

TESES, ESTUDOS E
PARECERES DE PROCESSO CIVIL

de

JOSÉ IGNACIO BOTELHO DE MESQUITA

Volume 1

Direito de ação
Partes e terceiros
Processo e política

Volume 2

Jurisdição e competência
Sentença e coisa julgada
Recursos e processos de competência
originária dos Tribunais

Volume 3

Jurisdição constitucional das liberdades
e garantias constitucionais do processo
Execução
Processo cautelar
Outros estudos

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Mesquita, José Ignacio Botelho de

Teses, estudos e pareceres de processo civil, volume 1: direito de ação, partes e terceiros, processo e política / José Ignacio Botelho de Mesquita ; apresentação José Rogério Cruz e Tucci, Walter Piva Rodrigues, Paulo Henrique dos Santos Lucon. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005.

Bibliografia.

ISBN 85-203-2738-9

1. Processo civil 2. Processo civil – Brasil I. Tucci, José Rogério Cruz e. II. Rodrigues, Walter Piva. III. Lucon, Paulo Henrique dos Santos. IV. Título. V. Título : Direito de ação, partes e terceiros, processo e política.

05-3680

CDU-347.9

Índices para catálogo sistemático: 1. Processo civil : Direito civil 347.9

JOSÉ IGNACIO BOTELHO DE MESQUITA

TESES, ESTUDOS E
PARECERES DE PROCESSO CIVIL

Volume 1

DIREITO DE AÇÃO
PARTES E TERCEIROS
PROCESSO E POLÍTICA

Apresentação

JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI
WALTER PIVA RODRIGUES
PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

**LITISCONSÓRCIO UNITÁRIO.
EFICÁCIA DO RECONHECIMENTO
DO PEDIDO POR UM SÓ DOS RÉUS
NA AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE¹**

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Do direito à dissolução da sociedade e da ação que lhe corresponde – 3. Da eficácia do reconhecimento da procedência do pedido em relação ao juiz – 4. Da eficácia do reconhecimento do pedido em relação aos litisconsortes – 5. Do reconhecimento do pedido na ação de dissolução de sociedade – 6. Conclusão.

1. Introdução

1.1. Há, no Código de Processo Civil, vários temas que sempre foram polêmicos. Um deles é o tratamento dispensado ao litisconsórcio unitário. Por força das deficiências do Código neste particular, a compreensão do instituto ficou bastante prejudicada e acabaram se criando algumas orientações, que nem sempre se harmonizam com o que manda o ordenamento jurídico de direito material.

Entre elas há, por exemplo, o entendimento de que, sendo unitário o litisconsórcio, não teria eficácia nenhuma o reconhecimento da procedência do pedido, se feito por apenas um dos litisconsortes passivos.

Essa afirmação é sem dúvida verdadeira para a generalidade dos casos, mas daí não se segue que possa ser tomada como verdadeira sempre. A experiência jurídica mostra que casos ocorrem em que tal limitação à eficácia dos atos de um dos litisconsortes pode importar uma grave fratura para o sistema jurídico, atribuindo aos demais litisconsortes um poder excedente ao que por direito lhes poderia caber.

¹ *Litisconsórcio unitário*, “in” Revista do Advogado n. 40, Julho de 1993, p. 10.

Essa conclusão se tornou para mim evidente a partir do exame de um caso concreto com que certamente já se terão defrontado os advogados mais experimentados em questões societárias.

O caso era de ação de dissolução de uma sociedade, cujo capital se achava dividido igualmente entre quatro irmãos. A ação havia sido proposta por dois deles contra os demais. Dos dois réus, um reconheceu a procedência do pedido e o outro não; este, ainda no curso do prazo para contestar, entrou em acordo com os autores, de modo a formar com eles a maioria necessária para controlar a sociedade.

A partir dessa nova posição, os três juntos destituíram da diretoria da sociedade o réu que concordara com a dissolução da sociedade e os sócios autores desistiram da ação, requerendo ao juiz que homologasse por sentença a sua desistência. Desistência essa com que concordaria o réu que se aliara aos autores, mas não o que reconheceu a procedência do pedido.

Nesse caso fica perfeitamente claro que, se se atribuísse eficácia ao reconhecimento da procedência do pedido, estaria formada a maioria (75%) necessária para a dissolução da sociedade; ao juiz cumpriria simplesmente decretá-la, a despeito da discordância do sócio dissidente. Ao contrário, se fosse negada eficácia ao reconhecimento do pedido, se estaria atribuindo ao sócio minoritário (25%) o poder, que o direito material lhe recusa, de se opor à vontade da maioria de pôr fim à sociedade.

1.2. Tenho para mim que o direito processual não deve se prestar nunca para a realização de alterações jurídicas não consentidas pelo ordenamento de direito material. Soluções que rompam esta relação constitucional entre os dois ordenamentos, não se podem aceitar nunca.

O presente estudo visa precisamente a demonstrar que uma correta aplicação dos princípios processuais pode conduzir, ao contrário, a uma solução perfeitamente consentânea com os postulados do direito material, obviando qualquer possível ruptura do vínculo de complementariedade que deve sempre existir entre o direito material e o direito processual. E mostrará um aspecto do regime do litisconsórcio unitário ainda não revelado no direito brasileiro: a possibilidade de se atribuir eficácia ao reconhecimento do pedido, ainda quando manifestado por apenas um dos litisconsortes.

Para este fim começaremos pela análise da dissolução da sociedade, tanto no plano do direito material como no de direito processual, de modo a trazer à tona os elementos relevamos para o nosso estudo. Passaremos a seguir ao exame da eficácia do reconhecimento do pedido e, por fim, cuidaremos do tema em face do regime do litisconsórcio unitário.

2. Do direito à dissolução da sociedade e da ação que lhe corresponde

2.1. A Lei das Sociedades por Ações (Lei 6.404, de 15.12.1976) manteve a antiga distinção entre dissolução de *pleno direito* e dissolução por *sentença do juiz* (art. 206, I e II), mas sem muito rigor na determinação das respectivas causas.

