade do empregador, independentemente da não participação dele no processo criminal, como garantia em favor da vítima. Urge, portanto, rever a jurisprudência que nega o direito de a vítima executar o empregador do réu condenado, para melhor aproveitamento da energia da coisa julgada criminal”.⁴²⁰

De ressaltar que tais considerações somente podem ser concebidas como sugestão *de lege ferenda*, até porque, salvo me-

⁴²⁰ *Jurisdição penal & civil: integração de conflitos*. Revista do Advogado da AASP, n. 81, 2005, n. 4, p. 50. Registro que, a rigor, essa posição não é nova. Raymundo Candido (*Eficácia da coisa julgada penal no juízo civil*, n. 77, p. 133), enfocando a mesma questão, afirmava que: “Abrem exceção à regra, no nosso entender, os casos de responsabilidade objetiva, sem culpa, como, por exemplo, a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público interno, pelos danos causados por seus funcionários a terceiros nos termos do art. 194 da CF vigente; a responsabilidade dos farmacêuticos pelos erros e enganos de seus prepostos na conformidade do art. 1.546 do CC. Nestes casos, a sentença penal condenatória poderá ser diretamente executada contra os co-responsáveis, provada a responsabilidade dos prepostos está, *ipso factum*, provada a obrigação do preponente”.

lhor juízo, não se extrai dos textos legais apontados qualquer inovação quanto ao regime dos limites subjetivos da coisa julgada. Mas não é só. O art. 568 do Código de Processo Civil, que prevê os casos de legitimação extraordinária passiva na execução, e o subsequente art. 592, que, excepcionalmente, submete à execução bens de terceiros, não fazem qualquer menção à pessoa ou ao patrimônio do preponente.⁴²¹

Aduza-se, já agora sob outro aspecto, que, se, de um lado, a extensão da coisa julgada da sentença penal condenatória acaba beneficiando a vítima, alheia, na maioria das vezes, à formação da culpa no processo criminal; de outro, o provimento absoluto, com base na inexistência do fato, acarreta-lhe prejuízo. E isso se explica em razão da eficácia positiva da coisa julgada: o juiz da esfera civil deve respeitar o precedente julgado *ultra rem* (Carnelutti) e pronunciar-se de conformidade com o respectivo *decisum*. Em princípio, as duas vertentes dessa situação não se conformariam com a regra da 1ª parte do art. 472 do Código de Processo Civil. A utilização pela vítima da sentença condenatória, traz-lhe benefício; enquanto o emprego, pelo réu, da sentença que o absolve, com fundamento no art. 386, inc. I, do Código de Processo Penal, é prejudicial ao terceiro, vale dizer, ao lesado.

Diante dessa excepcional contingência, sugere Araken de Assis que solução harmônica pode ser extraída da combinação do aludido art. 472 com o art. 935, 2ª parte, do Código Civil, visto que, por força de expressa previsão legal, torna-se possível o transporte *in utilibus* da sentença penal condenatória ou absolutória à demanda de reparação, de modo que, respectiva-

⁴²¹ V., a respeito, Araken de Assis, *Manual do processo de execução*, 8ª ed., n. 58 ss., p. 278 ss.; Alcides de Mendonça Lima, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 6, 6ª ed., n. 1.043 ss., p. 418 ss.; e, sob a ótica da comparação jurídica, Luiso, *L'esecuzione "ultra partes"*, n. 17, p. 173 ss.

mente, ela acaba beneficiando ou prejudicando aquele que não integrou o contraditório no processo penal.⁴²²

24.10.3. Prescrição da ação penal antes do trânsito em julgado

Saliente-se, por fim, que o reconhecimento da prescrição da ação penal (dita, equivocadamente, da pretensão punitiva), antes do trânsito em julgado, retira qualquer eficácia (principal ou secundária) da sentença penal condenatória e, portanto, não pode ser considerada título executivo judicial.

De conformidade com importante precedente da 2ª Câmara do extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, no julgamento do *Recurso em Sentido Estrito* n. 575.497-5: “A prescrição retroativa, no sistema da chamada Nova Parte Geral do Código Penal – Lei 7.209, de 11.07.1984 –, constitui modalidade de prescrição da pretensão punitiva [*rectius*: da ação penal], e, assim, não subsistindo os efeitos secundários da sentença condenatória, esta não corporifica o título executivo a que alude o art. 584, inc. II, do CPC. A modificação introduzida... abriu mão da pretensão punitiva, e como na prescrição da pretensão punitiva inexistente condenação do réu, conseqüentemente todos os efeitos da sentença condenatória cessaram, quer principais ou secundários, quer penais ou civis, porque a prescrição da pretensão punitiva representando a renúncia ao direito de ação penal..., faz desaparecer o direito de punir do Estado, sem o qual enfim, não há direito à reparação do dano ex delicto, nem muito menos título executivo”.⁴²³

⁽⁴²²⁾ *Eficácia civil da sentença penal*, 2ª ed., n. 28.1, p. 159-160.

⁽⁴²³⁾ *JTACrimSP*, Lex, v. 99, p. 377-379. V., em senso análogo, por último, Fabiano Oldoni, *A prescrição da pretensão punitiva e a coisa julgada no cível*, Revista Jurídica, 339, 2005, p. 91 ss., que bem ressalva: “... caso a prescrição seja reconhecida após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, aí, neste caso, ocorrerá a coisa julgada no âmbito civil” (p. 94).

Capítulo VI EFICÁCIA DA SENTENÇA E DIMENSÃO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS

Sumário: 25. Acesso à Justiça: da tutela individual à tutela coletiva. 26. Conceituação dos direitos transindividuais. 26.1. Direitos difusos. 26.2. Direitos coletivos. 26.3. Direitos individuais homogêneos. 27. Disciplina legal. 28. Exame sistemático e crítico da técnica legal. 29. Terceiros beneficiados pela coisa julgada. 30. Direitos individuais homogêneos: eficácia da sentença e extensão da coisa julgada. 31. Eficácia da sentença de procedência proferida na ação coletiva e extensão da coisa julgada. 32. Eficácia da sentença penal condenatória e extensão da coisa julgada. 33. Limitação subjetiva e territorial da extensão da coisa julgada. 34. Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América. 35. Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos.

25. Acesso à Justiça: da tutela individual à tutela coletiva

É de suma relevância que o processo civil também disponha de mecanismos aptos a realizar uma das funções institucionais que em época moderna lhe toca, qual seja a de assegurar, a um grupo de jurisdicionados que tenha razão, praticamente tudo aquilo e exatamente aquilo que, porventura, tenha direito de receber.

Não há dúvida de que o ajuizamento de uma ação de espectro coletivo implica evidente redução de custo e tempo, se comparados com aqueles que seriam despendidos em centenas de demandas individualmente aforadas para atingir idêntico escopo. Andrea Giussani informa que as estatísticas realizadas, em

época relativamente recente, nas cortes norte-americanas, revelam que, apesar de os procedimentos relativos a ações de grupo serem, em média, quatro vezes mais lentos do que aqueles de causas individuais, o resultado global atingido com as primeiras, considerando-se o trinômio *custo-tempo-benefício*, é extremamente compensador. Afirmo, nesse sentido, que "a maioria da mais recente doutrina norte-americana converge para individuar uma das finalidades primárias das *class actions* na realização de objetivos de economia processual".⁴²⁴

Ainda que os interessados pertençam à camada mais privilegiada da sociedade, a *class action* constitui praticamente o único caminho apto a permitir o acesso à justiça quando o objeto da causa for relativamente pequeno em relação ao custo total do litígio, para justificar individual batalha: em várias circunstâncias, as despesas judiciais e outros gastos necessários para custear uma demanda de natureza individual podem extrapolar o valor do objeto do próprio litígio...⁴²⁵

⁴²⁴ Giussani, *Studi sulle "class actions"*, p. 195 e 203.

⁴²⁵ Nos Estados Unidos, no precedente *Herbst v. Able*, ficou asseverado que: "A superioridade, em termos de economia processual, em se admitir estas ações (envolvendo alegadas violações a dispositivos da legislação securitária norte-americana) como *class actions* resulta óbvia. A economia aqui considerada não afeta apenas o tempo dos juízes e dos auxiliares da justiça, mas também o tempo das partes, particularmente dos demandados". O Juiz Robert Parker, do Texas, no julgamento do caso *Cimino v. Raymark*, declarou expressamente que: "se a Corte examina 30 processos por mês, demoraria 6 anos e meio para julgar os litígios abrangidos por esta *class action* e, ainda, restariam pendentes mais de 5.000 outros casos aguardando sentença..." (cf. David Friedman, *More Justice for Less Money*, *The Journal of Law and Economics*, v. 39, 1996, p. 212). É generalizada essa idéia de economia processual, fulcrada na equação *tempo/benefício*, em relação às ações coletivas (v., a respeito, George D. Hornstein, *Legal Therapeutics: the "Salvage" Factor in Counsel Fee Awards*, *Harvard Law*

No que concerne ao nosso sistema processual, é ponto pacífico que a tutela dos denominados direitos difusos e coletivos recebeu relevante tratamento legislativo, visando a tornar o processo mais efetivo a parcela maior de jurisdicionados. Realmente, a despeito do perfil conservador da evolução da ciência processual brasileira, que sempre deu muita importância ao processo de conotação individual, é certo que a década de 80 foi marcada pelo grande avanço da legislação brasileira no que se refere à tutela dos direitos coletivos. O nosso atual ordenamento tem inclusive servido de inspiração e modelo aos legisladores de países latino-americanos (como, por ex., a Argentina).

Além da ampla proteção à cidadania, inserida em inúmeros dispositivos da atual Constituição Federal, a legislação extravagante mais recente mostra-se deveras fecunda, possivelmente sem correspondência em outros ordenamentos, em relação à tutela daqueles direitos, mediante, *e. g.*, o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção, o *habeas data*, as ações coletivas contempladas no Código de Defesa do Consumidor, a ação civil pública, a ação de improbidade administrativa e a ação para proteção dos investidores no mercado financeiro.

Com efeito, notável apresentou-se a inserção desses novos meios processuais fadados a tornar concretos os escopos sociais do processo, chegando a ponto de aguçar a atenção da doutrina alienígena. Morello, destacado jurista argentino, afirmou há quase uma década que nenhum estudioso do processo pode deixar de reconhecer a "*notoria importancia del control de constitucionalidad, del reverdecimiento del amparo, de las nuevas*

Review, 69, 1956, p. 665; Comoglio, *Il principio di economia processuale*, v. 2, p. 312.; e, por último, Isabelle Romy, *Litiges de masse. Des class actions aux solutions suisses dans les cas de pollutions et de toxiques*, p. 168 ss).

expresiones del hábeas corpus, la acción amparista colectiva o el mandado de segurança colectivo, el hábeas data, consagrados estos últimos en la Constitución de Brasil de 1988.⁴²⁶

Inegável, outrossim, como tem revelado a experiência forense, que tais instrumentos, a serviço da proteção dos direitos supra-individuais, prestam-se para modificar a mentalidade formada a partir dos postulados emergentes do capitalismo, cumprindo, inclusive, uma função pedagógica em nossa sociedade. Ressalte-se, também, que a potencialidade das ações de conotação coletiva tem proporcionado aos cidadãos, cultural, técnica e economicamente mais fracos, um verdadeiro acesso aos tribunais, uma vez que, dada a condição de muitos lesados, dificilmente se dispõem a demandar individualmente. Induvidoso, pois, que todas essas vantagens só podem ser conquistadas se a utilização dos mencionados instrumentos for equacionada, com prudência, às suas reais finalidades, sob pena de inexorável descrédito e subversão da própria ordem jurídica.

Além dessa realidade, deve também ser reconhecido que, com a promulgação da Constituição Federal, era previsível que a idéia de cidadania fosse disseminada. Esse fato notório, resultante da aguda conscientização da titularidade de direitos de cidadão e de consumidor, implicaria – como implicou – um formidável aumento de litígios de conotação coletiva: cada vez mais a sociedade aflui aos tribunais para obter a satisfação de pretensões que, há pelo menos duas décadas, não se pensava serem tuteláveis (por ex.: no âmbito da proteção do meio ambiente e dos direitos do consumidor).

O denominado processo de âmbito coletivo apresenta, assim, uma ruptura à barreira imposta pelo art. 6º do Código de

⁽⁴²⁶⁾ Augusto M. Morello, *Aspectos evidentes de la realidad*, La reforma de la justicia, p. 35.

Processo Civil: aquela percepção herdada da Idade Média, coroada no direito alemão, em que o processo era instituto entre partes (*Sache dei Parten*), no qual o juiz, inerte, ficava observando o duelo judiciário entre os litigantes, com poderes instrutórios mínimos, limitando-se tão-somente a proferir uma sentença em consonância com o que havia ficado provado nos autos. Essa visão individualista que marcou o direito civil e o direito processual civil no século XIX, obviamente, influenciou a legislação do século XX.

Suplantada essa concepção, pode-se alvitrar um processo com escopos sociais bem mais nítidos, um processo de conotação mais pública do que privada. Em nosso atual direito positivo, no contexto da denominada tutela jurisdicional das liberdades, o microsistema formado, em particular, pelas leis que regulamentam a ação popular (Lei 4.717/65), a ação civil pública (Lei 7.347/85), a ação de improbidade administrativa (Lei 8.429/92) e as ações para proteção dos consumidores (Lei 8.078/90) e dos investidores do mercado de capitais (Lei 7.913/89), tem regras próprias que interagem com a legislação processual codificada, mantendo com essa estrito relacionamento no que se refere ao procedimento e às peculiaridades processuais.

26. Conceituação dos direitos transindividuais

Diante da legislação em vigor, não há dúvida de que o regime da coisa julgada, disciplinado no art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, vale para todas as ações coletivas.⁴²⁷ Mes-

⁽⁴²⁷⁾ Cf. Ada Pellegrini Grinover, *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 813-814. Esclarece, ainda, a autora que: "Muito embora o art. 103 se refira às 'ações coletivas de que trata este Código', na realidade sua abrangência é maior. Com efeito, é certo que o veto presidencial recaiu sobre o art. 89 do

mo que não estejam envolvidas relações de consumo, por força do art. 21 da Lei 7.347/85, que recebeu nova redação pelo art. 117 do Código de Defesa do Consumidor, as normas processuais contempladas nesse diploma acabaram formando um sistema geral do processo das ações coletivas. Estas demandas, como é cediço, tendem a tutelar três diversificadas categorias de interesses ou direitos, em virtude da natureza da relação jurídica material: *difusos, coletivos e individuais homogêneos*.

Código, que determinava a aplicabilidade de todas as normas processuais a outros direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Mas é igualmente certo que permaneceu íntegro o art. 117 do Código, o qual acrescenta o novo art. 21 à Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985 – a denominada Lei de Ação Civil Pública –, determinando a aplicação, à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, dos dispositivos do Título III do Código do Consumidor. Ademais, é oportuno lembrar que o art. 110 do Código acrescentou o inc. IV ao art. 1º da Lei n. 7.347, estendendo a abrangência desta a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. Daí por que os dispositivos processuais do Código se aplicam, no que couber, a todas as ações em defesa de interesses difusos, coletivos, ou individuais homogêneos, coletivamente tratados... Assim, por exemplo, a coisa julgada na ação coletiva a que foi legitimado o sindicato, nos termos do art. 8º, inc. III, da CF, que ainda não encontrou assento próprio na legislação específica, deverá reger-se pelo estatuído no Cap. IV do Tít. III do Código. O mesmo ocorre com as ações promovidas por entidades associativas em defesa dos interesses coletivos de seus filiados (art. 5º, inc. XXI, da CF) e com as ações das comunidades e organizações indígenas em defesa dos interesses dos índios (art. 232 da CF). Pensamos que também o mandado de segurança coletivo, ainda dependente de tratamento legislativo próprio, reger-se-á, até eventual normação em contrário, pelos dispositivos do Código sobre a coisa julgada, que não colidem com a ordenação constitucional e legislativa, mas a complementam... V., afirmando que o microsistema do processo coletivo é igualmente aplicável ao mandado de segurança coletivo e à ação popular, Eduardo Arruda Alvim, *Apontamentos sobre o processo das ações coletivas*, Processo civil coletivo (obra coletiva), n. 6, p. 46; Rodolfo Mancuso, *Ação popular*, n. 7.2, p. 195 ss.

Tal opção legislativa bem demonstra que a clássica dicotomia entre direito privado e direito público afigura-se irremediavelmente superada pela realidade social da época contemporânea, infinitamente mais complexa, mais articulada, mais sofisticada, impossível de ser emoldurada dentro daquela conhecida distinção. A nossa era põe em cena novos *interesses*, novos direitos e deveres que, sem serem públicos, no sentido tradicional do vocábulo, são, no entanto, transindividuais: “destes ninguém é titular, ao mesmo tempo que todos, ou todos os membros de um determinado grupo, classe ou categoria, são seus titulares”.⁴²⁸

Pela circunstância de não terem delimitação pré-estabelecida, a respectiva formação dos direitos denominados transindividuais decorre necessariamente da constante evolução e mutação dos fenômenos sociais “de massa”. Surgem os significativos conflitos empresariais, tecnológicos etc., aptos, no mundo globalizado, a projetar eficácia, a repercutir, de modo indiscriminado, sobre a esfera de direitos de grandes agrupamentos sociais e bens inerentes a todos, de forma indistinta, passíveis de fruição de modo quase que exclusivamente comum (ar. água como fonte de recursos da comunidade, informação pelos *mass media*...).⁴²⁹

A complexidade jurídica dos interesses supra ou metaindividuais que daí deriva, impôs precisa conceituação de suas variantes, visando a propiciar, à luz da dogmática, correto entendimento aos operadores do direito.

A solução mais abalizada foi a eleita pelo legislador pátrio, no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, ao conceituar o gênero – direitos transindividuais nas três referidas categorias (*direitos difusos, direitos coletivos e direitos individuais homogêneos*).

⁽⁴²⁸⁾ Cappelletti, *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile*. Rivista di diritto processuale. 1975, p. 388.

⁽⁴²⁹⁾ Ricardo Leonel, *Manual do processo coletivo*, n. 3.3, p. 96.

26.1. *Direitos difusos*

Os primeiros, ou seja, os direitos difusos, são os metaindividuais, de natureza indivisível, que têm como titulares pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias meramente fáticas (art. 81, par. ún., I). Sem embargo de não haver um vínculo jurídico entre os respectivos sujeitos, os direitos difusos possuem a característica de serem indivisíveis. "Tomando como exemplo a tradicional referência às questões do meio ambiente para a compreensão da natureza e dimensão destes interesses, nota-se que o direito ao ar puro, à limpeza das águas, à higidez das florestas, à preservação das espécies animais são inerentes a toda a humanidade, ou, de forma mais específica, àquela comunidade que habita em determinada cidade, estado, região ou país. Sua titularidade é de pessoas indeterminadas e indetermináveis, que não podem ser identificadas precisamente; são unidas por uma simples circunstância de fato ou contingencial extremamente mutável, o fato de residirem em determinado local ou região. O objeto do seu interesse é indivisível, pois não se pode repartir o proveito, e tampouco o prejuízo, visto que a lesão atinge a todos indiscriminadamente, assim como a preservação a todos aproveita; não há vínculo jurídico preciso entre os titulares".⁴³⁰

26.2. *Direitos coletivos*

Já os direitos coletivos, que mereceram definição no art. 81, par. ún., inc. II, do Código de Defesa do Consumidor, ostentam igualmente natureza indivisível, cuja titularidade é de um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por força de uma relação jurídica base. Essa relação jurídica unívoca que tem o condão de unir o conjunto de pessoas, em tal hipótese, preexiste à ameaça de lesão ou à própria

⁽⁴³⁰⁾ Ricardo Leonel, *Manual do processo coletivo*, n. 3.4, p. 98-99.

lesão. Assim, por exemplo, numa demanda que tenha por escopo obter melhor condição de trabalho aos empregados de determinada indústria, jamais seria possível defender um em detrimento da defesa do direito de outro (aí está a marca da indivisibilidade). Todavia, esse direito coletivo difere do direito difuso, visto que limitado exclusivamente ao grupo determinado de trabalhadores da empresa demandada. A relação de emprego constitui, pois, a relação jurídica base.