A dissolução de pleno direito, se se quiser exato, seria apenas aquela que opera independentemente da vontade dos sócios e até contra ela, *ope legis*, como no caso de ocorrer o término do prazo de duração da sociedade. Nela não cabe, portanto, por exemplo, a hipótese de dissolução por deliberação da assembléia geral, que depende da vontade dos sócios. Correta neste sentido a opinião de WALDEMAR FERREIRA a propósito do que dispunha o art. 335 do Código Comercial (*Instituições*, 1954, I, p. 352). De outro lado, o fato de operar-se de pleno direito não é suficiente, por si só, para excluir totalmente a necessidade de sentença, ainda que meramente declaratória, que reconheça a ocorrência do fato desconstitutivo da sociedade e declare produzidos os seus efeitos. Isto ocorrerá toda vez que divirjam os sócios quanto à existência da causa de dissolução ou quanto à eficácia da mesma, conforme corretamente observado por J. X. CARVALHO DE MENDONÇA (*Tratado*, 1933. III, p. 205, n. 780).

É, pois, distinção que não dá a conhecer o modo como realmente as coisas se passam na dissolução da sociedade.

Preferível a classificação de VIVANTE que divide a dissolução da sociedade em dissolução *de pleno direito* e dissolução *facultativa*, incluindo na primeira os casos de decurso do prazo e de cumprimento do fim da sociedade e, na segunda, todas as outras hipóteses, tendo em vista que nestas a lei apenas põe diante dos sócios as causas de dissolução "ma non li contringe a valersene" (*Tratado*, 1912. II. p. 598).

2.2. Essa discriminação põe em relevo o fato de que, em certas hipóteses, a causa legal de dissolução é necessária mas não suficiente para que o efeito da dissolução se produza. É necessário que com ela se conjugue a vontade dos sócios, embora varie, de um ordenamento para outro e de um tipo societário para outro, a eficácia atribuída a essa manifestação de vontade.

É o que se dá, por exemplo, quando a sociedade anônima, por falta de recursos suficientes, não pode mais preencher o fim para que foi constituída. Diante desse fato, pode a assembléia geral deliberar a dissolução da sociedade (art. 206, I, "c") ou tomar alguma outra providência, como a de deliberar que sejam "levantados empréstimos para o giro dos negócios e a recuperação da empresa", conforme lembrado por TEIXEIRA-GUERREIRO (*Das sociedades anônimas no direito brasileiro*, 1979, II, p. 626). À causa de dissolução não corresponde necessariamente esse efeito.

Para que, à causa legal de dissolução, lhe siga esse efeito, é preciso que algum sócio queira que este efeito se produza e *exija* dos demais o concurso de suas vontades para que, das declarações concordes representando a maioria necessária, surja a deliberação social a que a lei empresta o efeito de provocar a mudança no estado da sociedade. Na presença, porém, do fato que constitui causa legal para a dissolução, se houver sócio que a exija e tenha o poder de fazê-lo, a vontade dos demais não é livre: é vinculada. Se a maioria se recusar a prestar o concurso de sua vontade para a produção do efeito jurídico pretendido, em prol de outra solução que não assegure ao sócio dissidente o direito de recurso e com a qual este não se conforme, lhe caberá o direito de obter, mediante sentença, a produção do mesmo efeito que resultaria das declarações de vontades recusadas.

Extrai-se daí que, num caso como o do exemplo dado, a diferença entre a dissolução originada da deliberação da assembléia geral e a decorrente da sentença judicial não se acha na causa da dissolução, mas no ato do qual a dissolução depende, subordinado sempre à condição de que haja acionistas que exijam a dissolução da sociedade.

2.3. No caso das sociedades anônimas, havendo causa para a dissolução "facultativa" da companhia e havendo acionistas que a exijam (representando no mínimo 5% do capital social), a manifestação de vontade destes é vinculante para os demais: cria para estes o dever de em-

prestar o concurso de sua vontade para a criação do ato (deliberação da assembléia geral) de que depende a dissolução da companhia, ou de ficarem sujeitos à produção desse mesmo efeito por ato do juiz.

O direito do sócio à dissolução da sociedade, que a doutrina unanimemente considera como um direito indisponível, de ordem pública, se traduz por isto, consoante bem caracterizado no Código Civil (art. 1408), no direito de *exigir a dissolução* da sociedade, a que corresponde, por parte dos demais acionistas, a obrigação de prestar a declaração de vontade de que a lei faz depender a produção desse efeito jurídico.

É, portanto, direito a que corresponde uma obrigação de fazer (prestar declaração de vontade) cujo cumprimento tem por finalidade a produção de um efeito jurídico: a dissolução da sociedade.

Este, pois, é o direito em que se funda a chamada ação de dissolução de sociedade.

2.4. A ação de dissolução de sociedade tem por escopo a pronúncia de uma sentença que produza os mesmos efeitos da declaração de vontade recusada pelos demais sócios. Conforme a expressão de L.E. DE BUENO VIDIGAL, visa à criação, pelo Estado, de "uma situação equivalente à que nasceria se aquela declaração fosse prestada" (*Da execução direta das obrigações de prestar declaração de vontade*, "in" *Direito Processual Civil*, 1905, p. 165). Constitui, por isto, ação de execução específica de obrigação de fazer, muito embora não se apresente com a veste usual (e desnecessária) de ação condenatória que a tantas confusões se tem prestado.

A sentença de procedência da ação de dissolução de sociedade, como as demais sentenças de execução específica de obrigação de prestar declaração de vontade, tem a natureza de sentença constitutiva *latô sensu* (L.E. DE BUENO VIDIGAL, op. cit., loc. cit., p. 173 n. 75; ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, *Comentários ao CPC*, 1977, VI, tomo II, p. 833 n. 1756; AMILCAR DE CASTRO, *Comentários ao CPC*, 1974, p. 181). Evidentemente, não entra na classe das constitutivas *necessárias*, porque o efeito pode ser igualmente produzido por ato das partes (deliberação em assembléia geral).

São requisitos para esta sentença a existência do direito do sócio de exigir a dissolução da sociedade e a recusa, dos demais, de prestar a declaração de vontade de que depende a produção desse efeito jurídico.

2.5. Da recusa dos sócios depende o interesse processual, que é uma das condições de admissibilidade da ação. Para que se forme o interesse processual não é necessário que a recusa se dê por parte de todos os demais sócios: basta a recusa daqueles que detenham a parte do capital que faltar para a composição da necessária maioria.

Importante observar, porém, que, proposta a ação e aquiescendo todos os réus quanto à dissolução, não desaparece com isto o interesse na obtenção de uma sentença de mérito favorável ao autor ou autores, porque não estará atingindo ainda o escopo do processo. A desconstituição “facultativa” da sociedade só pode decorrer de ato a que lei atribua esse efeito e a lei não o atribui às manifestações de vontade individual e separadamente produzidas, ainda que concordes. Para tanto, exige-se ato que consista em contrato, ou deliberação de assembléia geral, ou sentença.

A hipótese é análoga à do reconhecimento da procedência do pedido de adjudicação compulsória, quando fundado em promessa de venda e compra quitada. Para a transferência da propriedade não bastará a concordância do réu nos autos do processo, porque esse efeito só se produz por escritura de venda e compra ou pela sentença de procedência do pedido.

Se o reconhecimento da procedência do pedido tem efeito vinculante para o juiz, é a questão que agora passamos a tratar.

3. Da eficácia do reconhecimento da procedência do pedido em relação ao juiz

3.1. Para entender bem os efeitos do reconhecimento do pedido em relação ao juiz é ilustrativo compará-los com os efeitos da confissão; principalmente tendo em vista que a diferenciação entre estes dois institutos se vincula à distinção entre a *confessio in iure* e a *confessio in iudicio* do direito romano clássico.

Conforme assinala MOACYR LOBO DA COSTA em preciosa monografia sobre esta matéria.

“Se o réu, levado à presença do pretor pelo autor, confessava o pedido, o processo não chegava a se instaurar para o julgamento da *actio* pelo *judex*, valendo a confissão, admitida pelo pretor, com título

para ter lugar a execução contra o réu, que se condenara a si mesmo: *confessus pro iudicato est, qui quodam modo sua sententia damnatur*, dissera Paulo – Dig. 42, 2, 1. (...)

Mas, se a confissão do réu fosse feita perante o *judex*, no desenvolvimento probatório da *actio*, após a *litiscontestatio*, tal confissão não impedia o *judex* de proferir sentença, cumprindo-lhe, somente, tomar em consideração o fato confessado como elemento de prova favorável ao autor” (*Confissão e reconhecimento do pedido*, 1983, p. 1 e 2).

Daí a radical diferença entre os respectivos efeitos bem evidenciada pelo eminente processualista:

“Enquanto a *confessio in iudicio* tem por efeito excluir a necessidade de prova do fato confessado, a *confessio in iure* contém em si mesma a condenação do confitente, acarretando a prolação de uma sentença meramente declarativa para proclamá-la” (id. ib. p. 3).

Desta distinção se originaram os dois conhecidos institutos – a confissão e o reconhecimento do pedido – tendo por objeto, respectivamente, os fatos afirmados pelo autor e o pedido por ele deduzido em juízo, com efeitos inteiramente diferentes: a confissão com o efeito de livrar o autor do ônus da prova e o reconhecimento do pedido com o efeito de determinar a extinção do processo com decisão de mérito favorável ao autor.

3.2. Com esta configuração os dois institutos foram admitidos pela ordenação processual alemã (ZPO): o reconhecimento do pedido (*Anerkenntnis*) no § 307 e a confissão (*Geständnis*) no § 288. O direito italiano não adotou expressamente o reconhecimento do pedido, daí resultando acesa disputa sobre o *ricoscimento della domanda* teria, ou não, o efeito de obrigar o juiz a pronunciar sentença de mérito favorável ao autor. Admitindo essa eficácia, CARNELUTTI (*Sistema*, 1936, I, p. 169 e 170 e III, p. 503: *Diritto e processo*, 1958, p. 176) e CALAMANDREI (*La sentenza soggettivamente complessa*. “in” Opere Giuridiche, 1965, I, p. 137). Negando-a, a maioria da doutrina e, especialmente, CHIOVENDA (*Instituições*, 1943, II, p. 477 e 478) e LIEBMAN (*Sul riconoscimento della domanda*, “in” *Problemi del Proc. Civ.*, 1962, p. 177 e segs.).

3.3. O direito brasileiro atual, restabelecendo a linha da tradição que fora rompida pelo Código de 1939, dispõe expressamente sobre os dois institutos, a confissão e o reconhecimento da procedência do pedi-

do, atribuindo àquela o efeito de livrar o autor do ônus da prova dos fatos por ele alegados (CPC art. 334. II) e a este o efeito de impor ao juiz a extinção do processo com julgamento de mérito (CPC art. 269, II).

No entender praticamente unânime da doutrina, fica o juiz adstrito ao reconhecimento do pedido, cumprindo-lhe proferir sentença *favorável* ao autor (MONIZ DE ARAGÃO, *Comentários ao CPC*, 1979, II, p. 546, n. 551; HÉLIO TORNAGHI, *Comentários ao CPC*, II, 1978, p. 348; ARRUDA ALVIM, *CPC comentado*, 1975, II, p. 218; CÂNDIDO DINAMARCO, *Direito Processual Civil*, 1975, p. 74; BARBOSA MOREIRA, *O novo processo civil*, 1988, p. 131; AMARAL SANTOS, *Primeiras linhas*, 1977, II, p. 89; FREDERICO MARQUES, *Manual*, 1975, III, págs. 34-35; HUMBERTO THEODORO JR., *Processo de conhecimento*, 1981, I, p. 406). No campo contrário, entendendo que o juiz não fica obrigado a proferir sentença favorável, ficaram LOBO DA COSTA (op. cit.) e CELSO BARBI (*Comentários ao CPC*, 1981, I, p. 212, n. 212).

3.4. No que tem de fundamental, a divergência manifestada por LOBO DA COSTA e CELSO BARBI, na linha do pensamento de CHIOVENDA, está assentada no mesmo fundamento com que LIEBMAN condenara, *de iure condendo*, a inclusão de norma, no direito italiano, que vinculasse ao reconhecimento do pedido, o conteúdo da decisão do juiz.