Pedro Dinamarco, atendendo às exigências da didática, conjectura o seguinte exemplo: uma corte de justiça baixa portaria regulamentando o horário do expediente forense e, de forma ilegal, restringe o período de atendimento das serventias judiciais aos advogados. Viabiliza-se o ajuizamento de demanda, por meio de associação de classe, para o fim de, revogado o ato administrativo, beneficiar todos os advogados...⁴³¹

Caracteriza-se, destarte, o direito coletivo: (i) por um mínimo de organização, para que seja possível a identificação dos membros do grupo; e (ii) por um vínculo jurídico subjacente, comum a todos os integrantes do grupo.

26.3. *Direitos individuais homogêneos*

Por fim, os direitos individuais homogêneos são aqueles de origem comum (art. 81, par. ún., III, CDC). Apesar das críticas lançadas à definição legal⁴³², não subsiste dúvida de que os titulares de direito individual homogêneo podem legitimamente agir

⁽⁴³¹⁾ *Ação civil pública*, n. 7.2, p. 56.

⁽⁴³²⁾ V., e. g., Humberto Dalla Bernardina de Pinho, *A natureza jurídica do direito individual homogêneo e sua tutela pelo Ministério Público como forma de acesso à Justiça*, p. 33; Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*, p. 115.

em juízo, em demandas atomizadas, em nome próprio, defendendo interesse também próprio. Todavia, o tratamento como categoria de direito transindividual decorre de opção legislativa, em prol da harmonia de julgamentos e, sobretudo, da economia processual.

O direito individual homogêneo é aquele que afeta mais de um sujeito em razão de uma gênese comum, cujo objeto é divisível. Normalmente, a coletividade de consumidores prejudicados pela aquisição de um mesmo produto defeituoso é que ostenta a titularidade de direito individual homogêneo.

27. Disciplina legal

Partindo exatamente das três categorias de direitos transindividuais, o já referido art. 103 do Código de Defesa do Consumidor traça as respectivas regras atinentes aos limites subjetivos da coisa julgada, a saber:

a) tratando-se de direitos difusos, a coisa julgada tem extensão *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente com fundamento na insuficiência da prova, situação que possibilita a qualquer outro legitimado ajuizar nova ação, com idêntica causa de pedir, valendo-se de novo conjunto probatório;

b) tratando-se de direitos coletivos, a coisa julgada estende-se *ultra partes* (limitada ao grupo, categoria ou classe, cujos membros são unidos por uma mesma relação jurídica base), executando-se igualmente a improcedência do pedido decorrente da insuficiência da prova; e

c) tratando-se de direitos individuais homogêneos, a coisa julgada tem expansão *erga omnes*, desde que o pedido seja julgado procedente, em benefício de todas as vítimas e seus sucessores.

Dispõe, ainda, o art. 16 da Lei 7.347/85, com a alteração introduzida pela Lei 9.494/97, que, na ação civil pública: “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”.

Desse regime particularizado, duas observações se impõem: em primeiro lugar, em todas estas situações, a delimitação subjetiva do art. 472 do Código de Processo Civil mostra-se, em princípio, suficiente para atender às exigências das ações de conotação coletiva; e, ainda, a rejeição do pedido não acarretará qualquer prejuízo aos direitos individuais dos integrantes do grupo, categoria ou classe interessada, porque a coisa julgada se forma *secundum eventum probationis*.

28. Exame sistemático e crítico da técnica legal

Ao detectar as dificuldades para um tratamento sistemático da coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor, Botelho de Mesquita inicia o seu estudo, dedicado a esse tema, afirmando que a expressão *erga omnes*, na redação do art. 103, inc. I, do Código de Defesa do Consumidor, possui um alcance bem mais limitado do que se supõe. Para tanto, o ilustre processualista paulista entende que “terceiros” são apenas os outros legitimados concorrentes, contemplados no art. 82.

Com efeito, escreve Botelho de Mesquita que os “terceiros que poderiam ser beneficiados ou prejudicados pela conclusão da sentença dada entre as partes são apenas os demais legitimados... Outras pessoas, como, por exemplo, quaisquer dos membros da coletividade titular do direito em causa, nunca poderiam pretender discutir ou modificar a sentença dada entre as partes, porque não têm legitimidade para tanto”.⁴³³

⁽⁴³³⁾ *A coisa julgada no Código do Consumidor*. Coisa julgada, n. 4.2, p. 35-36; Revista Forense, v. 326, 1994, n. 13, p. 82.

Ademais, observa que se, de um lado, a lei é absolutamente ociosa ao estabelecer que a coisa julgada produz-se *ultra partes* no caso de procedência; de outro, a extensão da coisa julgada aos terceiros, se improcedente o pedido por outros motivos que não a insuficiência de provas, importa restrição que não ocorreria no sistema da legislação codificada. Consoante a disciplina do Código de Processo Civil, rejeitado o pedido de uma das ações concorrentes, a sentença só se tornaria imutável e indiscutível entre as partes, jamais para quaisquer terceiros, que conservariam incólumes as respectivas ações.⁴³⁴

No que concerne às ações previstas no art. 103, inc. II, do Código de Defesa do Consumidor, referentes aos direitos coletivos, a sentença faz coisa julgada *ultra partes*, circunscrita ao grupo, categoria ou classe, salvo a improcedência do pedido por insuficiência de prova. Nesse caso, a exemplo da hipótese anterior, qualquer legitimado poderá aforar outra ação, com idêntico fundamento.

A expressão *ultra partes* é utilizada no citado dispositivo como sinônima de *erga omnes*. Partindo do mesmo raciocínio, assevera Botelho de Mesquita que, “além das demais entidades concorrentemente legitimadas, não há ninguém que tenha legitimação para discutir ou pretender modificar a conclusão da sentença dada entre as partes numa ação fundada em interesse ou direito coletivo”. E, igualmente, nessa situação, no que toca à improcedência do pedido não fundada em carência de elementos probatórios, o Código do Consumidor é mais restritivo do que o tradicional sistema do Código de Processo Civil.⁴³⁵

⁴³⁴ Cf. Botelho de Mesquita, *A coisa julgada no Código do Consumidor*, Coisa julgada, n. 4.2, p. 35-36; Revista Forense, v. 326, n. 13, p. 82.

⁴³⁵ *A coisa julgada no Código do Consumidor*, Coisa julgada, n. 4.3, p. 36-37; Revista Forense, v. 326, n. 14, p. 83.

A ressalva contida no § 1º do art. 103, no sentido de que a coisa julgada não prejudicará os direitos individuais dos integrantes da coletividade, irrompe totalmente desnecessária, porque, como é curial, a conclusão de qualquer sentença só se torna imutável e indiscutível em relação ao pedido, identificado pelo objeto e pela causa de pedir. As ações fundadas em direito individual terão sempre objeto e *causa petendi* distintos dos das demandas coletivas. Jamais poderiam ser por elas prejudicadas!

Por fim, em relação às ações coletivas fundadas em direitos individuais homogêneos, a teor do art. 103, inc. III, do Código de Defesa do Consumidor, a sentença fará coisa julgada *erga omnes* apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores.

Pondera, a propósito, Botelho de Mesquita, que se improcedente o pedido, a sentença será imutável e indiscutível apenas para as partes, como já decorre do regime do Código de Processo Civil. Se, pelo contrário, o pedido for acolhido estará inteiramente satisfeito o escopo das ações concorrentes de todos os legitimados, nada importando que a sentença se torne indiscutível ou não; “não haverá mais ação alguma, com o mesmo objeto, a ser proposta”. No mesmo sentido, afigura-se desnecessária a regra do § 2º do art. 103, uma vez que, improcedente o pedido, o réu não está obrigado a indenizar. “Esta conclusão, por força do trânsito da sentença em julgado, tornar-se-á imutável e indiscutível perante as partes, mas não prejudicará terceiros. Logo, prejudicará as ações ‘individuais’ dos que foram partes no processo, mas não prejudicará as dos que dele não participaram. Tudo isto, porém, conforme já decorreria da aplicação do sistema do Código de Processo Civil”.⁴³⁶

⁴³⁶ *A coisa julgada no Código do Consumidor*. Coisa julgada, n. 4.5, p. 38-39; Revista Forense, v. 326, n. 15, p. 83. V., a propósito da natureza

Diante dessa análise técnica, cotejada com as normas que já regravam os limites subjetivos da coisa julgada nos processos de cunho individual, conclui Botelho de Mesquita que a legislação protetiva do consumidor “disse muito e criou muito pouco; o pouco que criou restringiu o sistema vigente em prejuízo dos titulares de direitos difusos ou coletivos”.⁴³⁷

29. Terceiros beneficiados pela coisa julgada

A despeito da coerente leitura sugerida por Botelho de Mesquita do aludido texto legal, a orientação que tem prevalecido, nessa matéria, é a que identifica os terceiros não nos legitimados dos arts. 5º da Lei de Ação Civil Pública e 82 do Código de Defesa do Consumidor, mas, sim, nos sujeitos da situação de direito material. Desse modo, na posição de substituídos pelos entes legitimados, quando procedente o pedido, são eles diretamente beneficiados pela coisa julgada.

A lei especial impôs que, nas ações de corte coletivo, a imutabilidade do *decisum*, ao invés de ficar restrita às partes formais que participam do processo, conforme o caso, estende-se *ultra partes*. Assim, por exemplo, na procedência do pedido nas ações civis públicas ou coletivas, a imutabilidade deverá estender-se a todo o grupo, categoria ou classe de lesados, os quais não estão representados nos autos, mas substituídos pelos legitimados extraordinários autorizados por texto legal expresso.⁴³⁸

jurídica da intervenção individual na ação coletiva, Elton Venturi. *Sobre a intervenção individual nas ações coletivas*, Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins (obra coletiva), p. 247 ss.

⁽⁴³⁷⁾ *A coisa julgada no Código do Consumidor*, Coisa julgada, n. 4.9, p. 42; Revista Forense, v. 326, n. 19, p. 84.

⁽⁴³⁸⁾ V., nesse sentido, Hugo Nigro Mazzilli, *Notas sobre a mitigação da coisa julgada no processo coletivo*, Processo civil coletivo (obra cole-

Como já observado no processo coletivo, excetuando a já aludida coisa julgada *secundum eventum probationis*, o regime não é diferente daquele que incide no âmbito da tutela individual: os efeitos da sentença e a extensão da coisa julgada produzem-se normalmente, seja na hipótese de acolhimento da pretensão, seja na de rejeição, e obstam à propositura de outra ação coletiva que tenha idênticos elementos objetivos (*causa petendi e petitum*).

30. Direitos individuais homogêneos: eficácia da sentença e extensão da coisa julgada

Como já enfatizado, tratando-se de direitos difusos e coletivos, o regime da coisa julgada, consagrado no art. 103, incs. I e II, é o da eficácia *erga omnes*, na medida em que, pela natureza indivisível daqueles, o julgamento deve ser uniforme para todos os interessados.

Diferente, como já observado, é a técnica aplicada aos direitos individuais homogêneos, que são, na essência, divisíveis. Dispõe o art. 103 do Código de Defesa do Consumidor que: “Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada:... III – *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81 [direitos indivi-

tiva), p. 326. Cf., ainda, sob o prisma da constitucionalidade da regra que governa os limites subjetivos nas ações coletivas, Guerra Filho, *Eficácia ultra-subjetiva da coisa julgada e garantia do contraditório em ações coletivas*, Processo civil coletivo (obra coletiva), p. 320 ss; Ada Grinover, *As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas*, Revista de Processo, n. 43, 1986, n. 9, p. 23. Confira-se, na literatura estrangeira, Carpi, *Cenni sulla tutela degli interessi collettivi nel processo civile e cosa giudicata*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1974, p. 960-961.

duais homogêneos]... § 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”.

Extraem-se, desse regramento, as seguintes hipóteses:

a) *sentença de procedência do pedido*: eficácia da sentença e extensão da coisa julgada a todos os titulares de direitos homogêneos;⁴³⁹

b) *sentença de improcedência do pedido*: b.1) limitação da coisa julgada apenas entre as partes, obstando o ajuizamento de novas demandas coletivas, por qualquer outro legitimado; e b.2) todos os membros do grupo, titulares de direitos subjetivos divisíveis, não são atingidos pelo julgamento desfavorável e, por esse motivo, podem, na posição de terceiros, propor ações individuais.⁴⁴⁰

⁴³⁹ Nesse caso, a procedência do pedido aproveita a todos os sujeitos em idêntica posição jurídica e não apenas os membros da associação que ajuizou a ação coletiva. V., nesse sentido, o famoso julgado do TJRJ, 7ª CCív., na *Apel. n. 2001.001.11462*, rel. Des. Marly Macedônio França, atinente ao desabamento do Edifício Palace II, que decidiu: “... Correta a rejeição, pela sentença apelada, da preliminar de ilegitimidade ativa do autor não associado à Associação autora da ação civil pública, cuja sentença ora se liquida. A uma, porque há disposição expressa no art. 103, III, do CDC, no sentido de que o efeito do *decisum*, *in casu*, é *erga omnes*, inexistindo regra que estabeleça limite subjetivo restritivo aos associados da Associação legitimada para a propositura de ações coletivas; e, a duas, porque a sentença liquidanda expressamente dirigiu seus efeitos a todas as vítimas do evento, de forma que a presente questão sequer poderia ser suscitada nesta fase processual...”

⁴⁴⁰ Para Ada Grinover, esse regime legal teria consagrado a tese de Liebman, porque os terceiros, ausentes do processo, são atingidos pela eficácia natural da sentença de improcedência: *Eficácia e autoridade da sentença: a teoria de Liebman no Código de Defesa do Consumidor e no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América*,

31. Eficácia da sentença de procedência proferida na ação coletiva e extensão da coisa julgada

Reiterando técnica tradicional do processo individual, esse mesmo § 3º do art. 103 autoriza, como efeito da sentença de procedência do pedido formulado na demanda coletiva, a liquidação e a execução pelas vítimas.

Se fosse aplicada a regra clássica do art. 472 do Código de Processo Civil, não haveria como transportar, sem previsão legal expressa, a coisa julgada da ação civil pública às demandas individuais. E isso, não apenas pela evidente diferença de objeto, como ainda porque os efeitos secundários da sentença devem ser contemplados pela lei.

No entanto, inspirando-se no postulado da economia processual, o Código do Consumidor admite o aproveitamento da coisa julgada favorável formada no processo da ação civil pública, possibilitando aos “terceiros beneficiados” e seus sucessores, sem a exigência de nova sentença condenatória, que procedam à liquidação e à execução da sentença, nos termos dos arts. 97 a 100 do Código de Defesa do Consumidor.

Essa técnica, contudo, não implica ampliação, *ope legis*, do objeto do processo, para incluir o julgado sobre a obrigação de indenizar.⁴⁴¹ Na verdade, trata-se de efeito secundário ou anexo da sentença ditado pela lei, que autoriza a liquidação e a execução individual, pelos respectivos titulares do direito material. A

Enrico Tullio Liebman oggi – riflessioni sul pensiero di un maestro, p. 105 ss.; O processo - estudos & pareceres, cap. 16, p. 202 ss.

⁴⁴¹ V., em senso contrário, sustentando a ampliação do objeto do processo, Ada Grinover, *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 826-827. V., lastreado na mesma opinião, Glauber Moreno Talavera, *A coisa julgada no sistema do Código de Defesa do Consumidor*, Revista do IASP, n. 14, 2004, n. 6.7, p. 163.

eficácia condenatória é inerente à própria sentença, não havendo qualquer dilatação objetiva da *res in iudicium deducta*.

32. Eficácia da sentença penal condenatória e extensão da coisa julgada

Igualmente, o art. 103, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, aplica aos direitos difusos e coletivos a regra do art. 63 do Código de Processo Penal, e, com isso, confere uma ampliação do conceito de *ofendido pelo crime*.

A sentença penal condenatória transitada em julgado por crimes contra interesses metaindividuais, previstos, v. g., na legislação consumerista ou ambiental, autoriza a liquidação e subsequente execução coletiva ou individual em face do condenado, para a respectiva reparação dos danos causados.

Trata-se, como se observa, da mesma técnica que possibilita o transporte *in utilibus* da coisa julgada penal para as ações individuais de natureza indenizatória.

É possível, por exemplo, que o Ministério Público, diante do trânsito em julgado da sentença penal condenatória por crime ambiental, configurado pela implantação de loteamento clandestino, proponha execução coletiva para o ressarcimento dos danos causados ao meio ambiente. Viabiliza-se, outrossim, o ajuizamento concomitante de execuções individuais pelas pessoas lesadas pelo desmatamento de área contígua. Situações análogas podem ser extraídas, como destaca Ricardo Leonel, das relações de consumo (por ex.: condenação por crime de propaganda enganosa), com a possibilidade de liquidação e execução pelo consumidor lesado (adquirente de produto com características alteradas), e assim em qualquer hipótese de delito perpetrado em detrimento de interesses supra-individuais.⁴⁴²

⁴⁴² *Manual do processo coletivo*, n. 5.11, p. 281. Confira-se, ainda, Ada Grinover, *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 829.

Duas considerações parecem-me oportunas: *a*) a liquidação e a execução devem guardar estreita simetria, objetiva e subjetiva, com a sentença penal, só podendo ser efetivada contra aquele que foi condenado na ação penal. Se empregado de empresa ou servidor público foi condenado por crime ambiental ou contra consumidor, o título executivo judicial (sentença penal condenatória) formou-se apenas em relação a ele, réu na ação penal. Não serão possíveis a liquidação e a execução contra a pessoa jurídica ou contra o Estado, visto que, quanto a estes, não há título executivo, sendo necessária, para tanto, nova ação de conhecimento; e *b*) a sentença penal absolutória, quando declarada a inexistência material do fato ou de sua autoria, inviabiliza a tutela individual e coletiva (art. 935 CC).⁴⁴³

33. Limitação subjetiva e territorial da extensão da coisa julgada

Por opção de cunho eminentemente político, a Medida Provisória 1.570-4, de 22 de julho de 1997, procurou conter a “ameaça” que a tutela coletiva representa ao Estado, reduzindo a eficácia *erga omnes*, regrada no art. 16 da Lei de Ação Civil Pública, a todos os interessados, mas nos limites da competência territorial do órgão jurisdicional prolator da decisão.

Desprezando-se as inúmeras críticas formuladas pela comunidade jurídica nacional contra essa absurda orientação, foi ela consagrada na Lei 9.494/97, que deu nova redação ao refe-

⁴⁴³ Cf., nesse sentido, Nilton Luiz de Freitas Baziloni, *A coisa julgada nas ações coletivas*, n. 2.37, p. 147. V., em sentido contrário, Antonio Gidi, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, n. 7, p. 177-178; para quem a ação penal pode ter sido mal conduzida ou mal-instruída pelo autor, circunstância essa que justificaria a irrelevância da sentença penal absolutória para o processo coletivo; e, com ele, Leonel, *Manual do processo coletivo*, n. 5.11, p. 281.

rido 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".

Observou, a propósito, José Marcelo Vigliar, que tal preceito legal representa um verdadeiro retrocesso, porque, a par de seu aspecto marcadamente ideológico, afronta o princípio da isonomia processual e compromete o efetivo acesso à justiça.⁴⁴⁴

Não satisfeito com a mencionada alteração legislativa, em 11 de fevereiro de 1999, o Executivo editou a Medida Provisória 1798-1⁴⁴⁵, que introduziu na citada Lei 9.494/97 o art. 2º-A. Por força dessa nova regra: "A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas

⁴⁴⁴ *Tutela jurisdicional coletiva*, n. 2.6.12, p. 182; *A Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997, e a nova disciplina da coisa julgada nas ações coletivas: inconstitucionalidade*. Editorial Atlas, 6, 1998, p. 4-5. Cf., ainda, Bruno Freire e Silva, *A ineficácia da tentativa de limitação territorial dos efeitos da coisa julgada na ação civil*, Processo civil coletivo (obra coletiva), n. 3, p. 337-338.