Partindo do pressuposto de ser “inadmissível que o juiz seja constrangido a pronunciar cientemente uma sentença contrária à lei”, pois, “a senhoria do juiz na aplicação do direito se apresenta como um princípio idealmente absoluto que não pode encontrar limitações onde elas não sejam impostas por uma explícita disposição de lei”, concluirá LIEBMAN que, realmente, são livres as partes para, “a qualquer tempo, renunciar à prolação de uma sentença, se chegaram a um acordo sobre o modo de regular as suas relações; mas, se preferiram que o juiz pronuncie a sentença, não podem de modo algum influir sobre a decisão que ele desejará dar sobre a questão de direito” (op. cit., p. 202, nossos os grifos).

O valor desses argumentos para o direito brasileiro atual é assaz discutível. Primeiro, porque *legem habemus*, valendo pois para nós a ressalva introduzida pelo próprio LIEBMAN quanto à hipótese de tais limitações serem “impostas por uma explícita disposição de lei”. No mais, o que se nota é que LIEBMAN lançou o dardo muito além da meta porque,

a serem válidas as razões por ele expendidas, não se deveria também admitir o efeito vinculante da transação, eis que a sentença, ainda que meramente homologatória, impõe o selo do Estado sobre o direito declarado pelas partes entre si, acrescentando ao reconhecimento do direito a autoridade da coisa julgada (correta, pois a crítica de MONIZ DE ARAGÃO, op. cit, p. 549).

3.5. O que se pode questionar na posição de MONIZ DE ARAGÃO, FREDERICO MARQUES e CÂNDIDO DINAMARCO é a conclusão por eles formada de que, em face do reconhecimento do pedido, a sentença de extinção do processo teria natureza meramente *homologatória*. Neste passo é correta a crítica que lhes foi movida por LOBO DA COSTA; não só pelo argumento extraído do art. 584, III do CPC, como também pelo fato de que, como acima já salientamos, o reconhecimento é ato unilateral, cuja homologação não é suficiente para produzir o efeito pretendido pelo autor. Razão cabe a HÉLIO TORNAGHI, BARBOSA MOREIRA e AMARAL SANTOS quando asseveram a necessidade de sentença de mérito, cujos fundamentos porém são *substituídos pelo reconhecimento da procedência do pedido*. Neste mesmo sentido é de ser entendida, a nosso ver, a posição de L.E. DE BUENO VIDIGAL, *verbis*: “A enumeração taxativa do art. 269 parece desnecessária e contraproducente. Os itens II, IV e V reduzem-se ao item I. Não basta, para a extinção do processo, que o réu reconheça a procedência do pedido ou que o autor renuncie ao direito sobre que se funda a ação. É preciso, ainda, que o juiz, com base no reconhecimento ou na renúncia acolha ou rejeite o pedido do autor” (*Comentários ao CPC*, 1974, VI, p. 46). Vale dizer: é preciso, ainda, que o juiz, com base no reconhecimento, acolha e, com base na renúncia, rejeite o pedido do autor; e não com base no reconhecimento acolha ou rejeite o pedido.

E está correta a lição de VIDIGAL quanto ao caso de reconhecimento do pedido, porque a determinação do Código no sentido de que o processo se encerre com decisão de mérito define o objeto da sentença, que é o pedido do autor e não um acordo de vontades a ele superveniente.

O reconhecimento do pedido não muda o objeto do processo, nem a sentença, que continua sendo, sempre, o pedido do autor. *Aliter* quando se trata de transação. Concluída a transação entre as partes, o objeto da sentença passa a ser a transação mesma que, se for válida e eficaz, será homologada pelo juiz, afim de que produza os efeitos que lhe são

próprios. Daí porque, se houver motivos para invalidá-la, não se rescinde a sentença: anula-se a transação (CPC art. 486); sentença rescindível é a que tem a transação por fundamento, por “base” (art. 485, VIII), não a que a tenha por objeto.

Convém observar, no entanto, que a vinculação do juiz ao reconhecimento do pedido, embora tolhendo sua liberdade de apreciação sobre a questão de direito, não o impede de julgar sobre os pressupostos processuais, as condições da ação e sobre a validade e a eficácia do próprio reconhecimento, pronunciando sobre ele um verdadeiro juízo de deliberação, conforme observado por MONIZ DE ARAGÃO (op. cit., p. 548). A possibilidade desse juízo é expressamente admitida pela doutrina alemã, com o que se obviam os inconvenientes maiores, temidos pelos que se opõe à atribuição de eficácia vinculante ao reconhecimento do pedido (v. LENT, *Diritto processuale civile tedesco*, 1962, p. 191).

3.6. O que não parece admissível, para o direito brasileiro atual, é reduzir a eficácia do reconhecimento do pedido ao efeito único de provocar o julgamento antecipado da lide, porque para isto já seria suficiente o disposto no art. 330, I, do CPC, não restando razão alguma para justificar o disposto no art. 269, II do mesmo Código.

De resto, limitar-se o efeito do reconhecimento do pedido ao que resulta da confissão importa, sem mais, fundir os dois institutos num só, a confissão, quando o Código os tratou separadamente, atribuindo a cada qual uma diferente eficácia.

O que parece acertado, portanto, consoante o entendimento praticamente unânime da doutrina nacional, é que, havendo reconhecimento da procedência do pedido por parte do réu, cumpre ao juiz extinguir o processo com sentença *favorável* ao autor.

3.7. Diante disto, se no caso em exame os dois réus houvessem concordado com a dissolução da sociedade, mais não caberia ao juiz fazer, do que, com fundamento no reconhecimento, declarar extinto o processo, “decretando” a dissolução da companhia.

Como, no caso, apenas um dos réus reconheceu a procedência do pedido de dissolução, cabe indagar se a eficácia do reconhecimento havido atinge também o litisconsorte.

É disto que se passa a tratar.

4. Da eficácia do reconhecimento do pedido em relação aos litisconsortes

4.1. A hipótese c de litisconsórcio passivo unitário, porque a lide terá que ser resolvida de modo uniforme para todos os litisconsortes; ou se dissolve a sociedade para todos, ou não se dissolve para ninguém. É caso, pois, em que o princípio geral da autonomia dos litisconsortes cede diante da necessária uniformidade da resolução do litígio e, conseqüentemente, pode dar-se a comunicação, aos demais litisconsortes, dos efeitos dos atos ou omissões de um deles.

Em que casos esta comunicação se opera, é questão para a qual o CPC não oferece uma resposta satisfatória, conforme tem sido reconhecido pela doutrina. Criticando o art. 57 do Anteprojeto Buzaid (que se veio a transformar no art. 48 do CPC) já anotava BARBOSA MOREIRA que, na expressão “salvo disposição em contrário”, o Anteprojeto se limitava, apenas, a “deixar entrever, ainda (ao lado do regime *comum*), a existência de um regime especial, sem contudo demarcar-lhe a área de aplicabilidade, nem descrever-lhe o funcionamento” (*Litisconsórcio unitário*, 1972, p. 221-222). E, com a agudeza de sempre, já demonstrava BARBOSA MOREIRA a insuficiência e até mesmo a inaptidão das poucas “disposições em contrário” para a definição do regime especial do litisconsórcio unitário.

Daí resulta que compete á doutrina a tarefa de revelar os princípios que regem esta matéria.

4.2. A tendência doutrinária tradicional no Brasil, é a de fixar o princípio geral de que, no litisconsórcio unitário, “os atos benéficos alcançam os litisconsortes, mas não os atos e as omissões prejudiciais” CELSO BARBI, op. cit., vol. I, tomo I, p. 287). Coube a BARBOSA MOREIRA, lembrando que “desde o fim do século passado rejeitava-se como arbitrária, na Alemanha, essa teoria”, demonstrar que ela repousa

“... Sobre a falsa concepção do redime do litisconsórcio unitário como um mecanismo que tivesse por mola fundamental a *extensão dos eleitos* dos atos *in genere* praticados pelos diligentes aos demais co-litigantes” (*Litisconsórcio* cit., p. 174 e nota 100).

Depois de verberar aquela doutrina como “atécnico expediente”, BARBOSA MOREIRA chama a atenção para o fato de que

“... o objeto da lei, já se assinalou, não é o de proteger os litisconsortes omissos, permitindo-lhes auferir *proveito* da atuação dos comparecentes e, contudo, imunizando-os às *desvantagens* dessa mesma atuação. Que justificaria, em verdade, esse tratamento privilegiado? A *ratio legis* consiste unicamente – é sempre oportuno repetir – na necessidade de assegurar a solução homogênea do litígio: nada mais” – (id. p. 175).

Em substituição, depois de classificar os possíveis comportamentos dos litisconsortes em *determinantes* e *alternativos*, propõe o mesmo emite processualista o seguinte princípio: “*No litisconsórcio unitário, os comportamentos determinantes só produzem seus efeitos típicos quando manifestados pela totalidade dos litisconsortes*” (id. p. 172, n. 104). Comportamento *determinante* seria aquele “a que a lei confere influência decisiva no desfecho do pleito” como o deixar de contestar ou deixar de recorrer; e comportamento *alternativo* seria aquele “que não tem a propriedade de determinar, nem mesmo parcialmente, o conteúdo da regra jurídica concreta a cuja formulação se visa”, como o oferecimento de contestação ou de recurso, que são alternativas para a revelia e o trânsito em julgado (id. p. 161-162).

Considerado o aludido princípio só pela maneira como foi enunciado por BARBOSA MOREIRA e, principalmente, deixando de lado as premissas em que se apóia, mereceria realmente o reparo que lhe foi oposto por CELSO BARBI (loc. cit., nota 310) e CÂNDIDO DINAMARCO (*Litisconsórcio*, 1984, p. 100) de que, na prática, não conduz a resultados daqueles que já advinham da antiga teoria de extensão *in utilibus*. Assim, por exemplo, no caso do reconhecimento da procedência do pedido, que, como ato determinante, estaria irrecuperavelmente condenado à total ineficácia se manifestado por apenas um dos litisconsortes.

O princípio, no entanto, está assentado sobre uma sólida construção científica que não pode ser desconhecida pura e simplesmente e não merece, muito menos, que seja relegada à uma posição secundária sem maior influência na compreensão da conclusão a que chegou BARBOSA MOREIRA. A tanto equivaleria tornar infrutífera a densa sistematização teórica contida nessa obra – esforço a que nenhum processualista brasileiro se atreveu, nem antes, nem depois – e que faz dela o mais importante trabalho de nossa literatura sobre esse magno problema.

4.3. A base de toda a sistematização procedida por BARBOSA MOREIRA repousa sobre o modo como funciona o regime especial do litisconsórcio unitário, assim descrito:

“... ele atua pela modificação das relações normais que vinculam certos efeitos jurídicos a certos esquemas de fato. Ora se faz corresponder ao esquema de fato um efeito *mais* amplo do que o efeito jurídico que ordinariamente lhe corresponderia – podendo até chegar a ser *nenhum*, no segundo caso, o efeito jurídico” (id. p. 165).

Assim, quando BARBOSA MOREIRA afirma que, no litisconsórcio unitário, os comportamentos determinantes só produzem os seus efeitos típicos quando manifestados pela totalidade dos litisconsortes, o que está sendo afirmado é uma *opção* entre as duas possibilidades por ele tomadas como ponto de partida, ou seja: (a) estender aos outros litisconsortes os efeitos do comportamento determinante de um deles; ou (b) recusar efeitos ao comportamento determinante do litisconsorte, inclusive no que toca a ele mesmo, para o fim o precípua de impedir uma solução heterogênea da lide (id. p. 163, n.º 97).

O princípio formulado por BARBOSA MOREIRA se assenta, pois, sobre um duplo pressuposto, a saber: (a) que a extensão dos efeitos do comportamento determinante aos demais litisconsortes implique uma *ampliação* do efeito jurídico que *normalmente* lhe corresponderia; e (b) que esta ampliação traga como consequência necessária, para a solução da lide, “um desfecho com o qual *talvez não viesse a coincidir* o atingido, a final, no concernente aos demais” litisconsortes (id. p. 163, nossos os grifos).

Quid juris, no entanto, se a hipótese é a contrária, ou seja: se (a) a extensão dos efeitos aos demais litisconsortes *não implicar* uma ampliação do efeito jurídico que *normalmente* corresponderia ao esquema de fato; e (b) se esta extensão importasse um desfecho necessariamente coincidente com o que poderia resultar só comportamento alternativo dos demais litisconsortes e, pois, sem quebra da uniformidade exigida para a resolução da lide?