⁴⁴⁵ Como destaca Ricardo Leonel, em texto inédito sobre as alterações introduzidas pela EC 45, referida medida provisória foi reeditada, aproximadamente, trintas vezes (em diferentes versões atinentes a outras matérias, mas sem alteração no tópico aqui examinado), com numeração diversa. A última edição foi da MP 2.180-35, de 24.08.2001, que acabou perenizada no art. 2º da EC 32, de 11.09.2001, que estabeleceu: "As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional". Para uma resenha das críticas quanto aos motivos de "política legislativa" e à inconstitucionalidade das medidas provisórias destinadas à restrição da efetividade do processo coletivo, consulte-se Ricardo Leonel, *Manual do processo coletivo*, p. 175-180.

os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão".⁴⁴⁶

Percebe-se, sem dificuldade, que esse preceito incide apenas nas hipóteses de direitos coletivos e individuais homogêneos, visto que, na esfera dos direitos difusos, os respectivos titulares são indeterminados e indetermináveis, ligados por circunstâncias de fato, não havendo como saber o local de seus domicílios.

Ademais, apontando a falta de habilidade do Poder Executivo, esclarece Ada Pellegrini Grinover que o problema, sob o aspecto focado, não diz com a eficácia da sentença, mas, sim,

⁴⁴⁶ Confira-se, sobre esse ponto, a jurisprudência do STJ: 1ª Turma, rel. Min. José Delgado, *EDcl. no REsp. n. 640.695-RS*: "Impossibilidade de ajuizamento de ação de execução em outros Estados da Federação com base na sentença prolatada pelo Juízo Federal do Paraná nos autos da Ação Civil Pública nº 93.0013933-9 pleiteando a restituição de valores recolhidos a título de empréstimo compulsório cobrado sobre a aquisição de álcool e gasolina no período de jul./87 a out./88, em razão de que em seu dispositivo se encontra expressa a delimitação territorial adrede mencionada. A abrangência da ação de execução se restringe a pessoas domiciliadas no Estado do Paraná, caso contrário geraria violação do art. 2º-A da Lei n. 9.494/97, *litteris*: 'A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator'"; 1ª Turma, rel. Min. Teori Zavascki, *REsp. n. 625.996-SC*: "Nos termos do art. 566 do CPC, tem legitimidade para 'promover a execução forçada', além do Ministério Público, nos casos prescritos em lei, 'o credor a quem a lei confere título executivo'. Na hipótese dos autos, o comando sentencial da ação civil pública restringiu sua eficácia subjetiva aos contribuintes domiciliados no Estado do Paraná, sendo inviável, sob pena de ofensa ao princípio da coisa julgada, a sua extensão a contribuintes domiciliados em Santa Catarina, como é o caso dos autores, que não possuem, portanto, título executivo".

com a amplitude do pedido. E o “âmbito de competência territorial do órgão prolator” é o definido no art. 93, inc. II, do Código de Defesa do Consumidor, tendo o órgão prolator competência nacional ou regional nos expressos termos da lei.⁴⁴⁷

34. Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América

Aprovado nas Jornadas Ibero-Americanas, realizadas em Caracas, em outubro de 2004, o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, no que toca ao instituto da coisa julgada, seguiu parcialmente a sistemática da lei brasileira em matéria de direitos transindividuais, em particular, o regime do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, mas, ainda, trouxe importante inovação.

Preceitua o art. 33 do referido diploma legal que: “Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada *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. § 1º Mesmo na hipótese de improcedência fundada nas provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, no prazo de 2 (dois) anos contados da descoberta de prova nova, superveniente, que não poderia ter sido produzida no processo, desde que idônea, por si só, para mudar seu resultado. § 2º Tratando-se de interesses ou direitos individuais homogêneos, em caso de improcedência do pedido, os interessados poderão propor ação de indenização a título individual. § 3º Os efeitos da coisa julgada nas

⁽⁴⁴⁷⁾ Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, p. 822. Cf., também, José Marcelo Menezes Vigliar, *Ação civil pública*, 3ª ed., n. 10.1, p. 112-113.

ações em defesa de interesses ou direitos difusos ou coletivos 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 artigos 22 a 24. § 4º. Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória. § 5º A competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada *erga omnes*”.

Com redação mais aperfeiçoada daquela que lhe serviu de modelo, tal dispositivo legal contém, em apertado resumo, as seguintes regras:

a) *sentença de procedência do pedido*: eficácia da sentença e extensão da coisa julgada *erga omnes*, não sujeita a qualquer limitação territorial;

b) *sentença de improcedência*: impede o ajuizamento de nova demanda por qualquer outro legitimado;

c) *sentença de improcedência do pedido por insuficiência de provas*: não impede o ajuizamento da mesma demanda, por qualquer legitimado, fundado em prova nova;

d) *sentença de improcedência fundada nas provas produzidas*: não impede o ajuizamento da mesma demanda, por qualquer legitimado, no prazo de dois anos, a contar da descoberta de prova superveniente, impossível de ter sido produzida no primeiro processo e idônea a mudar o seu resultado;

e) *sentença de procedência no caso de direitos individuais homogêneos*: extensão da coisa julgada a todos os interessados, que poderão inclusive liquidar e executar o julgado;

f) *sentença de improcedência no caso de direitos individuais homogêneos*: não impede o ajuizamento de demandas individuais; e

g) *sentença penal condenatória*: passível de liquidação e execução, na esfera civil, pelas vítimas ou sucessores (art. 475-N, II, CPC).

Acrescente-se que toda essa orientação legislativa também prevalece na hipótese de ação coletiva passiva (*defendant class action*), contemplada no art. 35 do Código Modelo: “*Ações contra o grupo, categoria ou classe* – Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado, nos termos do parágrafo 2º do artigo 2º deste código, e desde que o bem jurídico a ser tutelado seja transindividual (artigo 1º) e se revista de interesse social”.⁴⁴⁸

A “coisa julgada passiva”, na dicção dos arts. 36 e 37, recebe duplo tratamento, dependendo do objeto da ação coletiva.

Se a demanda versar sobre direito difuso, a extensão da coisa julgada é *erga omnes*, “vinculando os membros do grupo, categoria ou classe” (art. 36).

Tratando-se, por outro lado, de direito individual homogêneo, a coisa julgada também se estende a todos, no plano coletivo, mas a sentença de procedência não vinculará os membros do grupo, categoria ou classe, que poderão mover ações próprias ou defender-se na execução do julgado, para afastar a eficácia da sentença na sua esfera individual (art. 37).

O Código Modelo, como se verifica, traçou importante distinção, na ação coletiva passiva, quanto à vinculação dos sujeitos interessados, a partir da divisibilidade ou não do bem jurídico tutelado. Sendo indivisível, a extensão da coisa julgada abrange todos os membros do grupo, categoria ou classe. Entretanto, se for divisível, a coisa julgada não vincula os integrantes do

⁴⁴⁸ V., sobre as denominadas *defendant class actions* no direito brasileiro, Pedro Dinamarco, *Ação civil pública*, n. 15.1, p. 268 ss.

grupo, categoria ou classe, que poderão ajuizar ações próprias para afastar a eficácia da sentença em sua esfera jurídica individual.⁴⁴⁹

Todavia, se a ação coletiva, nesse caso, for ajuizada contra o sindicato, como substituto processual da categoria, a extensão da coisa julgada abrange todos, tornando imutável a decisão para os seus membros, mesmo na hipótese de procedência do pedido (art. 37, par. ún.).

35. Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos

Idêntica sistemática da coisa julgada, regradada no Código Modelo de Processos Coletivos para os países ibero-americanos, estava contemplada nas primeiras versões do Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos.

Contudo, é de se salientar que na derradeira proposta formulada, apresentada pelos seus idealizadores em dezembro de 2005, foram introduzidas algumas alterações na redação, aperfeiçoando ainda mais, no art. 12, o regime da coisa julgada no âmbito da tutela coletiva.

A única modificação substancial digna de destaque é aquela constante do § 6º do art. 12, que autoriza o réu, de processo coletivo cujo pedido foi julgado procedente, a mover ação, no prazo de dois anos, “contados da descoberta de prova nova, superveniente, que não poderia ter sido produzida no processo, desde que idônea, por si só, para mudar seu resultado”.

⁴⁴⁹ V., a respeito, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, *Código Modelo de Processos Coletivos*, Tutela coletiva (obra coletiva), n. 11, p. 45-46.

Capítulo VII
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE
E EXTENSÃO *ERGA OMNES*
DA COISA JULGADA

Sumário: 36. Controle jurisdicional da constitucionalidade da lei.
37. Controle da constitucionalidade das leis no direito brasileiro.
38. Eficácia vinculante e extensão *erga omnes* da coisa julgada.

36. Controle jurisdicional da constitucionalidade da lei

Ao lado do controle político da constitucionalidade dos textos legais, ocupa lugar de franco relevo a fiscalização feita pelo Poder Judiciário. Realmente, “o controle mais importante e mais eficaz é o que se efetiva por ato jurisdicional, pois neste caso se tem, quando menos, a autoridade de uma coisa julgada, podendo ainda ocorrer a hipótese de suspensão da aplicação de uma lei julgada inconstitucional”.⁴⁵⁰

Como já tive oportunidade de escrever⁴⁵¹, vários são os sistemas de controle atribuídos ao Poder Judiciário, diferenciados pelo critério *subjetivo* ou *orgânico*, ou pelo critério *formal*.

⁽⁴⁵⁰⁾ Cf. Dalmo de Abreu Dallari, *O controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal*, O Poder Judiciário e a Constituição (obra coletiva), p. 159.

⁽⁴⁵¹⁾ Em co-autoria com Lauria Tucci, *Constituição de 1988 e processo*, p. 102 e ss. V., também, Cruz e Tucci, *Aspectos processuais da denominada ação declaratória de constitucionalidade*, Ação declaratória de constitucionalidade (obra coletiva), n. 3, p. 142 ss.

Quanto ao primeiro deles, temos o sistema *difuso*, segundo o qual incumbe, indiscriminadamente, a todos os órgãos jurisdicionais, aludido controle; e o *concentrado*, em que este é exercido por um só, único, organismo judicial. Exemplo típico do sistema difuso, denominado americano, encontra-se no direito dos Estados Unidos da América, em que, desde o famoso caso *Malbury v. Madison*, no ano de 1803, o controle da constitucionalidade da lei é efetivado por via *incidental*.⁴⁵²

Interessante orientação da Suprema Corte Argentina tem permitido a fiscalização da constitucionalidade, por via *incidental*, mediante advocatória provocada pelas partes interessadas.⁴⁵³

No tocante ao outro referido critério – o formal –, há, de um lado, o controle incidental (*konkrete Normenkontrolle*), no qual a questão da constitucionalidade da lei é apreciada *incidenter tantum*, prejudicialmente à composição da lide; e, de outro, o controle por via principal (*abstrakte Normenkontrolle*), quando tal questão se apresenta como exclusivo objeto do litígio, em determinado processo.

De origem austríaca é, outrossim, esse sistema concentrado e realizado por via principal: “o controle de legitimidade das leis ocorria, na Áustria, diversamente dos Estados Unidos da América, sempre por via principal, ou seja, por via de ação, mediante um meio processual *ad hoc*, próprio e autônomo, perante a Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*)”.⁴⁵⁴

⁴⁵²⁾ V., a propósito, da origem do controle de constitucionalidade nos EUA, Robert McCloskey, *The American Supreme Court*, p. 44 ss.

⁴⁵³⁾ V., sobre o tema, Alejandro D. Carrió e Alberto F. Garay, *La jurisdicción “per saltum” de la Corte Suprema. Su estudio a partir del caso Aerolineas Argentinas*.

⁴⁵⁴⁾ Cf. Cappelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, p. 93.

Em França⁴⁵⁵ e na Suíça⁴⁵⁶, o controle de constitucionalidade é, também, da competência exclusiva do Tribunal Constitucional, por via principal.

Inúmeras outras legislações, de resto, perfilham sistema misto ou eclético, como ocorre, em época contemporânea, em Portugal⁴⁵⁷, na Espanha⁴⁵⁸, na Itália⁴⁵⁹ e na Alemanha⁴⁶⁰, sendo de anotar-se que, nele, o controle concentrado desenvolve-se, quer por via principal, quer por via incidental, no âmbito de um caso concreto.

37. Controle da constitucionalidade das leis no direito brasileiro

Desde o advento da República, na esteira do modelo norteamericano, adotou-se no Brasil o controle difuso, por via incidental, outorgando-se competência a qualquer órgão do Poder

⁴⁵⁵⁾ Louis Favoreu, *As cortes constitucionais*, tr. port. Dunia Marinho Silva, p. 93 ss.

⁴⁵⁶⁾ V., sobre o sistema suíço, Pierre Cavin, *Le tribunal fédéral suisse, La cour judiciaire suprême – une enquête comparative* (obra coletiva), p. 345 ss.; Héctor Fix Zamudio, *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, p. 193-194.

⁴⁵⁷⁾ V., a respeito, José Manuel M. Cardoso da Costa, *A jurisdição constitucional em Portugal*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1987 (separata); Jorge Miranda, *A fiscalização concreta da constitucionalidade em Portugal*, As garantias do cidadão na justiça (obra coletiva), p. 15 ss.

⁴⁵⁸⁾ Consulte-se José Almagro Nosce, *Constitución y proceso*, p. 120 ss.; *El derecho procesal en la nueva Constitución*, Revista de derecho procesal iberoamericana, 1978, p. 887.

⁴⁵⁹⁾ Cappelletti, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, p. 4 ss; e, por último, Fausto Cuocolo, *Principi di diritto costituzionale*, 2ª ed., n. 2, p. 774 ss.; e Valerio Onida e Marilisa D'Amico, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi*, v. 1, p. 1 ss.

⁴⁶⁰⁾ V., a propósito, Jean-Claude Béguin, *Le controle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d'Allemagne*, passim.

Judiciário para conhecer, incidente e prejudicialmente, a questão da inconstitucionalidade.

Editada a Constituição de 16 de julho de 1934, todavia, passou-se a admitir o controle concentrado, direto, por via principal, ainda que bem limitado.

De idêntico modo, embora com alguma diferença, o legislador constituinte de 1946 estabeleceu no art. 8º, par. ún., que, nos casos de intervenção federal nos Estados, disciplinados no inc. VII do art. 7º, o ato argüido de inconstitucionalidade seria submetido pelo Procurador-Geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal, e, se este a declarasse, seria decretada a intervenção.⁴⁶¹

Já com a Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965, em pleno regime militar, viu-se amplamente alargado o campo do controle por via principal, mesmo porque, com a nova redação dada à alínea *k* do inc. I do art. 101 da Constituição de 1946, além de mantida a ação direta interventiva, conferiu-se também à nossa mais alta Corte de Justiça competência para processar e julgar representação do Procurador-Geral da República contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, tanto federal, quanto estadual.

Igualmente, assim dispunham o art. 114, inc. I, *l*, da Constituição de 1967, e o art. 119, inc. I, *l*, da Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, mais recentemente, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 7, de 13 de abril de 1977.

E, mantida essa orientação no art. 102, inc. I, *a*, com a ampliação conferida pela regra contida no art. 125, § 2º, da atual Constituição Federal, continuam vigorando, concomitantemen-

⁴⁶¹ Cf. Tucci e Cruz e Tucci, *Constituição de 1988 e processo*, p. 103-104.

te, em nosso ordenamento jurídico, os sistemas de controle concentrado e de controle difuso de constitucionalidade de lei ou de outro ato normativo do Poder Público.⁴⁶²

Este, aliás, por força do disposto nos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil, é exercitável por qualquer órgão jurisdicional, sempre por via incidental e, quando haja necessidade de resolver questão constitucional, prejudicialmente ao julgamento da causa ou do recurso. Aquele, por sua vez, direta e exclusivamente, pelo Supremo Tribunal Federal, com referência à “inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, federal ou estadual” ou à “constitucionalidade de lei ou ato normativo federal” (art. 102, I, *a*, CF).

A Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, alterando a redação do art. 103 da Constituição Federal, unificou a legitimação ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade. Hoje estão legitimados: *a*) o Presidente da República; *b*) a Mesa do Senado Federal; *c*) a Mesa da Câmara dos Deputados; *d*) a Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; *e*) o Governador de Estado ou do Distrito Federal; *f*) o Procurador-Geral da República; *g*) o Conselho Federal da OAB; *h*) partido político com representação no Congresso Nacional; e *i*) confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

É bem de ver que, no plano federal, a competência para o controle jurisdicional de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual continua especificada, com exclusividade, ao Supremo Tribunal Federal, a quem também compete processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, contemplada no art. 103, § 2º, quan-

⁴⁶² Tucci e Cruz e Tucci, *Constituição de 1988 e processo*, p. 104.

do a norma legal que deveria ter sido regulamentada pelo legislador ordinário, e não o foi, estiver contida na Constituição Federal e, ainda, a argüição de descumprimento de preceito fundamental, a teor do disposto no art. 102, § 1º.⁴⁶³

Em todas essas hipóteses, de acordo com o disposto no art. 97 da Constituição Federal, a competência *interna corporis* para julgamento é do plenário da nossa Suprema Corte de Justiça, e a inconstitucionalidade só poderá ser declarada pela maioria absoluta de seus integrantes.

38. Eficácia vinculante e extensão *erga omnes* da coisa julgada

Ressalte-se, outrossim, que a Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993, além de inúmeras modificações na ordem tributária, introduziu no art. 102, inc. I, da Constituição Federal, a denominada ação declaratória de constitucionalidade, de competência originária do Supremo Tribunal Federal.

Importa notar que essa aludida reforma, no § 2º do art. 102, determinou ainda que: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão *eficácia contra todos* e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo”.⁴⁶⁴

⁴⁶³ Do mesmo modo, e como não poderia deixar de ser, por força do disposto no art. 102, I, *p.*, ao STF é atribuída competência originária para processar e julgar “o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade”, cuja finalidade, como se faz curial, é a de efetivar imediatamente a suspensão, até o pronunciamento final nos autos principais, da aplicação da norma impugnada.

⁴⁶⁴ Instado a examinar a higidez jurídica da ação declaratória criada pela mencionada EC n. 3, o STF pronunciou-se, por maioria, pela sua constitucionalidade. Constatou do voto do Min. Francisco Rezek, ao enfren-

Observa-se, assim, que a primordial razão política inspiradora do Legislativo federal foi, sem dúvida, a de instituir um mecanismo destinado a subordinar o desfecho de demandas em curso perante juízos inferiores – monocráticos e colegiados – à decisão do Excelso Pretório pátrio.⁴⁶⁵

O procedimento da referida ação declaratória de constitucionalidade somente foi regulamentado pela Lei 9.868, de 1999, que também disciplinou aquele da tradicional ação direta de inconstitucionalidade.

Pois bem, verifica-se que esse diploma legal acabou ampliando de modo expressivo a eficácia vinculante dos precedentes do Supremo Tribunal Federal no tocante ao controle direto da constitucionalidade das leis. Abriu-se assim, a passos largos, o caminho de adoção, no Brasil, do precedente judicial com força vinculante em situações que se encontram em jogo importantes *quaestiones iuris*, de inequívoco peso político.

tar a questão da possível violação do princípio da separação dos poderes, a seguinte reflexão: “De modo que me pergunto: faz sentido não ser vinculante uma decisão da Suprema Corte do país? Não estou falando, naturalmente, de fatos concretos, cada um com seu perfil, reclamando o esforço hermenêutico da lei pelo juiz que conhece as características próprias do caso. Estou me referindo a hipótese de pura análise jurídica. Tem alguma seriedade a idéia de que se devam fomentar decisões expressivas de rebeldia? A que serve isso? Onde está o interesse público em que esse tipo de política prospere? Vejo como sábio e bem-vindo aquilo que diz o § 2º do art. 102, por força da Emenda n. 3, e a única coisa que lamento é que isso não tenha sido, desde o início, a regra pertinente à ação direta declaratória de inconstitucionalidade” (*ADC n. 1-1-DF*). V., no sentido da inconstitucionalidade da EC n. 3, Cruz e Tucci, *Aspectos processuais da denominada ação declaratória de constitucionalidade*, p. 151; Lenio Luiz Streck, *Súmulas no direito brasileiro — eficácia, poder e função*, p. 135 ss.