Em outras palavras, qual a solução quando os efeitos do ato praticado por uma das partes devam, *por força de lei*, estender-se necessariamente às demais, vinculando-as, de modo a criar uma consequência jurídica uniforme para todas, que seria exatamente a mesma se os demais a ela se opusessem?

Ora, faltando os pressupostos sobre que se assenta a aludida opção, externada no princípio da inextensibilidade dos efeitos da conduta determinante, a solução só pode ser a indicada pela *opção oposta*, ou seja, a de estender aos outros litisconsortes os efeitos do comportamento determinante de um deles, porque não haverá, *por força de lei*, a possibilidade de um desfecho eventualmente contrário, nem para a parte que praticou o ato determinante, nem para as demais.

4.4. A hipótese não é rara, nem estranha, e ocorre todas as vezes em que a lei atribui a alguém o poder de dispor sobre a situação jurídica de outrem; o que ocorre toda vez que a lei faz depender, a produção de um efeito jurídico, de uma deliberação a ser tomada por um conjunto de pessoas, para a qual não se exija a concordância de todas, como se dá em relação às sociedades e ao condomínio e, até mesmo no próprio processo civil (CPC, art. 421, § 2.º).

Nesses casos, a extensão aos demais da eficácia da conduta determinante de *um* não importa *ampliação* do efeito jurídico que normalmente corresponde a essa conduta mas, sim, atribuição ao efeito jurídico da extensão que normalmente lhe corresponde, *sem ampliação nem diminuição alguma*.

É hipótese em que, obviamente, não opera a *ratio* em que se fundamenta o princípio em exame e que CÂNDIDO DINAMARCO assim expressou: “ao direito repugna, e isso é intuitivo, que pudesse alguém, mediante ato unilateral de sua vontade, criar uma situação favorável a si próprio, em detrimento de outrem, como que numa atitude de liberalidade à custa de direitos alheios” (*Litisconsórcio*, 1984, p. 99).

Com efeito, a ninguém ocorrerá afirmar que repugne ao direito o poder que a lei atribui à maioria dos acionistas ou à maioria dos condôminos de, mediante ato unilateral de sua vontade, criar uma situação, favorável a si própria em detrimento da minoria. A tanto equivaleria dar como injurídico o poder de controle exercido pelo acionista controlador. A atitude da maioria pode ser injurídica por outras razões, obviamente, mas não pelo simples fato de submeter à sua vontade a vontade da minoria.

Não faz muito tempo o Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de apreciar hipótese análoga, quando decidiu o RE 103.307-RJ, cuja ementa é a seguinte:

“Locação comercial de imóvel em condomínio. Deliberada pela maioria absoluta dos condôminos, calculada pelo valor dos quinhões, a renovação do contrato por novo período de cinco anos, a decisão obriga o condômino dissidente, não tendo cabimento a pretensão deste de denunciar a locação em relação à sua cota ideal sobre o imóvel e arbitrar novo aluguel a ser pago enquanto não ocorrer a desocupação. Recurso extraordinário não conhecido” (RTJ 112/1364).

É hipótese, portanto, em que, se tivesse havido reconhecimento do pedido, na ação renovatória, por parte da maioria absoluta dos condôminos, a necessidade da imposição de solução uniforme para todos os litisconsortes conduziria à sentença de renovação da locação nos termos pretendidos pelo locatário, apesar da eventual contestação do condômino minoritário, por não “ter cabimento a pretensão deste de denunciar”. Da oposição deste não poderia resultar sentença eventualmente contrária ao pedido do autor.

4.5. O que de tudo isso se extrai, para o caso do reconhecimento do pedido por *um só ou alguns dos réus*, sendo unitário o litisconsórcio, e que o princípio da ineficácia desse reconhecimento vale apenas como regra geral – intuitiva, aliás – mas sem caráter absoluto, porque só se aplica aos casos em que esses réus não tenham disponibilidade sobre o direito à produção do efeito pretendido. Não se aplica porém às hipóteses em que a lei lhes atribua essa disponibilidade porque, em tal caso, a necessidade de decisão uniforme para todos os litisconsortes conduz à necessidade de que se estendam aos demais litisconsortes, os efeitos do comportamento determinante de um deles.

Esta conclusão, aliás, é de evidência palmar, porque a parte não pode ter, no processo, a respeito da *res in iudicio deducta*, um poder de disposição mais amplo do que, fora dele, lhe é conferido pela lei. E isto vale tanto para o litisconsorte que reconheça o pedido, como para os demais. Opera tanto a favor destes (nos casos em que o litisconsorte, que reconheceu o pedido, não tenha disponibilidade sobre o direito em causa), como opera contra eles na hipótese contrária. No primeiro caso se estende o litisconsorte aquiescente a eficácia do comportamento *alternativo* dos demais, e no segundo caso, se estende a estes últimos a eficácia do comportamento *determinante* daquele que reconheceu o pedido; sempre por exigência da uniformidade da solução do litígio para todos os litisconsortes.

4.6. Acrescente-se que esta conclusão não deve ser encarada como se fora novidade. Nessa direção já aponta a doutrina para o direito alemão, que suscita o mesmo problema, porque como o nosso, confere efeitos vinculantes ao reconhecimento da procedência do pedido. É o ensinamento de BLOMEYER, citado por BARBOSA MOREIRA que neste particular não o levou em conta. (*Litisconsórcio* cit., p. 37, nota 36) e também de BAUMBACH-LAUTERBACH-ALBERS-HARTMAN (*Zivilprozessordnung*, 1983, p. 159).

Consoante BLOMEYER, “o reconhecimento e a renúncia de um dos litisconsortes não têm nenhum efeito-vinculante, quando apenas a totalidade dos litisconsortes caiba o poder de disposição sobre o objeto do processo” (“...haben das Anerkenntnis und der Verzicht eines Streitgenossen keine bindende Wirkung, wenn nur Streitgenossen über den Streitgegenstand verfügen können” *Zivilprozessrechts*, 1963, p. 618). No mesmo sentido, BAUMBACH-LAUTERBACH-ALBERS-HARTMAN: “O ato de disposição de um litisconsorte necessário sobre o objeto do processo, tendo por escopo um reconhecimento, uma renúncia ou uma transação, somente vincula os outros litisconsortes no seguinte caso: quando o disponente tenha um direito de disposição” (“Die Verfügung eines notwendigen Streitgenossen über den Streitgegenstand im Weg eines Anerkenntnis, eines Verzichts oder eines Vergleichs die anderen Streitgenossen nur insoweit, als der Verfügende ein Verfügungsrecht besass”; op. cit. loc. cit.).