⁴⁶⁵ Cf., a propósito, Cruz e Tucci, *Aspectos processuais da denominada ação declaratória de constitucionalidade*. Ação declaratória de constitucionalidade, p. 137 ss.

Dispõe, a respeito, o art. 28 da referida Lei 9.868 que: “Dentro do prazo de 10 (dez) dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão. Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm *eficácia contra todos* e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

Procurando imprimir certeza jurídica nessa matéria, o respectivo acórdão delinea-se irrecorrível, não podendo igualmente ser objeto de ação rescisória (art. 26). Produz coisa julgada material, que vincula as autoridades aplicadoras da lei, que não mais poderão dar-lhe execução sob pena de afrontar a *res iudicata*, “uma vez que a declaração de inconstitucionalidade em tese visa precisamente a atingir o efeito imediato de retirar a aplicabilidade da lei. Se não fosse assim, seria praticamente inútil a previsão constitucional de ação direta de inconstitucionalidade genérica”.⁴⁶⁶

As decisões do Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, têm força de coisa julgada *ultra partes*, a exemplo do direito alemão e português, pois enquanto intérprete maior da compatibilidade abstrata do ordenamento jurídico com as normas constitucionais, vinculam o legislador, todos os tribunais e todas as autoridades administrativas. Ademais, “em relação a todos os juízos e tribunais restará afastado o controle difuso de constitucionalidade, uma vez que estão vinculados não só à decisão do Supremo Tribunal – *pela constitu-*

⁴⁶⁶ Cf. José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, 16ª ed., p. 56-57.

cionalidade ou inconstitucionalidade, em face do caráter dúplice da ação – mas também à interpretação constitucional que foi dada à norma, nas hipóteses de *interpretação conforme* a Constituição e *declaração parcial de nulidade sem redução de texto*”.⁴⁶⁷

Ressalta, a propósito, Gilmar Mendes que é correto admitir que a extensão *erga omnes* constitui um atributo das decisões de mérito de determinados processos – especialmente os denominados *processos objetivos* – e, isso, tanto dos pronunciamentos que declaram a inconstitucionalidade de uma lei, quanto daqueles que afirmam a legitimidade da norma. Desse modo, se o Supremo Tribunal Federal chega à conclusão de que a lei questionada é constitucional, a coisa julgada geral ou *erga omnes* obsta a que a matéria seja novamente submetida à apreciação da Corte, ressalvada a “inconstitucionalidade superveniente”.

No que concerne à declaração de constitucionalidade – ressalta, ainda, Gilmar Mendes –, o provimento do Supremo não determina alteração qualitativa da situação jurídica; “enquanto a declaração de nulidade importa na cassação da lei, não dispõe a declaração de constitucionalidade de efeito análogo. A validade da lei não depende da declaração judicial e a lei vige, após a decisão, tal como vigorava anteriormente”.⁴⁶⁸

Questão deveras importante sobre esse tema é a que diz respeito aos efeitos da improcedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade.

No sistema italiano, a decisão que reconhece a antinomia da lei ordinária com o texto constitucional produz coisa julgada *erga omnes*. No entanto, a moderna doutrina assevera que, diferentemente, os provimentos que rejeitam o pedido de declara-

⁴⁶⁷ Alexandre de Moraes, *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*, n. 6.2.2, p. 273.

⁴⁶⁸ *Jurisdição constitucional*, p. 278-280.

ção de inconstitucionalidade não geram qualquer eficácia e também não equivalem a um “reconhecimento de constitucionalidade” da disposição legislativa impugnada. Desse modo, tais decisões não prejudicam o ajuizamento de sucessiva argüição de inconstitucionalidade.

Afirmam, a respeito, Valerio Onida e Marilisa D’Amico, que, enquanto a pronúncia de inconstitucionalidade é definitiva e dotada de força *erga omnes*, a decisão de improcedência não impede posterior declaração de inconstitucionalidade do mesmo texto legal.⁴⁶⁹

Pela similitude do sistema português de controle jurisdicional da constitucionalidade da lei com aquele hoje vigente no Brasil, é oportuna, a propósito, a prestigiosa doutrina de Canotilho: “a decisão do Tribunal Constitucional pode ser uma sentença de ‘rejeição’ ou de ‘acolhimento’ do pedido de declaração de inconstitucionalidade. A Constituição regula expressamente os efeitos das sentenças de ‘acolhimento’, mas não contém preceito algum sobre os efeitos das sentenças de rejeição da inconstitucionalidade. Do articulado constitucional não se deduzem elementos suficientes para a configuração, como caso julgado, da sentença de rejeição. Não há, pois, que equiparar as decisões do Tribunal Constitucional que declarem a inconstitucionalidade de uma norma com as decisões que não a declaram. Estas não têm, por conseguinte, efeito preclusivo, pois não impedem que o mesmo ou outro requerente venha de novo a solicitar ao Tribunal Constitucional a apreciação da constitucionalidade da norma anteriormente não declarada inconstitucional. A solução é, de resto, a única defensável quando se coloca o problema em termos jurídico-constitucionais e jurídico-dogmáticos. Desde logo, enquanto a declaração de inconstitucionalidade

⁴⁶⁹⁾ *Il giudizio di costituzionalità delle leggi*, v. 1, n. 1.4, p. 367-368.

dade determina a nulidade *ipso iure*, eliminando a possibilidade de recursos por via incidental, a ‘não declaração’ carece de quaisquer efeitos purgativos, sendo admissível a repositura de uma ação direta (fiscalização abstrata) por outras entidades, constitucionalmente legitimadas, e a interposição de recursos em via incidental”.⁴⁷⁰

Essa é, outrossim, entre nós, a opinião de Lenio Streck, ao sustentar que não há como defender o argumento no sentido de que a improcedência do pedido na ação direta de inconstitucionalidade tenha o condão de a transformar em ação declaratória, com expansão *erga omnes* da coisa julgada. Pela regra do art. 97 da Constituição Federal, somente a declaração de inconstitucionalidade é que se reveste de tal crucial atributo.⁴⁷¹

⁴⁷⁰⁾ *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 4ª ed., n. 2, p. 993-994. Cf., ainda, a ampla e profunda pesquisa de Lenio Luiz Streck, *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, n. 11.11.2.5, p. 605-606, que se reporta ao magistério de Luís Nunes de Almeida, em escólio no qual afirma que, ao contrário das decisões de pronúncia de inconstitucionalidade, “as decisões de não inconstitucionalidade apenas fazem caso julgado formal, porquanto nem sequer têm força de caso julgado material, na medida em que não impedem que o mesmo requerente volte a solicitar ao Tribunal a apreciação da constitucionalidade da norma anteriormente não declarada inconstitucional. Com efeito, o Tribunal tem afirmado sem equívocos que ‘as únicas decisões capazes de precludirem a possibilidade de nova apreciação judicial da constitucionalidade de uma norma são as que, sendo proferidas em sede de fiscalização abstrata sucessiva, declaram a sua inconstitucionalidade’ (ac. TC 66/84) e que ‘no caso de acórdãos que não se pronunciam pela inconstitucionalidade, o Tribunal não fica impedido de voltar a pronunciar-se sobre a mesma matéria’, quer o acórdão tenha sido produzido em fiscalização preventiva, quer também o tenha sido em fiscalização sucessiva” (*A justiça constitucional no quadro das funções do Estado*. O Tribunal Constitucional e o conteúdo, a vinculatividade e os efeitos das suas decisões (obra coletiva), p. 134). Confira-se, outrossim, na doutrina brasileira: Regina Maria Macedo Nery Ferrari, *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, 4ª ed., n. 10.7, p. 250 ss.

⁴⁷¹⁾ *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, n. 11.11.2.5, p. 607.

O Supremo Tribunal Federal, em recentes e reiterados julgamentos, tem se curvado ao efeito positivo da coisa julgada, emergente de precedentes em ações diretas de inconstitucionalidade (*ADIn*) e declaratórias de constitucionalidade (*ADC*).

Invoque-se, por exemplo, o julgado da 2ª Turma, proferido no *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 328.646-PR* e relatado pelo Min. Carlos Velloso, sobre contribuição social do salário-educação, em que se lê: “A existência de precedente firmado pelo Plenário do STF autoriza o julgamento imediato de causas que versem o mesmo tema (RI/STF, art. 101), ainda que o acórdão do ‘leading case’, proferido pelo Plenário, não tenha sido publicado, ou, caso já publicado, ainda não haja transitado em julgado... O Supremo Tribunal Federal, pelo seu Plenário, julgando procedente pedido formulado em ação declaratória de constitucionalidade, declarou a ‘constitucionalidade, com força vinculante, com eficácia *erga omnes* e com efeito *extunc*, do art. 15, § 1º, incisos I e II, e § 3º da Lei 9.424, de 24-12-96’ (*ADC 3-DF*, Min. Nelson Jobim, DJ de 14.12.99)”.

Igualmente, ainda sobre a constitucionalidade do salário-educação, a 1ª Turma, no julgamento do *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 345.487-SC*, secundou o voto do relator, Min. Moreira Alves, nos seguintes termos: “Os precedentes seguidos pelo despacho agravado são do Plenário e se destinaram, depois de exaustiva análise das questões relativas à contribuição social do salário-educação, a resolvê-las, decidindo que ela não era incompatível com a Emenda Constitucional n. 1/69 nem o é em face da atual Constituição, permanecendo nos moldes fixados... pela sua nova disciplina pela Lei 9.424/96, cujo art. 15 foi declarado constitucional, com efeito vinculante, pelo julgamento de procedência da *ADC 3*, em 02.12.99...”.

Em senso assemelhado, tendo o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconhecido, no julgamento da *Medida Cautelar*

incidental à *Ação Direta de Constitucionalidade n. 4-DF*, a legalidade do art. 1º da Lei 9.494/97, atinente à suspensão da antecipação da tutela contra o Poder Público, deu-se pela procedência da *Reclamação n. 1.770-RN*, visto que: “O descumprimento, por quaisquer juízes ou Tribunais, de decisões concessivas de medidas cautelares, outorgadas, com efeito vinculante, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sede de ação declaratória de constitucionalidade, autoriza a utilização da via reclamatória, também vocacionada, em sua específica função processual, a resguardar e a fazer prevalecer, no que concerne à Suprema Corte, a integridade, a autoridade e a eficácia subordinante dos comandos que emergem de seus atos decisórios”.⁴⁷²

O Superior Tribunal de Justiça, a seu turno, acatando a eficácia desses precedentes verticais, restringe-se, simplesmente, a adotar, como *ratio decidendi*, a interpretação conferida pelo Excelso Pretório. Pode-se colacionar, nesse exato sentido, *e. g.*, o julgado proferido no *Recurso Especial n. 276.040-PR*, no qual vem afirmado que: “Diante da decisão liminar do Plenário do STF, datada de 11.02.98, proferida na *ADC (MC) n. 4-DF*, estão cassados, a partir de 13.02.98, data de sua publicação, com efeito vinculante, os efeitos de decisões concessivas de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública”.⁴⁷³

No julgamento dos *Embargos de Declaração no Recurso em Mandado de Segurança n. 13.915-MG*, o Min. Humberto Gomes de Barros, então relator, sintetiza, em poucas palavras, os prejuízos advindos das decisões contrárias à força obrigatória

⁽⁴⁷²⁾ Confira-se, no mesmo sentido, STF, Tribunal Pleno, *Recl. 1.825-RN*, rel. Min. Sydney Sanches.

⁽⁴⁷³⁾ 6ª Turma, rel. Min. Fernando Gonçalves. V., em senso análogo. STJ, 2ª Turma, *Emb. Decl. no REsp. n. 356.391-BA*, rel. Min. Franciulli Netto; 1ª Turma, *AgReg. no AgInstr. n. 465.861-DF*, rel. Min. José Delgado.

dos precedentes judiciais, *in verbis*: “A decisão do STF em ADIn deve ser observada de forma vinculante (cf. art. 2º, do art. 102, da CF)... A teimosia na adoção de teses já vencidas, além de militar em desfavor à função uniformizadora dos Tribunais Superiores, só faz crescer a pletora de processos que se amontoam sobre o Judiciário...”.

Cumpra ainda acrescentar que a Lei 9.882/99, que regulamentou o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, seguindo a mesma diretriz dos já aludidos mecanismos de controle direto da constitucionalidade da lei, determina, no art. 10, § 3º, que, em caso de procedência do pedido: “A decisão terá *eficácia contra todos* e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público”.

Registre-se, por fim, que todos esses aspectos, em seu conjunto, estão a evidenciar que o modelo brasileiro atual, no que concerne ao tema da ampliação subjetiva da coisa julgada em matéria de controle de constitucionalidade das leis, segue a vocação moderna das Cortes de Cassação dos países europeus, que lhes atribuem, de um lado, a supremacia do controle da constitucionalidade das leis e, de outro, a hegemonia da interpretação e aplicação do direito.

Não há dúvida, outrossim, que a força *erga omnes*, supra-referenciada, acentua o caráter de fonte de direito dos precedentes judiciais do Supremo Tribunal Federal.

Como bem pontuado, a propósito, a imutabilidade do conteúdo das decisões sobre a constitucionalidade dos textos legais, prevista expressamente no ordenamento jurídico, alça a produção da atividade judicial, nos sistemas nos quais esta ocupa preeminente posição, ao mesmo nível da hierarquia da lei.⁴⁷⁴

⁴⁷⁴ Julio Cueto Rua, *Fuentes del derecho*, p. 169; Cruz e Tucci, *Precedente judicial como fonte do direito*, n. 2.2, p. 275.

Capítulo VIII CONCLUSÃO

Sumário: 39. Considerações conclusivas. 40. Esboço de um regramento geral da eficácia da sentença e da extensão da coisa julgada em relação às partes e a terceiros.

39. Considerações conclusivas

A presente tese, como de início asseverado, visou a examinar tema clássico, com o propósito de reacender o debate científico sobre a eficácia da sentença e a extensão da coisa julgada.

A consciência desse escopo, mais que a tentativa de encontrar novas soluções para as questões que emergem do tema, constituiu a razão precípua que me estimulou a abordá-lo.

Ao longo do desenvolvimento do trabalho foram firmadas conclusões acerca dos múltiplos problemas enfrentados.

À guisa de considerações finais podem ainda ser reiteradas e extraídas as seguintes premissas:

1. Provém das fontes romano-canônicas o princípio de que a extensão da coisa julgada limita-se às partes do processo, não podendo beneficiar nem prejudicar terceiros.

2. As inúmeras teorias sobre o tema não seguem um perfil metodológico homogêneo, visto que se assentam em perspectivas e pressupostos diferenciados, cada qual procurando resultados coerentes com o respectivo ordenamento jurídico (vigente à época em que foram escritas), tanto no plano do direito material, quanto na órbita do processo. Abstração feita de aspectos

que particularizam, na sua essencialidade, as várias teses examinadas na primeira parte da pesquisa, é possível dizer que, em linhas gerais, a despeito do arco temporal que as separa, acabam elas se completando, diante do exame, por diferentes prismas, de idênticos problemas jurídicos.

3. Pareceu-me realmente importante, antes de mais nada, adotar uma diretriz norteada pela tese de Liebman. Apesar de não poder ser integralmente transplantada para a nossa experiência jurídica, a doutrina de Liebman é fundamental para bem compreender o fenômeno da eficácia da sentença e da extensão da coisa julgada às partes e, por exceção, aos terceiros.

4. Todo aquele que não participa do contraditório no processo pendente *inter alios* é considerado terceiro.

5. Em princípio, a sentença e a coisa julgada não alcançam as relações jurídicas de terceiros.

6. As partes são as destinatárias imediatas dos efeitos típicos ou programados da sentença, que podem se produzir mesmo antes do trânsito em julgado.

7. Diante das garantias constitucionais do contraditório e da isonomia processual, a coisa julgada vincula exclusivamente os sujeitos que participaram do processo.

8. Não se admite, em quaisquer circunstâncias, a denominada coisa julgada *secundum eventum litis*.

40. Esboço de um regramento geral da eficácia da sentença e da extensão da coisa julgada em relação às partes e a terceiros

Assim, diante dessas premissas conclusivas, torna-se possível divisar algumas linhas mestras que determinam a delimitação subjetiva da eficácia da sentença e da extensão da coisa julgada, a saber:

1. Uma disciplina sobre os limites subjetivos que aspire a ser geral e, portanto, desfrutar de alguma utilidade heurística, deve, segundo imagino, partir do pressuposto de que, com o trânsito em julgado da sentença, a coisa julgada, em regra (art. 472 CPC), opera exclusivamente entre as partes, não produzindo qualquer prejuízo ou benefício a terceiros (*terceiros indiferentes*).

2. Todavia, tendo em vista a complexidade das relações jurídicas, verifica-se a possibilidade de repercussão menos ou mais intensa da eficácia da sentença ou mesmo da coisa julgada a um terceiro. Esse fenômeno, de todo excepcional, poderá acarretar prejuízo de fato a algumas pessoas (*terceiros titulares de um interesse de fato*).

3. Existem, ainda, outros sujeitos que sofrem prejuízo jurídico decorrente da eficácia da sentença *inter alios*, quando são titulares de um interesse incompatível com o objeto da decisão (*terceiros juridicamente interessados*).

Quando um terceiro que experimenta prejuízo jurídico for titular de relação jurídica ligada por um nexo de prejudicialidade, no plano do direito material, com o objeto da decisão, a relação jurídica decidida influi sobre a dependente, cujo elemento constitutivo tem aquela como suporte.

4. Se o grau de dependência entre a relação jurídica decidida e aquela que tem o terceiro como titular for de tal sorte expressivo, a produzir-lhe prejuízo jurídico, poderá ele insurgir-se contra a sentença por via indireta, submetendo o direito objeto de decisão no precedente processo à (re)apreciação judicial, ou, então, poderá impugnar diretamente a sentença, com o escopo de demonstrar que ela é equivocada ou injusta. E, para tanto, como já frisado, deve ter legitimidade e interesse processual para propor a medida judicial adequada à espécie concreta.

5. Enquanto a eficácia da sentença pode trazer prejuízo ao terceiro, a imutabilidade da decisão, por força das consequências processuais que daí advêm, vincula-o tão-somente quando lhe propiciar benefício.

6. Desse modo, alguém, estranho ao processo, pode ser beneficiado pelo respectivo resultado. De um lado, encontram-se os *terceiros beneficiados de fato*, que acabam, sendo favorecidos e, de outro, os *terceiros juridicamente beneficiados*, que se subordinam à autoridade da coisa julgada. Nessa derradeira situação, a extensão *ultra partes* ocorre porque o terceiro, no plano do direito material, situa-se na mesma posição jurídica de um dos demandantes ou então é titular de relação conexa com a que foi decidida.

7. Esse fenômeno ocorre toda vez que a situação subjetiva do terceiro for favorecida pela sentença proferida em processo *inter alios*. A coisa julgada, em tais casos, não lesa o direito de alguém que, embora não tenha integrado o contraditório num determinado processo, foi beneficiado pelo respectivo resultado.

8. Nessas condições, com o trânsito em julgado da sentença e a conseqüente imutabilidade do comando que dela emerge, não se vislumbra, em relação ao terceiro, qualquer violação, necessidade de modificação ou estado de incerteza atual, que possa gerar-lhe interesse processual para agir contra a coisa julgada que lhe propiciou vantagem.

9. O regime da coisa julgada, disciplinado no art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, é aplicável a todas as espécies de ações coletivas. Mesmo que não tenha como objeto relação de consumo, por força do art. 21 da Lei 7.347/85, que recebeu nova redação pelo art. 117 do Código de Defesa do Consumidor, as normas processuais contempladas nesse diploma acabaram formando uma disciplina geral do processo das ações coletivas.

10. Essas demandas tutelam três diversificadas categorias de interesses ou direitos, em virtude da natureza da relação jurídica material: *difusos, coletivos e individuais homogêneos*.

11. Partindo exatamente das três categorias de direitos transindividuais, o art. 103 do Código de Defesa do Consumidor contempla as respectivas regras atinentes aos limites subjetivos da coisa julgada, a saber: *a)* tratando-se de direitos difusos, a coisa julgada tem extensão *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente com fundamento na insuficiência da prova, situação que possibilita a qualquer outro legitimado ajuizar nova ação, com idêntica causa de pedir, valendo-se de novo conjunto probatório; *b)* tratando-se de direitos coletivos, a coisa julgada estende-se *ultra partes* (limitada ao grupo, categoria ou classe, cujos membros são unidos por uma mesma relação jurídica base), excetuando-se igualmente a improcedência do pedido decorrente da insuficiência da prova; e *c)* tratando-se de direitos individuais homogêneos, a coisa julgada tem expansão *erga omnes*, desde que o pedido seja julgado procedente, em benefício de todas as vítimas e seus sucessores. Sendo procedente o pedido, todos os titulares de direitos homogêneos conexos suportarão a eficácia da sentença e a extensão da coisa julgada; sendo improcedente, a coisa julgada produz-se apenas entre as partes, obstando, por essa razão, ao ajuizamento de novas demandas coletivas, por qualquer outro legitimado. Mas, nessa hipótese, todos os interessados, titulares de direitos subjetivos divisíveis, não são atingidos pelo julgamento desfavorável e, por esse motivo, podem, na posição de terceiros, propor ações individuais.

12. A despeito desse regime particularizado, os limites subjetivos estabelecidos no art. 472 do Código de Processo Civil revelam-se, em princípio, suficientes para atender às exigências das ações de espectro coletivo, sendo certo que a rejeição do

pedido, em qualquer uma delas, não acarretará prejuízo aos direitos individuais dos integrantes do respectivo grupo, categoria ou classe interessada, visto que a coisa julgada se forma *secundum eventum probationis*.

13. As decisões do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle direto da constitucionalidade das leis, têm força de coisa julgada *erga omnes*, pois, sendo ele intérprete maior da compatibilidade abstrata do ordenamento jurídico com o texto constitucional, vinculam o legislador, todos os tribunais e todas as autoridades administrativas.

14. A improcedência do pedido na ação direta de inconstitucionalidade não produz coisa julgada material, uma vez que não obsta a que o mesmo ou outro legitimado demande nova apreciação da constitucionalidade da lei não declarada inconstitucional.

15. Para finalizar, duas proposições *de lege ferenda*:

a) torna-se imperiosa a alteração do art. 472 do Código de Processo Civil, para que venham especificadas na lei ordinária, de forma clara e, sobretudo, à luz das garantias constitucionais do processo, em que circunstâncias e quais os terceiros (“*aventi causa*”) que se subordinam à coisa julgada; e, embora a defesa processual do terceiro não constitua objeto da presente tese,

b) delinea-se de todo recomendável a introdução, em nosso direito positivo, de instituto análogo à *opposizione del terzo*, com a finalidade de complementar o quadro dos meios de defesa daquele que não participou do processo, mas sofreu prejuízo, e, com isso, pôr termo à notória divergência de entendimento quanto à efetiva tutela do direito do terceiro atingido pela eficácia da sentença.

BIBLIOGRAFIA

- ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *O conceito de terceiro no processo civil*, Revista da Faculdade de Direito da USP, v. 99, 2004.
- ALLARD, Julie e GARAPON, Antoine. *Les juges dans la mondialisation - La nouvelle révolution du droit*, Turriers, Ed. du Seuil, 2005.
- ALLORIO, Enrico. *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, ristampa, Milano, Giuffrè, 1992.
- ALLORIO, Enrico. *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, Problemi di diritto, 1, Milano, Giuffrè, 1957.
- ALLORIO, Enrico. *Trent'anni di applicazione del Codice di Procedura Civile (saggio introduttivo)*, Commentario del Codice di Procedura Civile, dir. E. Allorio, t. 1, Torino, Utet, 1973.
- ALMAGRO NOSETE, José. *Constitución y proceso*, Barcelona, Bosch, 1984.
- ALMAGRO NOSETE, José. *El derecho procesal en la nueva Constitución*, Revista de derecho procesal iberoamericana, 1978.
- ALMEIDA, Luís Nunes de. *A justiça constitucional no quadro das funções do Estado*, O Tribunal Constitucional e o conteúdo, a vinculatividade e os efeitos das suas decisões (obra coletiva), coord. Mario Baptista Coelho, Lisboa, Universidade de Lisboa, 1987.
- ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*, São Paulo, Ed. RT, 1996.
- ANDOLINA, Italo e VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*, Torino, Giappichelli, 1997.
- ANDOLINA, Italo e VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*, Torino, Giappichelli, 1990.
- ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*, São Paulo, Forense, 2000.
- ARMELIN, Donald. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, São Paulo, Ed. RT, 1979.

ARMELIN, Donaldo. *Observância à coisa julgada e enriquecimento ilícito – postura ética e jurídica dos magistrados e advogados*, Cadernos do Centro de Estudos Judiciários, Conselho da Justiça Federal, 23, Brasília, 2003.

ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Apontamentos sobre o processo das ações coletivas*, Processo civil coletivo (obra coletiva), coord. Rodrigo Mazzei e Rita Dias Nolasco, São Paulo, Quartier Latin, 2005.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *A posição dos sócios e associados em relação a ações movidas contra as sociedades e associações de que façam parte*, Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins (obra coletiva), coord. Fredic Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, Ed. RT, 2004.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Código de Processo Civil comentado*, v. 2, São Paulo, Ed. RT, 1975.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Manual de direito processual civil*, vs. 1 e 2, 6ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1997.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *O terceiro adquirente de bem imóvel do réu, pendente ação reivindicatória não inscrita no registro de imóveis, e a eficácia da sentença em relação a esse terceiro, no direito brasileiro*, Libro homenaje a Jaime Guasp, Granada, Colmares, 1984.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Tratado de direito processual civil*, v. 2, 2ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1996.

ASSIS, Araken de. *Da natureza jurídica da sentença sujeita a recurso*, Doutrina e prática do processo civil contemporâneo, São Paulo, Ed. RT, 2001.

ASSIS, Araken de. *Eficácia civil da sentença penal*, 2ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2000.

ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*, 8ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2002.

ASSIS, Araken de. *Substituição processual*, ADV-Seleções Jurídicas, São Paulo, Coad, set./2005.

ATIYAH, Patrick S. *An Introduction to the Law of Contract*, 5ª ed., Oxford, Clarendon, 2000.

ATTARDI, Aldo. *Diritto processuale civile*, v. 1 – parte generale, Padova, Cedam, 1994.

ATTARDI, Aldo. *Il giudicato e un recente progetto di riforma*, Rivista di diritto civile, 1979.

ATTARDI, Aldo. *L'interesse ad agire*, Padova, Cedam, 1955.

AZEVEDO, Álvaro Villaça de e TUCCI, Rogério Lauria. *Tratado da locação predial urbana*, v. 1, São Paulo, Saraiva, 1980.

AZEVEDO, Luiz Carlos de e CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo. Ed. RT. 1996.

BAPTISTA, Francisco de Paula. *Compendio de theoria e pratica do processo civil*, 7ª ed., Lisboa, A. M. Teixeira, 1910.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Ainda e sempre a coisa julgada*, Direito Processual Civil (ensaios e pareceres), Rio de Janeiro, Borsoi, 1971.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A sentença penal como título executório civil*, Revista de direito penal, v. 4, Rio de Janeiro, Borsoi, 1971.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Coisa julgada e declaração*, Temas de direito processual, 1ª s., São Paulo, Saraiva, 1977.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Coisa julgada: extensão subjetiva. Litispendência. Ação de nulidade de patente; e “Quanti minoris”*, Direito processual civil (ensaios e pareceres), Rio de Janeiro, Borsoi, 1971.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5. 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2005.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema*, Revista de Processo, n. 40, 1985.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada*, Ajuris – Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, 28, 1983; Temas de direito processual, 3ª s., São Paulo, Saraiva, 1984.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *La igualdad de las partes en el proceso civil*, Revista de Processo, n. 44, 1986.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Litisconsórcio unitário*, Rio de Janeiro, Forense, 1972.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo Código Civil e o direito processual*, Revista Síntese de direito civil e processual civil, 19, 2002.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo*. Temas de direito processual, 4ª s., São Paulo, Saraiva, 1989.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Solidariedade ativa: efeitos da sentença e coisa julgada na ação de cobrança proposta por um único credor*. Revista do Advogado, AASP, n. 84, 2005.

BARROS, Francisco Carlos Rocha de. *Comentários à lei do inquilinato*. São Paulo, Saraiva, 1995.

BAZILONI, Nilton Luiz de Freitas. *A coisa julgada nas ações coletivas*. São Paulo, Juarez de Oliveira, 2004.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil interpretado* (obra coletiva), coord. Antonio Carlos Marcato, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2005.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual: tentativa de compatibilização*, tese, São Paulo, 2005.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório*. Causa de pedir e pedido no processo civil (obra coletiva), coord. José Rogério Cruz e Tucci e José Roberto dos Santos Bedaque, São Paulo, Ed. RT, 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, 3ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, São Paulo, Malheiros, 1998.

BÉGUIN, Jean-Claude. *Le controle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d'Allemagne*, Paris, Economica, 1982.

BELTRÃO, Sílvio Romero. *Direitos da personalidade*, São Paulo, Atlas, 2005.

BENETI, Sidnei Agostinho. *Desconsideração da sociedade e legitimidade ad causam: esboço de sistematização*, Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins (obra coletiva), coord. Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, Ed. RT, 2004.

BETTI, Emilio. *Cosa giudicata e ragione fatta valere in giudizio*, Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, v. 27, 1. Milano, 1929.

BETTI, Emilio. *D. 42.1.63 – Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, Macerata, Tip. Bianchini, 1922.

BETTI, Emilio. *Diritto processuale civile italiano*, 2ª ed., Roma, Foro Italiano, 1936.

BORINS, Stephen, WATSON, Garry D. e WILLIAMS, Neil J. *Canadian Civil Procedure – Cases and Materials*, 2ª ed., Toronto, Butterworths, 1977.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. *A autoridade da coisa julgada e a imutabilidade da motivação da sentença*, Teses, estudos e pareceres no processo civil, v. 2. São Paulo, Ed. RT, 2005.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. *A coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor*, Processo civil – 20 anos de vigência, coord. José Rogério Cruz e Tucci, São Paulo, Saraiva, 1995.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. *A coisa julgada no Código do Consumidor*, Coisa julgada, Rio de Janeiro, Forense, 2004; Revista Forense, v. 326, 1994.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. *Da autoridade civil da coisa julgada penal*, Coisa julgada, Rio de Janeiro, Forense, 2004.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. *Na ação do consumidor, pode ser inútil a defesa do fornecedor*. Revista do Advogado da AASP, n. 33, 1990.

BOYER, Louis. *Les effets des jugements a l'égard des tiers*, Revue trimestrelle de droit civil, t. 49, 1951.

BRITO, Teresa Quintela de. *Uma perspectiva sobre a substituição processual legal e a eficácia subjectiva do caso julgado*. Estudos em memória do Professor Doutor João de Castro Mendes. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, Lex, s/d.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Execução provisória e antecipação da tutela*, São Paulo, Saraiva, 1999.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2003.

BUSNELLI, Francesco Donato. *Considerazioni sul significato e sulla natura della cosa giudicata*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1961.

BUSNELLI, Francesco Donato. *La cosa giudicata nelle obbligazioni solidali*. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. 1974.

BUSNELLI, Francesco Donato. *Obbligazioni soggettivamente complesse*. Enciclopedia del diritto, 29, Milano, Giuffrè, 1979.

BUZOID, Alfredo. *Inafastabilidade do controle jurisdicional*, Estudos e pareceres de direito processual civil, São Paulo, Ed. RT, 2002.

CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores*, São Paulo, Ed. RT, 1999.

CAIANIELLO, Vincenzo. *Riflessioni sull'art. 111 della Costituzione*, Rivista di diritto processuale, 2001.

CALAMANDREI, Piero. *Appunti sulla sentenza come fatto giuridico*, Rivista di diritto processuale civile, 1932.

CALIXTO, Negi e MARINS, Victor A. A. Bonfim. *Eficácia da sentença e coisa julgada perante terceiros*. Revista dos Tribunais, v. 632, 1988.

CAMPOS JR., Ephraim de. *Substituição processual*. São Paulo, Ed. RT, 1985.

CAMPOS, Francisco. *Igualdade de todos perante a lei*, Revista de direito administrativo, 10, 1947.

CANDIDO, Raymundo. *Eficácia da coisa julgada penal no júízo civil*, tese, Belo Horizonte, 1953.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Ed., 2001.

CAPELO DE SOUSA, Radindranath V. A. *O direito geral de personalidade*, Coimbra, Coimbra Ed., 1995.

CAPPELLETTI, Mauro. *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi*, Le azioni a tutela di interessi collettivi (obra colectiva), Padova, Cedam, 1976.

CAPPELLETTI, Mauro. *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile*, Rivista di diritto processuale, 1975.

CAPPELLETTI, Mauro. *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 1979.

CAPPELLETTI, Mauro. *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano, Giuffrè, 1972.

CAPPELLETTI, Mauro e JOLOWICZ, J. *Public Interest Parties and the Active Role of the Judge in Civil Litigation*, Milano-Dobbs Ferry, Giuffrè-Oceana, 1975.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2004.

CARNACINI, Tito. *Il litisconsorzio nelle fasi di gravame*, Padova, Cedam, 1937.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Colusão – art. 129 do CPC – apelação de terceiro prejudicado*, Revista Magister de direito civil e processual civil, 9, 2005.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*, 12ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Aspectos processuais da nova lei de arbitragem*, Revista Forense, v. 339, 1997.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 9, t. 2, 1ª ed., 2ª tir., Rio de Janeiro, Forense, 2006.

CARNELUTTI, Francesco. *Bilancio di una polemica*, Rivista di diritto processuale civile, 1937; Studi di diritto processuale, v. 3, Padova, Cedam, 1939.

CARNELUTTI, Francesco. *Cosa giudicata e sostituzione processuale*, Rivista di diritto processuale, 1942.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*, Napoli, Morano, 1958.

CARNELUTTI, Francesco. *Efficacia, autorità e immutabilità della sentenza*, Rivista di diritto processuale civile, 1935; Studi di diritto processuale, v. 3, Padova, Cedam, 1939.

CARNELUTTI, Francesco. *Efficacia diretta e efficacia riflessa della cosa giudicata*, I e II, Studi di diritto processuale, Padova, Cedam, 1925.

CARNELUTTI, Francesco. *Efficacia diretta e riflessa del giudicato penale*, Rivista di diritto processuale, 1948.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del diritto processuale civile*, 1, Padova, Cedam, 1936.

CAROCCA PÉREZ, Alex. *Garantía constitucional de la defensa procesal*, Barcelona, Bosch, 1998.

CARPI, Federico. *Cenni sulla tutela degli interessi collettivi nel processo civile e la cosa giudicata*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1974.

- CARPI, Federico. *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*. Milano, Giuffrè, 1974.
- CARRIÓ, Alejandro D. e GARAY, Alberto F. *La jurisdicción "per saltum" de la Corte Suprema. Su estudio a partir del caso Aerolíneas Argentinas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991.
- CASAD, Robert e CLERMONT, Kevin. *Res Judicata – Theory, Doctrine and Practice*, Durham, Carolina Academic Press, 2001.
- CASTRO MENDES, João de. *Direito processual civil*, v. 2, Lisboa, AAFDL, 1987.
- CAVALCANTI FILHO, Theophilo. *O problema da segurança no direito*, tese, São Paulo, 1964.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio e DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Comentários ao novo Código Civil*, v. 13, Rio de Janeiro, Forense, 2004.
- CAVIN, Pierre. *Le tribunal fédéral suisse. La cour judiciaire suprême – une enquête comparative* (obra coletiva), dir. Pierre Bellet e André Tunc, Paris, Economica, 1978.
- CECHELLA, Claudio. *L'opposizione del terzo alla sentenza*, Torino, Giappichelli, 1995.
- CEDEÑO HERNÁN, Marina. *La tutela de los terceros frente al fraude procesal*, Granada, Comares, 1997.
- CHIARLONI, Sergio. *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile*, Rivista di diritto processuale, 2000.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, vs. 1 e 2, 2ª ed., tr. port. J. Guimarães Menegale, São Paulo, Saraiva, 1965.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*, 3ª ed., Napoli, Jovene, 1923.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Sulla cosa giudicata*, Saggi di diritto processuale civile, v. 2, Roma, Foro Italiano, 1931.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Sul litisconsorzio necessario*, Saggi di diritto processuale civile, v. 2, Roma, Foro Italiano, 1931.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, Rio de Janeiro, Forense, 2000.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro*. Revista dos Tribunais, v. 438, 1972.

- CLERMONT, Kevin e CASAD, Robert. *Res Judicata – Theory, Doctrine and Practice*, Durham, Carolina Academic Press, 2001.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*, São Paulo, Saraiva, 2003.
- COGLIOLO, Pietro. *Cosa giudicata (ed eccezione di)*, Enciclopedia giuridica italiana, v. 3, pt. 4, Soc. Ed. Libreria, Milano, 1906.
- COGLIOLO, Pietro. *Trattato teorico e pratico della eccezione di cosa giudicata secondo il diritto romano e il Codice Civile italiano*, Roma, Fratelli Bocca, 1883.
- COLESANTI, Vittorio. *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, Rivista di diritto processuale, 1975.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. *Il principio di economia processuale*, v. 2, Padova, Cedam, 1982.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. *L'art. 28 cod. proc. pen. e i profile costituzionali dei limiti soggettivi del giudicato*, Rivista di diritto processuale, 1966.
- COMOGLIO, Luigi Paolo, FERRI, Corrado e TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*, Bologna, Il Mulino, 1995.
- COSENTINO, Francesco. *I limiti soggettivi del giudicato*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1961.
- COSTA, José Manuel M. Cardoso da. *A jurisdição constitucional em Portugal*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1987 (separata).
- COSTANTINO, Giorgio. *Contributo allo studio del litisconsorzio necessario*, Napoli, Jovene, 1979.
- OUND, John J., FRIEDENTHAL, Jack H. e MILLER, Arthur R. *Civil Procedure – Cases and Materials*, 2ª ed., St. Paul, West Publishing, 1974.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1966.
- COUTURE, Eduardo J. *La garanzia costituzionale del "dovuto processo legale"*, Rivista di diritto processuale, 1954.
- COUTURE, Eduardo J. *Las garantías constitucionales del proceso civil*, Estudios de derecho procesal civil, t. 1, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1978.

CROSS, Rupert. *Precedent in English Law*, 3ª ed., Oxford, Clarendon, 1977.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Ação monitoria*, 3ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2001.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*, 2ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2001.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Aspectos processuais da denominada ação declaratória de constitucionalidade*. Ação declaratória de constitucionalidade (obra coletiva), coord. Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes, São Paulo, Saraiva, 1994.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. "Class action" e mandado de segurança coletivo, São Paulo, Saraiva, 1990.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Espírito do processo civil moderno na obra de Rudolf von Ihering*, Revista da Faculdade de Direito, USP, 87, 1992.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Hipoteca judiciária e devido processo legal e Inquilino e fiador como litisconsortes passivos*, Questões práticas de processo civil, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 1998.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*, São Paulo, Ed. RT, 2004.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Técnica processual civil no Código de Defesa do Consumidor*, Devido processo legal e tutela jurisdicional, São Paulo, Ed. RT, 1993.

CRUZ E TUCCI, José Rogério e AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*, São Paulo, Ed. RT, 1996.