A conclusão desses eminentes processualistas é de absoluto rigor porque, no caso de ter o réu o poder de dispor sobre o objeto do processo e vir ele a exercer tal poder (celebrando transação ou reconhecendo a procedência do pedido), é processualmente irrelevante o comportamento alternativo que os seus litisconsortes venham a adotar no processo, porque, qualquer que este seja, não terá o efeito de subtraí-los à eficácia que a *lei* atribui a declaração contida no reconhecimento do pedido.

4.7. Este caso dá uma demonstração clara da dificuldade que há, como reconheceu BARBOSA MOREIRA, em comprimir numa única e sintética fórmula o pedido global do fenômeno (da extensão ou suspensão da eficácia dos atos dos litisconsortes), cuja dinâmica se desdobra em operações inversas, embora simétricas e complementares!

(*Litisconsórcio* cit., p. 165, nota 85). Não por outra razão é de louvar a prudência do legislador quando, ao disciplinar as relações do litisconsortes entre si, fixando o princípio geral da autonomia de cada um diante dos demais, serviu-se da fórmula genérica: “salvo disposição em contrário” (CPC art. 48).

E, de fato, este caso revela como a ineficácia do comportamento *determinante* é dependente da eficácia do comportamento *alternativo*, invertendo-se a situação quando, por disposição legal, se recuse eficácia ao comportamento alternativo, caso em que se torna eficaz o comportamento determinante. São operações simétricas e inversas, que se complementam para garantir o resultado que se pretende assegurar: a resolução da lide de modo uniforme para todos os litisconsortes.

5. Do reconhecimento do pedido na ação de dissolução de sociedade

5.1. Conforme já dissemos e é corrente em doutrina, a ação de dissolução de sociedade é *constitutiva*. Mas não é uma ação constitutiva *necessária*, porque o efeito pretendido pelo autor pode ser igualmente criado por deliberação dos sócios, unânime ou majoritária, consoante as normas jurídicas que forem aplicáveis ao caso concreto.

Esta ação tem por fundamento o direito do sócio de, presentes certas circunstâncias de fato, exigir dos demais o concurso de sua vontade para a produção do efeito jurídico consistente na desconstituição da sociedade. Note-se, porém: não o concurso da vontade de todos, mas apenas dos que representam a fração do capital social necessário para compor a maioria (embora todos tenham que ser citados para a ação, do mesmo modo que todos têm que ser convocados para a assembléia). O fato que dá nascimento à ação de dissolução é a recusa dos demais sócios de prestar a declaração de que a lei faz depender a produção do efeito pretendido pelo sócio. Desta recusa, nasce para o sócio um outro direito: o direito à produção do mesmo efeito jurídico por ato do Estado; ou seja: a ação de dissolução.

À evidência não é ação de que a sociedade seja parte, como seria no caso da anulação de uma deliberação tomada pela sociedade.

5.2. A ação de dissolução guarda certa analogia com a ação para que o juiz delibere, no interesse da companhia, quando haja empate na assembléia geral (LSA art. 129 § 2.º) e com a ação para que o juiz decida, quando haja empate entre os condôminos na opção entre arrendar ou administrar a coisa comum (CC/16, art. 637 § 2.º).

Dissemos “certa analogia” porque é diferente a função que a sentença desempenha num e noutro caso. Na ação de dissolução a sentença tem por fim criar diretamente o efeito que a lei atribui à declaração omitida; nas ações acima referidas (LSA art. 129 § 2.º e CC/16 art. 637 § 2.º) a sentença tem por fim produzir a declaração mesma, valendo para este caso, ainda hoje, a antiga idéia de que a sentença desempenhasse uma função substitutiva da declaração de vontade, conforme resultava do disposto no art. 1.006 do CPC-1939. A diferença entre as funções decorre da diferença entre as causas de que nascem essas ações: a recusa de prestar a declaração de vontade (na ação de dissolução) e a paralisação da eficácia das declarações prestadas (nos casos de empate supra referidos).

O ponto, porém, em que todas essas ações se assemelham está em que o resultado pretendido pode ser logrado por declaração dos réus se, em conjunto com a dos autores, perfizer a maioria exigida por lei para a criação do efeito pretendido pelo autor ou para a produção da declaração que fora obstada pelo empate. É hipótese em que o resultado corresponderá exatamente ao que normalmente decorre do esquema de fato previsto pela lei.

Alcançada esta maioria, em ambos os casos o processo se extingue, mas também aqui por razões e de modos diferentes. No caso de dissolução a declaração favorável satisfaz o direito material do autor e o extingue, mas não é suficiente, ainda, para por si só produzir o efeito a que a ação se destina e que só se produz por força da sentença de mérito. O reconhecimento, neste caso, opera em duas frentes. No plano do direito material satisfaz o direito do autor. No plano de direito processual, por ser vinculante para o juiz, determina a satisfação do direito de ação mediante sentença de mérito favorável. Ao contrário, nas ações derivadas do empate, a declaração favorável do réu desempata e faz desaparecer o interesse processual: o processo se extingue sem julgamento do mérito.

5.3. A esse propósito cabe observar não ser pertinente, em face da questão em exame, importar para o nosso direito a antiga disputa que divide a doutrina alemã sobre a natureza jurídica do reconhecimento do pedido: se seria apenas uma declaração de conhecimento (*Wissenserklärung*) com efeitos apenas processuais, ou se seria uma declaração de vontade (*Willenserklärung*), com eficácia também (ou exclusivamente) de negócio jurídico substancial (cf. LENT, op. cit., p. 191). E não cabe por, peio menos, duas ponderáveis razões. Primeiro, porque, embora seja inegável que a sentença fique vinculada ao modo como as partes dispuseram sobre o objeto do processo, o fato é que para que exista esta vinculação é *indiferente* que se trate de uma declaração de ciência ou de vontade, porque para os efeitos da ZPO uma simples declaração de ciência (de ser fundada a pretensão do autor) já seria suficiente (cf. BLOMEYER, op. cit. p. 304). E, em segundo lugar, porque, em se tratando de ação de prestação de declaração de vontade, mesmo aqueles que, como LENT, negam ao reconhecimento do pedido uma função negocial, admitem que nesse caso ele valha como negócio jurídico, com a consequência (não necessária no direito brasileiro) de tornar o autor carecedor da ação (LENT-JAUERNIG, *Zivilprozessrecht*, 10.º ed., p. 131, *apud* BLOMEYER, op. cit., p. 305, nota 1).