CRUZ E TUCCI, José Rogério e TUCCI, Rogério Lauria. *Constituição de 1988 e processo – Regramentos e garantias constitucionais do processo*, São Paulo, Saraiva, 1989.

CUETO RUA, Julio. *Fuentes del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994.

CUOCOLO, Fausto. *Principi di diritto costituzionale*, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal*, O Poder Judiciário e a Constituição (obra coletiva), Porto Alegre, Ajuris, 1977.

D'AMICO, Marilisa e ONIDA, Valerio. *Il giudizio di costituzionalità delle leggi*, v. 1. Torino, Giappichelli, 1998.

DARBELLAY, Jean. *Le droit d'être entendu*, Revue de droit suisse (ed. especial), n. 83, Basel, 1964.

DE CUPIS, Adriano. *I diritti della personalità*, Milano, Giuffrè, 1961.

DE LUCA, Giuseppe. *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, Giuffrè, 1963.

DE MARINI, Carlo Maria. *La successione nel diritto controverso*, Roma, Foro Italiano, 1953.

DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 3, 2ª ed., Bruxelles, E. Bruylant, 1950.

DENTI, Vittorio. *Appunti sul litisconsorzio necessario*, Rivista di diritto processuale, 1959.

DI MAJO, Adolfo. *Obbligazioni solidali*, Enciclopedia del diritto, 29, Milano, Giuffrè, 1979.

DIDIER JR., Fredie. *A participação das pessoas casadas no processo*, Revista Magister de direito civil e processual civil, 8, 2005.

DIDIER JR., Fredie. *Recurso de terceiro*, São Paulo, Ed. RT, 2002.

DIDIER JR., Fredie. *Regras processuais no novo Código Civil*, São Paulo, Saraiva, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Eficácia e autoridade da sentença no juízo demarcatório-divisório; Fraude contra credores alegada nos embargos de terceiro; e Polêmicas do processo civil*, Fundamentos do processo civil moderno, t. 1, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Enrico Tullio Liebman e a cultura processual brasileira*, Enrico Tullio Liebman oggi – riflessioni sul pensiero di un maestro, Milano, Giuffrè, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vs. 2 e 3, 2ª ed., 2002, e 4, 2004, São Paulo, Malheiros.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de terceiros*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, 7ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Momento de eficácia da sentença constitutiva*, Revista de Processo, n. 63, 1991.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*, São Paulo, Malheiros, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*, Revista da Escola Paulista da Magistratura, 2, 2001; Revista de Processo, n. 109, 2003.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*, São Paulo, Saraiva, 2001.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes e CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil*, v. 13, Rio de Janeiro, Forense, 2004.

DUCHARME, Louise e LAUZON, Yves. *Le recours collectif québécois*, Cowansville, Yvon Blais, 1988.

ENGELMANN, Arthur. *The Germanic Procedure, A History of Continental Civil Procedure*, tr. ingl. Robert Wyness Millar, New York, A. Kelley, 1969.

ESTELLITA, Guilherme. *Da coisa julgada – fundamento jurídico e extensão aos terceiros*, tesc, Rio de Janeiro, 1936.

FABBRINI, Giovanni. *Liticonsorzio*, Enciclopedia del diritto, 14, Milano, Giuffrè, 1974.

FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*, tr. port. Dunia Marinho Silva, São Paulo, Landy, 2004.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*, 4ª ed., Padova, Cedam, 1986.

FAZZALARI, Elio. *La sentenza in rapporto alla struttura e all'oggetto del processo*, La sentenza in Europa (obra coletiva), Padova, 1988.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Prejudicialidade*, São Paulo, Ed. RT, 1988.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, 4ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1999.

FERREIRA, William Santos. *Situação jurídica no processo do adquirente de bem litigioso e dos herdeiros e sucessores no caso de falecimento da parte diante do novo Código Civil*, Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins (obra coletiva), coord. Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, Ed. RT, 2004.

FERRI, Corrado, COMOGLIO, Luigi Paolo e TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*, Bologna, Il Mulino, 1995.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*, São Paulo, Ed. RT, 1999.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Manual da arbitragem*, São Paulo, Ed. RT, 1997.

FISCH, William B. *European Analogues to the Class Action: Group Action in France and Germany*, The American Journal of Comparative Law, 27, 1979.

FIX ZAMUDIO, Héctor. *Constitución y proceso civil en latinoamérica*, C. Mexico, Unam, 1974.

FIX ZAMUDIO, Héctor. *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid, Civitas, 1982.

FORNACIARI JÚNIOR, Clito. *O recurso de quem não é parte*, Tribuna do Direito, n. 92, dez./2002.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Invalidez das deliberações de assembléia das s.a.*, São Paulo, Malheiros, 1999.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Lineamentos da reforma do direito societário italiano em matéria de invalidez das deliberações assembleares*, Revista de direito mercantil, 134, 2004.

FRIEDENTHAL, Jack H., COUND, John J. e MILLER, Arthur R. *Civil Procedure – Cases and Materials*, 2ª ed., St. Paul, West Publishing, 1974.

FRIEDMAN, David. *More Justice for Less Money*, The Journal of Law and Economics, University of Chicago, v. 39, 1996.

GABBAY, Daniela Monteiro e LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Coisa julgada secundum eventum probationis e pedido nas ações coletivas*, texto inédito, São Paulo, 2006.

GARAPON, Antoine e ALLARD, Julie. *Les juges dans la mondialisation - La nouvelle révolution du droit*, Turriers, Ed. du Seuil, 2005.

GARAY, Alberto F. e CARRIÓ, Alejandro D. *La jurisdicción "per saltum" de la Corte Suprema. Su estudio a partir del caso Aerolineas Argentinas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991.

GARBAGNATI, Edoardo. *La sostituzione processuale nel nuovo Codice di Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, 1942.

GARRONE, Eugenio. *Contributo alla teoria della domanda giudiziale*, Casale, Tip. Cooperat., 1910.

GHIRARDINI, Carlo. *La cosa giudicata nelle obbligazioni solidali*, Archivio giuridico Filippo Serafini, v. 76, 1906.

GIDI, Antonio. *Cosa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo, Saraiva, 1995.

GIUSSANI, Andrea. *Studi sulle "class actions"*. Padova, Cedam, 1996.

GOLDSTEIN, Warren A. *Res Judicata – Collateral Estoppel – Doctrine of Mutuality*, Tulane Law Review, v. 40, 1966.

GRECO FILHO, Vicente. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor* (obra coletiva), São Paulo, Saraiva, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas*, Revista de Processo, n. 43, 1986.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Cosa julgada erga omnes, secundum eventum litis e secundum probationem*, Revista Forense, v. 380, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Efficacia ed autorità della sentenza penale*, Studi in onore di Enrico Tullio Liebman, v. 3, Milano, Giuffrè, 1979.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Eficácia e autoridade da sentença penal*, São Paulo, Ed. RT e Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1978.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Eficácia e autoridade da sentença: a teoria de Liebman no Código de Defesa do Consumidor e no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América*, Enrico Tullio Liebman oggi – riflessioni sul pensiero di un maestro, Milano, Giuffrè, 2004; O processo – estudos & pareceres, São Paulo, DPJ, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Limites objetivos da coisa julgada*, Incijur - Informativo Jurídico, Joinville, 10, 2000.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Eficácia ultra-subjetiva da coisa julgada e garantia do contraditório nas ações coletivas*, Processo civil coletivo (obra coletiva), coord. Rodrigo Mazzei e Rita Dias Nolasco, São Paulo, Quartier Latin, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Eficácia ultra-subjetiva da sentença, litisconsórcio necessário e princípio do contraditório*, Revista de Processo, n. 84, 1996.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Reflexões a respeito da natureza da coisa julgada como problema filosófico*, Revista de Processo, n. 58, 1990.

GUINCHARD, Serge e VINCENT, Jean. *Procédure civile*, 25ª ed., Paris, Dalloz, 1999.

HABSCHEID, Walter J. *Droit judiciaire privé suisse*, 10ª ed., Genève, Georg & Cie, 1981.

HABSCHEID, Walter J. *Introduzione al diritto processuale civile comparato*, Rimini, Maggioli, 1985.

HABSCHEID, Walter J. *La giustizia civile in Germania*, La giustizia civile nei paesi comunitari, dir. Elio Fazzalari, Padova, Cedam, 1994.

HAZARD JR., Geoffrey C. e TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure. An Introduction*, New York, Yale University, 1993 (= *La giustizia civile negli Stati Uniti*, Bologna, Il Mulino, 1993).

HAZARD JR., James. *Civil Procedure*, 3ª ed., Boston, Little-Brown, 1985.

HÉRON, Jacques. *Droit judiciaire privé*, Paris, Montchrestien, 1991.

HERZOG, Peter. *Civil Procedure in France*, Hague, Martinus Nijhoff, 1967.

HOFMANN, Kurt. *Über das Wesen und die subjektiven Grenzen der Rechtskraft*, Leipzig, Universitätsverlag, 1929.

HORNSTEIN, George D. *Legal Therapeutics: the "Salvage" Factor in Counsel Fee Awards*, Harvard Law Review, 69, 1956.

HOYOS HENRECHSON, Francisco. *Algunos aspectos de la cosa juzgada en el ordenamiento jurídico chileno, bajo el prisma del derecho procesal moderno*, Libro homenaje a Jaime Guasp, Granada, Colmares, 1984.

IHERING, Rudolf von. *Des effets réflexes ou de la réaction exercée sur les tiers par les faits juridiques*, Études complémentaires de l'esprit du droit romain, 5-9, tr. fr. Octave de Meulenaere, Paris, Libr. A. Maresq, 1903.

IHERING, Rudolf von. *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, v. 3, 3ª ed., Leipzig, Breitkopf Verlag, 1877 (= *L'esprit du droit romain dans les divers phases de son développement*, tr. fr. Octave de Meulenaere, t. 4, Paris, Libr. A. Maresq, 1878).

- IHERING, Rudolf von. *Lo scopo del diritto*, tr. it. Mario Losano, Torino, Einaudi, 1972.
- JABUR, Gilberto Haddad. *Limitações ao direito à própria imagem no novo Código Civil*, na obra coletiva *Novo Código Civil: questões controvertidas*, São Paulo, Método, 2003.
- JAUERNIG, Othmar e LENT, Friedrich. *Direito processual civil*, tr. port. da 25ª ed. alemã de F. Silveira, Coimbra, Almedina, 2002.
- JAUERNIG, Othmar e LENT, Friedrich. *Zivilprozessrecht*, 18ª ed., München, Beck'sche, 1977.
- JOLOWICZ, J. e CAPPELLETTI, Mauro. *Public Interest Parties and the Active Role of the Judge in Civil Litigation*, Milano-Dobbs Ferry, Giuffrè-Oceana, 1975.
- JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*, Rio de Janeiro, Forense, 2003.
- JUSTEN FILHO, Marçal, TALAMINI, Eduardo e MOREIRA, Egon Bockmann. *Sobre a hipoteca judiciária*, *Revista de Processo*, n. 85, 1997.
- KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del derecho*, tr. cast. da 2ª ed. alemã de 1997, de Luis Villar Borda e Ana Maria Montoya, Bogotá, Univ. Ext. de Colombia, 1999.
- KELLER, Ludwig. *Ueber Litis Contestation und Urtheil nach classischen Römischen Recht*, Zürich, Gerner'sche, 1827.
- KRIELE, Martin. *Il precedente nell'ambito giuridico europeo-continentale e angloamericano*, La sentenza in Europa – metodo, tecnica e stile (obra coletiva), Padova, Cedam, 1988.
- LACOSTE, P. *De la chose jugée en matière civile, criminelle, disciplinaire et administrative*, Paris, L. Larose, 1894.
- LAMBAUER, Mathias. *Do litisconsórcio necessário*, São Paulo, Saraiva, 1982.
- LAUZON, Yves e DUCHARME, Louise. *Le recours collectif québécois*, Cowansville, Yvon Blais, 1988.
- LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*, Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1998.
- LEFORT, Christophe. *Procédure civile*, Paris, Dalloz, 2005.
- LEMES, Selma M. Ferreira. *A sentença arbitral entre as partes e em relação a terceiros*, palestra proferida no Curso de Práticas Arbitrais: A arbitragem como meio de solução de conflitos, na AASP, em 28.11.2002, e publicada na *Revista Consultor Jurídico*, ed. de 23.12.2002.
- LENT, Friedrich e JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*, tr. port. da 25ª ed. alemã de F. Silveira, Coimbra, Almedina, 2002.
- LENT, Friedrich e JAUERNIG, Othmar. *Zivilprozessrecht*, 18ª ed., München, Beck'sche, 1977.
- LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, São Paulo, Ed. RT, 2002.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Ações concorrentes*, Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada, tr. port. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, com notas de Ada Pellegrini Grinover, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *A coisa julgada nas questões de estado*, Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada, tr. port. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, com notas de Ada Pellegrini Grinover, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Ainda sobre a sentença e sobre a coisa julgada*, Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada, tr. port. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, com notas de Ada Pellegrini Grinover, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Corso di diritto processuale civile*, Milano, Giuffrè, 1952.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Efeitos da sentença e coisa julgada*, Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada, tr. port. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, com notas de Ada Pellegrini Grinover, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano, Giuffrè, 1962, reimpressão.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, tr. port. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, com notas de Ada Pellegrini Grinover, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Giudicato – diritto processuale civile*, Enciclopedia giuridica treccani, v. 15, Roma, 1989.

- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Limites à coisa julgada nas questões de estado, Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, tr. port. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, com notas de Ada Pellegrini Grinover, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*, 1, 6ª ed., Milano, Giuffrè, 2002.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*, v. 3, 3ª ed., Milano, Giuffrè, 1976.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Norme processuali nel codice civile*, Rivista di diritto processuale, 1948.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Problemi del processo civile*, Napoli, Morano, 1962.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Pluralidade de partes legítimas à impugnação de um único ato, Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, tr. port. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, com notas de Ada Pellegrini Grinover, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Sentença e coisa julgada: recentes polêmicas, Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, tr. port. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, com notas de Ada Pellegrini Grinover, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *The Notion of Res Judicata*, Italian Yearbook of Civil Procedure, ed. Elio Fazzalari e Maurice Sheridan, Milano, Giuffrè, 1991.
- LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Contribuição à teoria da coisa julgada*, São Paulo, Ed. RT, 1997.
- LOLLI, Alessandro. *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002.
- LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Da intervenção de terceiros no processo*, São Paulo, Teixeira, 1930.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das decisões e execução provisória*, São Paulo, Ed. RT, 2000.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Garantia do tratamento paritário das partes*, Garantias constitucionais do processo civil, coord. José Rogério Cruz e Tucci, São Paulo, Ed. RT, 1999.

- LUCON, Paulo Henrique dos Santos e GABBAY, Daniela Monteiro. *Coisa julgada secundum eventum probationis e pedido nas ações coletivas*, texto inédito, São Paulo, 2006.
- LUISO, Francesco Paolo. *Diritto processuale civile*, 3, 3ª ed., Milano, Giuffrè, 2000.
- LUISO, Francesco Paolo. *Irretroattività degli effetti riflessi*, Studi in onore di Enrico Allorio, 1, Milano, Giuffrè, 1989.
- LUISO, Francesco Paolo. *L'esecuzione "ultra partes"*, Milano, Giuffrè, 1984.
- LUISO, Francesco Paolo. *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*, Milano, Giuffrè, 1981.
- LUISO, Francesco Paolo. *Sul concetto di "avente causa" dell'art. 2.909 cod. civ.*, Rivista di diritto processuale, 1982.
- MACEDO, Alexander dos Santos. *Da eficácia preclusiva panprocessual dos efeitos civis da sentença penal*, Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 1989.
- MACHADO, J. Baptista. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, Coimbra, Almedina, 1997.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*, São Paulo, Ed. RT, 1993.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*, tese, São Paulo, 2005.
- MANDRIOLI, Crisanto. *In tema di rapporti tra estensione soggettiva del giudicato ed estensione soggettiva del titolo esecutivo*, Studi in onore di Enrico Allorio, 1, Milano, Giuffrè, 1989.
- MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*, São Paulo, Atlas, 2004.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *A tutela antecipatória nas ações declaratória e constitutiva*, Aspectos polêmicos da antecipação da tutela (obra coletiva), coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, Ed. RT, 1997.
- MARINS, Victor A. A. Bonfim e CALIXTO, Negi. *Eficácia da sentença e coisa julgada perante terceiros*, Revista dos Tribunais, v. 632, 1988.
- MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*, v. 1, São Paulo, Saraiva, 1974.

- MARTINETTO, Giuseppe. *Contraddittorio (principio del)*, Novissimo digesto italiano, 4, 1959.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *Notas sobre a mitigação da coisa julgada no processo coletivo*. Processo civil coletivo (obra coletiva), coord. Rodrigo Mazzei e Rita Dias Nolasco, São Paulo, Quartier Latin, 2005.
- McCLOSKEY, Robert. *The American Supreme Court*, Chicago, University of Chicago, 1960.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 2ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1984.
- MENCHINI, Sergio. *Il giudicato civile*, Torino, Utet, 1988.
- MENCHINI, Sergio. *Regiudicata civile*, Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile, v. 16, Torino, Utet, 1997.
- MENDELSSOHN BARTHOLDY, Albrecht. *Grenzen der Rechtskraft*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1900.
- MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Código Modelo de Processos Coletivos*, Tutela coletiva (obra coletiva), coord. Paulo Henrique dos Santos Lucon, São Paulo, Atlas, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1996.
- MENDONÇA LIMA, Alcides de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 6, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1990.
- MENESTRINA, Francesco. *La pregiudiziale nel processo civile*, Milano, Giuffrè, 1963.
- MICKLITZ, Hans W. *La loi allemande relative au regime juridique des conditions générales des contrats du 9.12.76 – bilan de onze années d'application*, Revue internationale du droit comparé, 1989.
- MIGUET, Jacques. *Immutabilité et evolution du litige*, Paris, LGDJ, 1977.
- MILLAR, Robert Wyness. *The Formative Principles of Civil Procedure, A History of Continental Civil Procedure*, New York, A. Kelley, 1969.
- MILLER, Arthur R., COUND, John J. e FRIEDENTHAL, Jack H. *Civil Procedure – Cases and Materials*, 2ª ed., St. Paul, West Publishing, 1974.
- MIRABELLI, Giuseppe. *Del diritto dei terzi secondo il Codice Civile italiano*, v. 2, Torino, Utet, 1891.

- MIRANDA, Jorge. *A fiscalização concreta da constitucionalidade em Portugal*. As garantias do cidadão na justiça (obra coletiva), coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo, Saraiva, 1993.
- MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Observações sobre os limites subjetivos da coisa julgada*, Revista dos Tribunais, v. 625, 1987.
- MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Sentença e coisa julgada. Exegese do Código de Processo Civil (arts. 444 a 475)*. Rio de Janeiro, Aide, 1992.
- MONTELEONE, Girolamo A. *I limiti soggettivi del giudicato civile*, Padova, Cedam 1978.
- MONTERO AROCA, Juan. *La legitimación en el proceso civil*, Madrid, Civitas, 1994.
- MONTERO AROCA, Juan e outros. *El nuevo proceso civil (ley 1/2000)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*, São Paulo, Atlas, 2000.
- MOREIRA, Egon Bockmann, JUSTEN FILHO, Marçal e TALAMINI, Eduardo. *Sobre a hipoteca judiciária*. Revista de Processo, n. 85, 1997.
- MORELLO, Augusto M. *Aspectos evidentes de la realidad*. La reforma de la justicia, La Plata, LEP, 1998.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos contratos – novos paradigmas*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, 6ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2004.
- NEVES, Celso. *Coisa julgada civil*. São Paulo, Ed. RT, 1971.
- NOGUEIRA, Antonio de Pádua Soubhie. *Considerações sobre os limites da vinculação da arbitragem (lei 9.307/96): breve análise de pontos controvertidos*, Revista dos Tribunais, v. 780, 2000.
- NONATO, Orozimbo. *Fraude contra credores (da ação pauliana)*. Rio de Janeiro, Universitária, 1969.
- NONATO, Orozimbo. *Personalidade*, no Repertório enciclopédico do direito brasileiro, v. 37, Rio de Janeiro, s/d.
- NÖRR, Knut Wolfgang. *La scuola storica, il processo civile e il diritto delle azioni*, Rivista di diritto processuale, 1981.

- OLDONI, Fabiano. *A prescrição da pretensão punitiva e a coisa julgada no cível*, Revista Jurídica, 339, Porto Alegre, 2005.
- OLIVA SANTOS, Andrés de la. *Sobre la cosa juzgada*, Madrid, Centro de Estudios Ramon Areces, 1991.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Alienação da coisa litigiosa*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1984.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Garantia do contraditório*, Garantias constitucionais do processo civil, coord. José Rogério Cruz e Tucci, São Paulo, Ed. RT, 1999.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O juiz e o princípio do contraditório*, Revista do Advogado da AASP, n. 40, 1993.
- ONIDA, Valerio e D'AMICO, Marilisa. *Il giudizio di costituzionalità delle leggi*, v. 1, Torino, Giappichelli, 1998.
- OTTAVIANI, Fabrizio. *Le parti nel processo civile ticinese*, Zürich, Schulthess Verlag, 1989.
- PERROT, Roger. *La cosa giudicata: recenti sviluppi nel diritto francese*, Rivista di diritto processuale, 1982.
- PERROT, Roger. *La pensée du professeur Liebman en France*, Enrico Tullio Liebman oggi – riflessioni sul pensiero di un maestro, Milano, Giuffrè, 2004.
- PETRELLI, Patrizia. *Il danno non patrimoniale*, Padova, Cedam, 1997.
- PHELPS JR., Ashton. *Civil Procedure – Federal Rule 23(c)(2) – Notice in Class Action – “Mullane” Reconsidered*, Tulane Law Review, 43, 1969.
- PIMENTEL, Wellington Moreira. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 3, São Paulo, Ed. RT, 1975.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A natureza jurídica do direito individual homogêneo e sua tutela pelo Ministério Público como forma de acesso à Justiça*, Rio de Janeiro, Forense, 2002.
- PINTO, Júnior Alexandre Moreira. *Conteúdos e efeitos das decisões judiciais*, tese de doutorado, Faculdade de Direito da USP, 2006.
- PONTES DE MIRANDA, F. C. *A ação rescisória contra as sentenças*, Rio de Janeiro, Livr. Jacinto, 1934.
- PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários à Constituição de 1967 (com a Emenda n. 1, de 1969)*, t. 4, 2ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1971.

- PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 4, Rio de Janeiro, Forense, 1974.
- PONTES DE MIRANDA, F.C. *Tratado de direito privado*, v. 7, 2ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1956; v. 22, 2ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1958.
- PORTO, Sérgio Gilberto. *Cosa julgada civil*, Rio de Janeiro, Aide, 1996.
- PORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 6, São Paulo, Ed. RT, 2000.
- POTHIER, R. *Tratado das obrigações pessoais e recíprocas nos pactos, contractos, convenções*, t. 2, tr. port. José Homem Correa Telles, Lisboa, Tip. Antonio José da Rocha, 1849.
- PROTO PISANI, Andrea. *Appunti sui rapporti tra i limiti soggettivi di efficacia della sentenza civile e la garanzia costituzionale del diritto di difesa*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1971.
- PROTO PISANI, Andrea. *Dell'esercizio dell'azione*, Commentario del Codice di Procedura Civile, dir. Enrico Allorio, l. 1, t. 2, Torino, Utet, 1973.
- PROTO PISANI, Andrea. *Garanzia del diritto di difesa ed efficacia “ultra partes” della sentenza*, Foro Italiano, 1981, 1; Osservazioni e note sul processo civile, Roma, ESI, 2004.
- PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1994.
- PROTO PISANI, Andrea. *Note in tema di limiti soggettivi della sentenza civile*, Foro Italiano, 1985.
- PROTO PISANI, Andrea. *Note in tema di limiti soggettivi della sentenza civile*, Studi in onore di Enrico Allorio, v. 1, Milano, Giuffrè, 1989.
- PROTO PISANI, Andrea. *Opposizione di terzo ordinaria*, Napoli, Jovene, 1965.
- PROTO PISANI, Andrea. *Parte (dir. proc. civ.)*, Enciclopedia del diritto, 31, Milano, Giuffrè, 1981.
- PROTO PISANI, Andrea. *Problemi della c. d. tutela giurisdizionale differenziata*, Appunti sulla giustizia civile, Bari, Cacucci, 1982.
- PUGLIESE, Giovanni. *Giudicato civile (storia); Giudicato civile (dir. vig.)*, Enciclopedia del diritto, 18, Milano, Giuffrè, 1968.

- PUGLIESE, Giovanni. *La "cognitio" e la formazione di principi teorici sull'efficacia del giudicato*, Studi in onore di Biondo Biondi, v. 2, Milano, Giuffrè, 1962.
- PUGLIESE, Giovanni. *L'héritage romain dans les règles et les notions modernes concernant la chose jugée*, Le droit romain et sa réception en Europe (obra colectiva), Varsovie, Université de Varsovie, 1978.
- PUGLIESE, Giovanni. "Res iudicata pro veritate accipitur", Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1967.
- RAPISARDA, Cristina. *Spunti in tema di efficacia del giudicato secundum eventum litis con particolare riguardo all'esperienza della legge tedesca sulle condizioni generali di contratto*, Studi in onore di Enrico Allorio, v. 1, Milano, Giuffrè, 1989.
- RECCHIONI, Stefano. *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, Padova, Cedam, 1999.
- REUDENTI, Enrico. *Il giudizio civile con pluralità di parti*, rist., Milano, Giuffrè, 1960.
- REUDENTI, Enrico. *Pluralità di parti nel processo civile (diritto romano)*, Archivio giuridico Filippo Serafini, v. 78, Roma, 1907.
- REIS, José Alberto dos. *Eficácia do caso julgado em relação a terceiros*, Boletim da Faculdade de Direito, v. 17, Coimbra, 1941.
- RICCI, Edoardo F. *Enrico Tullio Liebman e la dottrina degli effetti della sentenza*, Enrico Tullio Liebman oggi – riflessioni sul pensiero di un maestro, Milano, Giuffrè, 2004.
- RICCI, Edoardo F. *O contraditório na arbitragem de equidade e Reflexões sobre o art. 33 da Lei de Arbitragem*, Lei de arbitragem brasileira, São Paulo, Ed. RT, 2004.
- RICCI, Gian Franco. *Principi di diritto processuale generale*, Torino, Giappichelli, 1995.
- ROCCO, Ugo. *L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi*, Roma, Athenaeum, 1917.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Limites subjetivos da coisa julgada*, Incijur – Informativo jurídico, Joinville, 3, 1999.
- ROMY, Isabelle. *Litiges de masse. Des class actions aux solutions suisses dans les cas de pollutions et de toxiques*, Fribourg, Éditions Universitaires, 1997.
- ROSENDE VILLAR, Cecilia. *La eficacia frente a terceros de las sentencias contencioso-administrativas*, Navarra, Aranzadi, 2002.

- ROTH, Günter H. *La nouvelle loi allemande sur les conditions générales du contrat (AGB-Gesetz) du 6.12.1976*, Revue internationale du droit comparé, 1977.
- SAINT-HILAIRE, Philippe Delmas. *Le tiers a l'acte juridique*, Paris, LGDJ, 2000.
- SALOMÃO, Jorge. *Da coisa julgada nas ações de estado*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1966.
- SALVIOLI, Giuseppe. *Storia della procedura civile e criminale*, Storia del diritto italiano, dir. Pasquale Del Giudice, v. 3, p. 2, Frankfurt-Firenze, Sauer-Gozzini, 1969.
- SANTIAGO DANTAS, F. C. de. *Igualdade perante a lei e "due process of law"*, Problemas de direito positivo, Rio de Janeiro, Forense, 1953.
- SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*, 4ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2003.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 3, t. 1, Rio de Janeiro, Forense, 1980.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*, v. 1, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1982.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 3, 21ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003.
- SASSANI, Bruno. *Note sul concetto di interesse ad agire*, Rimini, Maggioli, 1983.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Sistema del diritto romano attuale*, tr. it. Vittorio Scialoja, v. 6, Torino, Utet, 1896.
- SCHLOSSER, Peter. *Urteilswirkungen und rechtliches Gehör*, Juristenzeitungen, 1967.
- SCOTT, Austin Wakeman. *Collateral Estoppel by Judgment*, Harvard Law Review, v. 56, 1942.
- SEVERO NETO, Manoel. *Substituição processual*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2002.
- SILVA, Bruno Freire e. *A ineficácia da tentativa de limitação territorial dos efeitos da coisa julgada na ação civil*, Processo civil coletivo (obra colectiva), coord. Rodrigo Mazzei e Rita Dias Nolasco, São Paulo, Quartier Latin, 2005.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 16ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 1, São Paulo, Ed. RT, 2000.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Eficácias da sentença e coisa julgada*, Sentença e coisa julgada, Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1979.

SILVA, Paula Costa e. *A transmissão da coisa ou direito em litígio. Contributo para o estudo da substituição processual*, Coimbra, Coimbra Ed., 1992.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Comentários à nova lei do inquilinato*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1992.

STIGLITZ, Gabriel A. *Protección jurídica del consumidor*, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1990.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica – uma nova crítica do direito*, Porto Alegre, Livr. do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro – eficácia, poder e função*, 2ª ed., Porto Alegre, Livr. do Advogado, 1998.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo, Ed. RT, 2005.

TALAMINI, Eduardo. *Partes, terceiros e coisa julgada (os limites subjetivos da coisa julgada)*, Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins, coord. Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, Ed. RT, 2004.

TALAMINI, Eduardo, JUSTEN FILHO, Marçal e MOREIRA, Egon Bockmann. *Sobre a hipoteca judiciária*, Revista de Processo, n. 85, 1997.

TALAVERA, Glauber Moreno. *A coisa julgada no sistema do Código de Defesa do Consumidor*, Revista do IASP, 14, 2004.

TARELLO, Giovanni. *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile (Aspetti della dottrina processualistica nel secolo XIX)*, Bologna, Il Mulino, 1989.

TARUFFO, Michele. “*Collateral estoppel*” e *giudicato sulle questioni*, Rivista di diritto processuale, 1972.

TARUFFO, Michele. *I limiti soggettivi del giudicato e le “class actions”*, Rivista di diritto processuale, 1969.

TARUFFO, Michele, COMOGLIO, Luigi Paolo e FERRI, Corrado. *Lezioni sul processo civile*, Bologna, Il Mulino, 1995.

TARUFFO, Michele e HAZARD JR., Geoffrey C. *American Civil Procedure. An Introduction*, New York, Yale University, 1993 (= *La giustizia civile negli Stati Uniti*, Bologna, Il Mulino, 1993).

TARZIA, Giuseppe. *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, Rivista di diritto processuale, 2001.

TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*, São Paulo, Ed. RT, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Arbitragem e terceiros – litisconsórcio fora do pacto arbitral – outras intervenções de terceiros*, Revista de direito bancário, v. 14, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, v. 1, 44ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*, 2ª ed., São Paulo, Oliveira Mendes, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Fraude contra credores – a natureza da sentença pauliana*, 2ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2001.

TROCKER, Nicolò. *Enrico Allorio e la dottrina della riflessione della cosa giudicata rispetto ai terzi*, Rivista di diritto processuale, 2001.

TROCKER, Nicolò. *Giudicato – diritto comparato e straniero*, Enciclopedia giuridica treccani, v. 15, 1989.

TROCKER, Nicolò. *I limiti soggettivi del giudicato tra tecniche di tutela sostanziale e garanzie di difesa processuale (profili dell'esperienza giuridica tedesca)*, Studi in onore di Enrico Allorio, v. 1, Milano, Giuffrè, 1989; Rivista di diritto processuale, 1988.

TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*, Milano, Giuffrè, 1974.

TUCCI, Rogério Lauria. *Curso de direito processual civil*, v. 3, São Paulo, Saraiva, 1989.

TUCCI, Rogério Lauria e AZEVEDO, Álvaro Villaça de. *Tratado da locação predial urbana*, v. 1, São Paulo, Saraiva, 1980.

TUCCI, Rogério Lauria e CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo – Regramentos e garantias constitucionais do processo*, São Paulo, Saraiva, 1989.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil – direitos reais*, 4ª ed., São Paulo, Atlas, 2004.

VENTURI, Elton. *Sobre a intervenção individual nas ações coletivas*, Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins, coord. Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, Ed. RT, 2004.

VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. *Da ação rescisória dos julgados*, São Paulo, Saraiva, 1948.

- VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação civil pública*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 1999.
- VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *A Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997, e a nova disciplina da coisa julgada nas ações coletivas: inconstitucionalidade*, Editorial Atlas, 6, 1998.
- VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*. São Paulo, Atlas, 1998.
- VIGNERA, Giuseppe e ANDOLINA, Italo. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*, Torino, Giappichelli, 1997.
- VIGNERA, Giuseppe e ANDOLINA, Italo. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*, Torino, Giappichelli, 1990.
- VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo – la legittimazione ad agire*, Milano, Giuffrè, 1979.
- VINCENT, Jean e GUINCHARD, Serge. *Procédure civile*, 25ª ed., Paris, Dalloz, 1999.
- VOCINO, Corrado. *Su alcuni concetti e problemi del diritto processuale civile – IV: cosa giudicata e suoi limiti soggettivi*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1971.
- WACH, Adolf. *Manual de derecho procesal civil*, v. 2, tr. cast. Tomás A. Banzhaf, Buenos Aires, Ejea, 1977.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*, 4ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2006.
- WATSON, Garry D., BORINS, Stephen e WILLIAMS, Neil J. *Canadian Civil Procedure – Cases and Materials*, 2ª ed., Toronto, Butterworths, 1977.
- WILLIAMS, Neil J., BORINS, Stephen e WATSON, Garry D. *Canadian Civil Procedure – Cases and Materials*, 2ª ed., Toronto, Butterworths, 1977.
- WINTGEN, R. *Étude critique de l'opposabilité: les effets du contrat a l'égard des tiers en droit français et allemand*, Paris, LGDJ, 2004.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*, São Paulo, Malheiros, 2005.
- ZULIANI, Ênio Santarelli. *Jurisdição penal & civil: integração de conflitos*, Revista do Advogado da AASP, n. 81, 2005.

ÍNDICE ONOMÁSTICO

- A**
- ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti – 269
- ALLARD, Julie – 136
- ALLORIO, Enrico – 11, 21, 70, 71, 72, 74, 75, 76, 77, 111, 180, 204, 214, 227, 236, 237, 240, 281
- ALMAGRO NOSETE, José – 317
- ALMEIDA, Luís Nunes de – 325
- ALVIM, Thereza – 185, 246
- ANDOLINA, Italo – 96
- ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva – 297
- ARMELIN, Donaldo – 32, 165, 215
- ARRUDA ALVIM, Eduardo – 294
- ARRUDA ALVIM, José Manoel de – 28, 202, 213, 234, 246, 277
- ASSIS, Araken de – 84, 155, 218, 283, 287
- ATIYAH, Patrick S. – 34
- ATTARDI, Aldo – 77, 166, 215, 236
- AZEVEDO, Álvaro Villaça de – 188
- AZEVEDO, Luiz Carlos de – 39
- B**
- BAPTISTA, Francisco de Paula – 47, 262, 263
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos – 22, 59, 83, 120, 123, 148, 157, 170, 171, 222, 234, 240, 241, 242, 243, 261, 262, 264, 266, 268, 284
- BARROS, Francisco Carlos Rocha de – 188
- BAZILONI, Nilton Luiz de Freitas – 29, 307
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos – 96, 98, 148, 158, 224, 225, 229, 230, 231, 236
- BÉGUIN, Jean-Claude – 317
- BELTRÃO, Sílvio Romero – 249, 250, 257
- BENETI, Sidnei Agostinho – 28
- BETTI, Emilio – 11, 12, 37, 41, 42, 62, 65, 66, 67, 71, 110, 183, 203, 222, 235
- BORINS, Stephen – 154
- BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio – 71, 123, 124, 146, 147, 280, 282, 299, 300, 301, 302
- BOYER, Louis – 81
- BRITO, Teresa Quintela de – 211
- BUENO, Cassio Scarpinella – 237, 246, 266, 278
- BUSNELLI, Francesco Donato – 71, 261, 266, 270
- BUZAID, Alfredo – 95
- C**
- CAHALI, Yussef Said – 191, 193
- CAIANIELLO, Vincenzo – 99

CALAMANDREI, Piero – 87, 159
CALIXTO, Negi – 213
CAMPOS JR., Ephraim de – 217
CAMPOS, Francisco – 118
CANDIDO, Raymundo – 286
CANOTILHO, J. J. Gomes – 324
CAPELO DE SOUSA, Radindranath V. A. – 250, 252, 253
CAPPELLETTI, Mauro – 143, 150, 295, 316, 317
CARMONA, Carlos Alberto – 127
CARNACINI, Tito – 270
CARNEIRO, Athos Gusmão – 25, 157, 172
CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro – 131, 168
CARNELUTTI, Francesco – 11, 26, 62, 66, 67, 68, 69, 77, 221, 222, 266, 282, 283
CAROCCA PÉREZ, Alex – 96
CARPI, Federico – 11, 13, 50, 62, 84, 87, 88, 89, 237, 240, 260, 277, 303
CARRIÓ, Alejandro D. – 316
CASAD, Robert – 17, 133, 149
CASTRO MENDES, João de – 207
CAVALCANTI FILHO, Theophilo – 30
CAVALIERI FILHO, Sérgio – 284
CAVIN, Pierre – 317
CECCHIELLA, Claudio – 211
CEDEÑO HERNÁN, Marina – 164
CHIARLONI, Sergio – 98
CHIOVENDA, Giuseppe – 25, 32, 57, 59, 60, 61, 62, 122, 165, 183, 203, 226, 234, 240, 277

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo – 215, 281
CLERMONT, Kevin – 17, 133, 149
COELHO, Fábio Ulhoa – 257
COGLIOLO, Pietro – 203
COLESANTI, Vittorio – 98
COMOGLIO, Luigi Paolo – 96, 101, 102, 203, 291
COSENTINO, Francesco – 198
COSTA, José Manuel M. Cardoso da – 317
COSTANTINO, Giorgio – 222
COUND, John J. – 137, 149, 151
COUTURE, Eduardo J. – 94, 95, 199
CROSS, Rupert – 133
CRUZETUCCI, José Rogério – 39, 54, 94, 96, 97, 99, 100, 120, 133, 150, 159, 251, 274, 315, 318, 319, 320, 328
CUETO RUA, Julio – 328
CUOCOLO, Fausto – 317

D

DALLARI, Dalmo de Abreu – 315
D'AMICO, Marilisa – 317, 324
DARBELLAY, Jean – 101
DE CUPIS, Adriano – 248
DE LUCA, Giuseppe – 102
DE MARINI, Carlo Maria – 201, 202
DENTI, Vittorio – 222
DE PAGE, Henri – 271
DIDIER JR., Fredie – 170, 171, 223, 264
DI MAJO, Adolfo – 270

DINAMARCO, Cândido Rangel – 21, 22, 25, 28, 31, 77, 108, 109, 111, 113, 158, 163, 168, 174, 190, 191, 199, 220, 222, 223, 225, 226, 227, 244, 257, 262, 271, 280, 284
DINAMARCO, Pedro da Silva – 143, 312
DIREITO, Carlos Alberto Menezes – 284
DUCHARME, Louise – 154

E

ENGELMANN, Arthur – 44
ESTELLITA, Guilherme – 237, 241

F

FABBRINI, Giovanni – 226
FAVOREU, Louis – 317
FAZZALARI, Elio – 27, 98, 203
FERNANDES, Antonio Scarance – 181
FERRARI, Regina Maria Macedo Nery – 325
FERREIRA, William Santos – 202
FERRI, Corrado – 96, 203
FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias – 128, 130
FISCH, William B. – 141
FIX ZAMUDIO, Héctor – 119, 317
FORNACIARI JÚNIOR, Clito – 173
FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes – 241, 244, 245
FRIEDENTHAL, Jack H. – 137, 149, 151
FRIEDMAN, David – 290