Com efeito, observa BLOMEYER que, “na ação de prestação de declaração de vontade (para a qual não se exija forma especial) o reconhecimento, como negócio jurídico, toma o autor carecedor da ação e põe fim ao litígio” (op. cit., p. 305: “Bei der Klage auf *Abgabe einer* (nicht formbedürftigen) *Willenserklärung* würde das Anerkenntnis als Rechtsgeschäft den Kläger Klaglos stellen und den Rechtsstreit erledigen”).

5.4. No que tange à necessidade de que seja, não obstante, proferida uma sentença de mérito é mais adequada a teoria de CARNELUTTI, ainda quando dela se possa discordar no tocante à formulação que empresta ao fenômeno do reconhecimento do pedido. Depois de qualificá-lo como *adesão do réu à pretensão do autor*, adverte CARNELUTTI:

“Não se creia que uma tal postura elimine a lide, sem mais, e com ela a necessidade do processo. É uma questão de fato decidir se, malgrado a adesão, tenha ainda o autor interesse em munir-se de uma sentença, que valha para declarar (*ascertare*) o seu direito contra qualquer futura contestação” (*Diritto e processo*, cit. p. 176).

No caso, pelas razões já apontadas, seria inútil uma sentença que se limitasse a homologar o reconhecimento, porque o efeito visado só pode ser produzido por deliberação da assembléia geral ou por sentença. A sentença terá como fundamento o reconhecimento da procedência do pedido, manifestado pelo sócio que dispõe do poder de, pela sua declaração de vontade, formar com os autores a maioria necessária à produção do efeito pretendido.

6. Conclusão

6.1. Sintetizando, podemos formular a seguinte conclusão:

a) O direito brasileiro atual, fiel às tradições, empresta efeito vinculante ao reconhecimento do pedido. Isto significa que a eficácia do reconhecimento não se limita a determinar a extinção do processo com julgamento de mérito, cabendo ao juiz apreciar livremente a questão de direito que foi objeto do reconhecimento mas, sim, determinar o julgamento de mérito favorável ao pedido do autor, com fundamento no reconhecimento. A liberdade de apreciação do magistrado fica restrita à decisão sobre a validade e eficácia do reconhecimento do pedido, e bem assim ao juízo sobre as condições da ação e a pressupostos processuais;

b) Sendo unitário o litisconsórcio passivo, o princípio da ineficácia do reconhecimento do pedido por apenas um dos litisconsortes não operará se o que reconheceu tiver, por força de lei, o poder de dispor do direito à produção do efeito pretendido, com eficácia vinculante para os demais litisconsortes; caso em que, como na hipótese desta consulta, se dá a extensão aos demais dos efeitos do comportamento determinante do que reconheceu o pedido e a recusa de efeitos ao comportamento alternativo dos que não reconheceram, de modo a se assegurar uma decisão uniforme para todos os litisconsortes.

6

DA AÇÃO DE EVICÇÃO¹

SUMÁRIO: § 1.º *Introdução*: 1. Importância da história do instituto e dos elementos de direito comparado – 2. Orientação geral do estudo – § 2.º *Conceito*: 3. Noção de evicção – 4. Conteúdo e alcance do conceito – 5. Ação de evicção – § 3.º *Breve histórico da ação de evicção* – 6. Origem do instituto no Direito Romano – a *actio auctoritatis* – 7. A *stipulatio duplae* – 8. A *actio empti* – 9. Pressupostos da ação de evicção – 10. Evicção *ante traditionem* e legitimação do demandante evicto – 11. Obrigatoriedade da denunciação da lide e limites à autoridade da coisa julgada – § 4.º *Elementos de direito comparado* – 12. A autonomia da ação de evicção – 13. Facultatividade e obrigatoriedade da denunciação da lide – 14. A denunciação pelo réu e pelo autor – § 5.º *Direito brasileiro*: I. Legislação; 15. O Código Civil – 16. O Código de Processo Civil – as hipóteses do artigo 70, I e II, de obrigatoriedade da denunciação da lide pelo réu – 17. A norma do art. 71 sobre a denunciação pelo autor – 18. Efeitos de citação e da falta de citação do denunciado – 19. Eficácia da sentença – II. Doutrina; 20. Obrigatoriedade da denunciação da lide e sobrevivência da ação autônoma de evicção – 21. Oportunidade da denunciação pelo autor – 22. Falta de citação do denunciado – § 6.º *Ensaio de uma nova solução*: I. Elementos introdutórios; 23. O sistema do Código de Processo Civil examinado a partir do Código Civil; 24. A obrigatoriedade da notificação do litígio tal como afirmada pelo Código Civil – conteúdo e alcance da norma do art. 1.116 do Código Civil – II. Denunciação pelo réu; 25. Denunciação da lide pelo réu nos casos do art. 70, I e II, seguida de citação do denunciado dentro ou fora dos prazos estabelecidos pelos arts. 71 e 72 do CPC – 26. Denunciação da lide pelo réu fora dos casos previstos no artigo 70, I e II do CPC – III. Denunciação pelo autor – 27. Inteligência da norma do art. 70 do CPC – 28. Inteligência da norma do artigo 76 do CPC – o sistema do anteprojeto do Código e as consequências da introdução da norma do atual art. 74 – 29. Denunciação da lide pelo autor na petição inicial ou posteriormente a ela – IV. Ação autônoma de evicção; 30. Casos em que sobrevive e casos em que se dá a

¹ Conferência proferida na OAB/DF em 12 de agosto de 1980. Publicada “in” *Ajuris*, ano VIII, n. 22, p. 81; também, “in” *Revista da OAB-DF, Brasília*, 1980, n. 9, p. 213.