G

GABBAY, Daniela Monteiro – 144
GARAPON, Antoine – 136
GARAY, Alberto F. – 316
GARBAGNATI, Edoardo – 25, 215
GARRONE, Eugenio – 166
GHIRARDINI, Carlo – 260
GIDI, Antonio – 136, 307
GIUSSANI, Andrea – 290
GOLDSTEIN, Warren A. – 133
GRECO FILHO, Vicente – 144
GRINOVER, Ada Pellegrini – 108, 111, 112, 123, 175, 243, 244, 293, 303, 304, 305, 306, 309
GUERRA FILHO, Willis Santiago – 20, 108, 303
GUINCHARD, Serge – 82

H

HABSCHEID, Walter J. – 17, 85, 97, 108, 303
HAZARD JR., Geoffrey C. – 136
HAZARD JR., James – 134, 135, 137
HÉRON, Jacques – 34, 80
HERZOG, Peter – 50
HOFMANN, Kurt – 11, 59, 122
HORNSTEIN, George D. – 290
HOYOS HENRECHSON, Francisco – 217

I

IHERING, Rudolf von – 34, 53, 54, 55, 56, 68

J

JABUR, Gilberto Haddad – 249
 JAUERNIG, Othmar – 58, 107, 108, 259
 JOLOWICZ, J. – 150
 JORGE, Flávio Cheim – 171
 JUSTEN FILHO, Marçal – 160

K

KAUFMANN, Arthur – 30
 KELLER, Ludwig – 53
 KRIELE, Martin – 132

L

LACOSTE, P. – 50
 LAMBAUER, Mathias – 114
 LAUZON, Yves – 154
 LEAL, Márcio Flávio Mafra – 146
 LEFORT, Christophe – 34
 LEMES, Selma M. Ferreira – 126
 LENT, Friedrich – 58, 107, 108, 259
 LEONEL, Ricardo de Barros – 295, 296, 306, 307, 308
 LIEBMAN, Enrico Tullio – 11, 27, 29, 35, 59, 67, 69, 70, 71, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 84, 100, 102, 110, 123, 160, 161, 190, 203, 215, 232, 233, 238, 264, 278, 279
 LIMA, Paulo Roberto de Oliveira – 246
 LOLLI, Alessandro – 44, 65, 75, 112
 LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo – 28
 LUCON, Paulo Henrique dos Santos – 120, 144, 164
 LUIISO, Francesco Paolo – 56, 80, 103, 104, 105, 106, 186, 202, 204, 206, 267, 287

M

MACEDO, Alexander dos Santos – 284
 MACHADO, J. Baptista – 31
 MANCUSO, Rodolfo de Camargo – 29, 294
 MANDRIOLI, Crisanto – 267
 MARCATO, Antonio Carlos – 167
 MARINONI, Luiz Guilherme – 164, 176
 MARINS, Victor A. A. Bonfim – 213
 MARQUES, José Frederico – 24
 MARTINETTO, Giuseppe – 99, 100
 MAZZILLI, Hugo Nigro – 302
 McCLOSKEY, Robert – 316
 MELLO, Celso Antônio Bandeira de – 119
 MENCHINI, Sergio – 161, 183, 196, 205, 235
 MENDELSSOHN BARTHOLDY, Albrecht – 11, 57, 58, 59, 62, 63, 67, 70, 122
 MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro – 313
 MENDES, Gilmar Ferreira – 323
 MENDONÇA LIMA, Alcides de – 287
 MENESTRINA, Francesco – 180
 MICKLITZ, Hans W. – 142
 MIGUET, Jacques – 237
 MILLAR, Robert Wyness – 99
 MILLER, Arthur R. – 137, 149, 151
 MIRABELLI, Giuseppe – 179
 MIRANDA, Jorge – 317
 MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu – 47, 108, 218, 246

MONTELEONE, Girolamo A. – 11, 28, 60, 68, 88, 89, 90, 121, 214, 217, 218, 227
 MONTERO AROCA, Juan – 165, 246
 MORAES, Alexandre de – 323
 MOREIRA, Egon Bockmann – 160
 MORELLO, Augusto M. – 292

N

NEGREIROS, Teresa – 34
 NERY JUNIOR, Nelson – 171
 NEVES, Celso – 77, 84, 262
 NOGUEIRA, Antonio de Pádua Soubhic – 128
 NONATO, Orozimbo – 192, 249
 NÖRR, Knut Wolfgang – 52, 53

O

OLDONI, Fabiano – 288
 OLIVA SANTOS, Andrés de la – 81, 223
 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de – 98, 201, 208, 212, 265
 ONIDA, Valerio – 317, 324
 OTTAVIANI, Fabrizio – 217

P

PERROT, Roger – 34, 81
 PETRELLI, Patrizia – 255
 PHELPS JR., Ashton – 151
 PIMENTEL, Wellington Moreira – 281

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de – 297
 PINTO, Júnior Alexandre Moreira – 163
 PONTES DE MIRANDA, F. C. – 111, 119, 165, 248, 272
 PORTO, Sérgio Gilberto – 84, 108
 POTHIER, R. – 48, 49
 PROTO PISANI, Andrea – 13, 17, 26, 103, 141, 162, 164, 180, 189, 206, 216, 217, 222
 PUGLIESE, Giovanni – 38, 39, 43, 44, 45, 49, 58, 59, 84, 85, 86, 136, 239, 276, 222

R

RAPISARDA, Cristina – 142
 RECCHIONI, Stefano – 180
 REDENTI, Enrico – 37, 224, 238
 REIS, José Alberto dos – 121, 122, 183, 184, 207, 238
 RICCI, Edoardo F. – 113, 127, 129, 131
 RICCI, Gian Franco – 96, 215, 280
 ROCCO, Ugo – 11, 90, 156
 RODRIGUES, Marcelo Abelha – 218
 ROMY, Isabelle – 291
 ROSENDE VILLAR, Cecilia – 82
 ROTH, Günter H. – 142

S

SAINT-HILAIRE, Philippe Delmas – 34
 SALOMÃO, Jorge – 276

SALVIOLI, Giuseppe – 45
 SAN TIAGO DANTAS, F. C. de – 120
 SANTOS, Antonio Jeová – 115, 116, 255
 SANTOS, Ernane Fidélis dos – 281
 SANTOS, Moacyr Amaral – 159, 281
 SASSANI, Bruno – 166
 SAVIGNY, Friedrich Karl von – 40, 49, 51, 52, 54, 70
 SCHLOSSER, Peter – 210
 SCOTT, Austin Wakeman – 133
 SEVERO NETO, Manoel – 217
 SILVA, Bruno Freire c – 308
 SILVA, José Afonso da – 322
 SILVA, Ovídio A. Baptista da – 83, 239
 SILVA, Paula Costa c – 204, 207, 208, 211
 SLAIBI FILHO, Nagib – 188
 STIGLITZ, Gabriel A. – 143
 STRECK, Lenio Luiz – 321, 325

T

TALAMINI, Eduardo – 32, 81, 84, 108, 160, 212, 219, 233, 240, 241, 246, 265, 266, 269, 278
 TALAVERA, Glauber Moreno – 305
 TARELLO, Giovanni – 53
 TARUFFO, Michele – 96, 136, 139, 152, 203, 229
 TARZIA, Giuseppe – 98

TESHEINER, José Maria – 110, 276, 281
 THEODORO JÚNIOR, Humberto – 116, 126, 127, 129, 191, 213
 TROCKER, Nicolò – 70, 76, 82, 94, 100, 101, 106, 107, 108, 140, 210
 TUCCI, Rogério Lauria – 83, 94, 97, 99, 120, 188, 315, 318, 319

V

VENOSA, Sílvio de Salvo – 186
 VENTURI, Elton – 302
 VIDIGAL, Luís Eulálio de Bucno – 178
 VIGLIAR, José Marcelo Menezes – 308, 310
 VIGNERA, Giuseppe – 96
 VIGORITI, Vincenzo – 149, 152
 VINCENT, Jean – 82
 VOCINO, Corrado – 90

W

WACH, Adolf – 11, 57, 58
 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim – 170
 WATSON, Garry D. – 154
 WILLIAMS, Neil J. – 154
 WINTGEN, R. – 34

Y

YARSHELL, Flávio Luiz – 112, 113, 130, 177

Z

ZULIANI, Ênio Santarelli – 285, 286

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

ação civil reparatória – 282
 ação coletiva – 144, 145, 147, 291, 293, 299, 305, 308, 310
 ação coletiva passiva – 312
 ação condenatória – 274, 275
 ação confessória ou negatória de servidão – 51, 217
 ação de divisão de terras particulares – 168
 ação de improbidade administrativa – 293
 ação de investigação de paternidade – 31, 278, 279, 280, 281
 ação de nulidade de casamento – 89
 ação de regresso – 181
 ação declaratória de constitucionalidade – 320, 321, 322, 325
 ação declaratória de nulidade – 113
 ação demarcatória – 168
 ação direta de inconstitucionalidade – 321, 322, 325
 ação monitória – 121
 ação pauliana – 178, 182, 190, 191, 192, 193
 ação penal – 282, 288
 ação popular – 147, 293
 ação possessória – 109
 ação redibitória – 234
 ação reivindicatória – 21, 51, 61, 68, 181, 182, 184, 185, 198, 213
 ação rescisória – 35, 112, 113, 130, 177
 ação revocatória – 220
 ações concorrentes – 124, 234
 ações de estado da pessoa – 199, 276, 277, 281
actio – 53
 agravo de instrumento – 170
 alienação da coisa litigiosa – 129, 201, 202, 203, 208
 antecipação da tutela – 15, 163
 apelação – 44, 270
 apreensão judicial – 167
 arbitragem – 126, 127, 129
aventi causa – 80, 85, 86, 88, 199
ayants cause – 80
 benefício de ordem – 274
 benefício jurídico – 23, 92, 179
Bernhard doctrine – 134, 135, 136
binding effect – 152
 capítulos da sentença – 232, 233
causahabientes – 81
 chamado – 28
 chamamento ao processo – 269, 274
civil law – 131, 138, 229
class action – 141, 149, 150, 151, 152, 245, 291

class representatives – 149, 151
cláusula compromissória – 127
co-herdeiro – 43
coisa julgada material – 156, 174, 175
coisa julgada passiva – 312
coisa julgada penal – 282
collateral estoppel – 133, 134, 135, 137, 229
comentadores – 44, 157
common law – 16, 23, 34, 131, 132, 136, 139, 148, 150, 153, 229
comodatário – 105, 182, 186
concorrência alternativa – 64
concorrência subjetiva – 75
concurso de demandas – 53
condômino – 43, 51, 227, 228
conexão incidível – 64, 68
contraditório *posticipato* ou *diferito* – 100, 205
controle de constitucionalidade – 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 324
convenção arbitral – 126, 127, 129, 130
credor hipotecário – 181, 184
credor pignoratício – 51
credor prejudicado de fato – 61
credor solidário – 138, 197, 259, 261, 263, 264, 266, 267
cumulação de pedidos – 176
cumulação imprópria – 176
cumulação própria – 176
cumulação simples – 176
cumulação sucessiva – 176
dano moral – 115, 118, 255
decadência 31
denúnciação da lide – 269
denunciado – 28
devedor solidário – 259, 263, 269
devedor solidário – 48, 50
devido processo legal – 13, 93, 94, 148, 243
Dingmannen – 43
direito comum – 44, 45, 46, 157
direito germânico-barbárico – 43
direito hispânico – 46
direito individual homogêneo – 144, 294, 295, 297, 298, 301, 303, 311
direito lusitano – 46, 47
direito potestativo – 61, 75, 235, 236, 237
direito romano pós-clássico – 43
direito romano-canônico – 57
direitos coletivos – 296, 298
direitos da personalidade – 247, 248, 249, 251
direitos da personalidade *post mortem* – 248, 249, 250, 252, 253, 254, 257
direitos difusos – 296, 298
direitos difusos e coletivos – 15, 142, 144, 294, 295
direitos supra-individuais – 292
direitos transindividuais – 293
due process of law – 12, 95, 109, 133, 149, 151
duração do processo – 94

efeito constitutivo – 18, 83, 237
efeito declaratório – 18, 84
efeito do trânsito em julgado – 124
efeito secundário – 21, 159
efeito suspensivo – 159
efeitos típicos ou programados – 160, 226
efeitos processuais ou acessórios – 226
efeitos reflexos – 63, 68, 71, 72, 104, 204
efetividade do processo – 14
eficácia constitutiva – 239
eficácia direta – 57, 69, 85, 89, 91, 103, 170
eficácia do ato jurídico – 157
eficácia executiva – 83
eficácia natural – 78, 110
eficácia provisória – 19
eficácia reflexa – 52, 55, 56, 57, 66, 67, 68, 72, 77, 85, 89, 90, 91, 102, 103, 105, 180
eficácia retroativa do julgado – 104
embargos de terceiro – 35, 166, 167, 178
exceção de coisa julgada – 67, 68, 240
exceção pessoal do credor – 268
exceção pessoal do devedor – 269
exceções positivas – 51
exceptio rei iudicatae – 38, 51, 53, 139, 202, 259
execução provisória – 159, 163
fair notice – 152
falta de interesse processual – 123
fiador – 48, 49, 58, 65, 75, 113, 182, 183, 184, 273, 274, 275
fiança – 183
garantia constitucional do direito de defesa – 76
garantia da isonomia processual – 96, 118, 120, 142
garantia do direito de defesa – 119
garantia do processo sem diiações indevidas – 93
glosadores – 44, 45, 46
habeas data – 291
herdeiro legítimo – 51
herdeiro necessário – 117
herdeiro testamentário – 49, 51
hipoteca judiciária – 21, 159, 160
impedimento e suspeição – 25
impugnação de deliberação societária – 61, 75, 79, 87, 90, 122, 124, 125, 138, 233, 235, 237, 238, 240, 241, 242, 243, 244, 245
impugnação do vínculo matrimonial – 87
incidente de liquidação – 283
inconstitucionalidade superveniente – 323
interesse em recorrer – 170
interesse processual – 92, 164, 165, 167, 197, 198
intervenção de terceiros – 15, 25, 35
intervenção voluntária – 107
issue preclusion – 133
juiz ativo – 148

juiz natural – 95
juízo arbitral – 126, 127
legatário – 58
legis actiones – 38
legitimação extraordinária – 208, 214, 215, 218, 220, 287, 302
legitimação ordinária – 215, 234, 256
legitimação por categoria – 87
legitimados primários – 278, 279
legitimados secundários – 279
legitimidade processual – 164, 165, 168, 197, 198, 224, 253, 280
liberto – 43
limites objetivos da coisa julgada – 33, 58, 72, 175
litisconsórcio – 15, 25
litisconsórcio ativo facultativo – 115, 257
litisconsórcio ativo ulterior – 145
litisconsórcio facultativo – 221, 265
litisconsórcio unitário – 232
litisconsorte necessário – 75, 111, 114, 181, 217, 218, 222, 223, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 257, 270, 272, 277, 280
litisconsorte necessário unitário – 221, 222, 226
litiscontestatio – 53
litispêndência – 25
locador – 182, 187, 188, 189
locatário – 182, 186, 187, 188, 189, 190
mandado de injunção – 291
mandado de segurança – 166, 172, 173, 174, 178, 179
mandado de segurança coletivo – 291
mandato *in utilibus* – 260
Ministério Público – 148, 306
motivos da sentença – 33, 175, 282
mutuality rule (regra da mutualidade) – 133
nexo de coordenação necessária – 75
nexo de interdependência – 111, 171, 172
nexo de prejudicialidade-dependência – 22, 73, 74, 91, 92, 179, 180, 184
nomcado – 28
objeto litigioso – 21
obrigação de entrega de coisa móvel – 16
obrigação de fazer – 16
obrigação de não-fazer – 16
obrigação subjetivamente complexa – 261
obrigações indivisíveis – 15, 271, 272, 273
obrigações solidárias – 15, 199, 270, 271, 272
onerosidade excessiva – 228
opocente – 27
oposição de terceiro – 75, 79, 111, 211, 227
parte – 21, 24, 25, 26, 27, 28, 33, 48, 49, 69, 86, 175, 215

pedido incontroverso – 15, 176
pedido simples – 175
precedente judicial – 148
prejuízo de fato – 61, 66, 80
prejuízo extrapatrimonial – 115
prejuízo jurídico – 15, 23, 92, 164
prescrição – 31, 275
prescrição da ação penal – 288
pretium doloris – 115
princípio da ampla defesa – 35, 96, 97, 101, 114, 179, 206, 217
princípio da economia processual – 208, 305
princípio da igualdade – 118, 120, 268
princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional – 95, 108
princípio da relatividade da coisa julgada – 33
princípio do contraditório – 35, 76, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 104, 106, 108, 109, 114, 139, 182, 210, 211, 284
privies – 81, 133
processo formular – 38
processo objetivo – 323
promitente comprador – 21, 181, 182, 186
promitente vendedor – 21
publicidade dos atos processuais – 95
questão prejudicial – 33
recurso do terceiro prejudicado – 35, 111, 112, 166, 169
regra da congruência – 33, 174
relações concorrentes – 22
relações paralelas – 75
relativização da coisa julgada – 31
representação – 48, 49, 50, 51, 207
representação adequada – 29, 141, 148, 150
responsabilidade civil – 114, 134, 282, 283
responsabilidade do preponente – 284, 286
responsabilidade objetiva – 283, 285
right to opt out – 148, 152, 154
secundum eventum litis – 61, 120, 121, 122, 141, 142, 146, 183, 239, 266
secundum eventum probationis – 139, 145, 299, 303
segurança jurídica – 30, 31, 32, 162
sentença arbitral – 125, 126, 128, 129, 130, 131
sentença condenatória – 236
sentença constitutiva – 163, 236, 239
sentença declaratória – 83, 239
sentença *inutiliter data* – 217, 229, 226, 277
sentença penal – 101, 283
sentença penal absolutória – 287, 307
sentença penal condenatória – 15, 282, 287, 288, 306, 307
sentença *utiliter data* – 231
solidariedade – 59, 260

stipulatio – 54
sublocatário – 21, 90, 103, 182, 187, 188, 189
substituição processual – 15, 21, 66, 103, 171, 177, 203, 207, 208, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220
substituto processual – 199, 203, 209, 237, 266, 313
sucessão *post rem iudicatam* – 213
sucessão processual – 15, 21, 66, 203
sucessor – 27, 106, 171, 199, 200, 201, 204, 205, 206, 208, 209, 211
sucessor a título particular – 50, 58, 129, 201, 213
sucessor universal – 50, 58, 129, 200, 213
superficiário – 184
terceiro – 24, 29, 33, 38, 41, 45, 48, 49, 57, 60, 61, 62, 68, 79, 80, 81, 85, 103, 161, 171
terceiro adquirente de boa-fé – 178, 209, 212, 213
terceiro beneficiado – 196, 197, 302
terceiro beneficiado de fato – 197
terceiro juridicamente beneficiado – 197
terceiro juridicamente indiferente – 62, 65, 67, 88, 92, 161, 196
terceiro juridicamente interessado – 62, 65, 66, 67, 92, 161, 196, 235
terceiro prejudicado – 111, 131, 171, 177, 182, 196
terceiro totalmente indiferente – 61
terce oppositio – 82
trânsito em julgado – 23, 31, 44, 59, 83, 92, 101, 155, 159, 163, 174, 177, 198
tratamento paritário das partes – 22
tria eadem – 136, 234
tutela coletiva – 14, 29, 289, 290, 307
tutela constitutiva – 163
tutela da personalidade *post mortem* – 15
tutela de urgência – 162
tutela declaratória – 163
tutela jurisdicional diferenciada – 162
usufrutuário – 184, 185, 217