

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

MARCOS PITANGA CAETÉ FERREIRA

Alienação do direito litigioso, por ato entre vivos, no procedimento comum:
uma análise do artigo 109 do Código de Processo Civil

Mestrado em Direito

São Paulo

2018

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

MARCOS PITANGA CAETÉ FERREIRA

Alienação do direito litigioso, por ato entre vivos, no procedimento comum:
uma análise do artigo 109 do Código de Processo Civil

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito, na subárea Direito Processual Civil, sob a orientação do Prof. Dr. Olavo de Oliveira Neto.

São Paulo

2018

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

MARCOS PITANGA CAETÉ FERREIRA

Alienação do direito litigioso, por ato entre vivos, no procedimento comum:
uma análise do artigo 109 do Código de Processo Civil

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito, na subárea Direito Processual Civil, sob a orientação do Prof. Dr. Olavo de Oliveira Neto.

Aprovado em: ____/____/____.

Banca Examinadora

Professor Doutor Olavo de Oliveira Neto (Orientador).
Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)
Julgamento _____ Assinatura _____

Professor (a) Doutor (a) _____
Instituição: _____
Julgamento: _____
Assinatura: _____

Professor (a) Doutor (a) _____
Instituição: _____
Julgamento: _____
Assinatura: _____

À Fernanda e ao Bentinho

*Árdua é a tarefa de agradecer.
Enquanto que, para alguns, o encargo possa soar um tanto quanto trivial – bastando elencar uma série de nomes e adjetivos elogiosos (muitas vezes a esmo) – a verdade é que, basta o inocente esquecimento de alguém para que a falha seja encarada como uma ofensa, falta de educação ou, na definição da vetusta doutrina penal, verdadeira “injúria por omissão”. Por isso, para evitar deslizes e constrangimentos desnecessários, ciente de que a memória declarativa não é uma das minhas qualidades marcantes, opto por agradecer à minha família, meus amigos, professores, colegas de trabalho e faculdade.
A todos, muito obrigado.*

RESUMO

O estudo dos efeitos processuais da alienação do direito litigioso durante o procedimento comum, por ato entre vivos, é o objeto e tema central da presente dissertação. Embora pouco estudada pela doutrina processualista, a matéria em apreço se encontra regulada no Código de Processo Civil de 2015, em termos muito semelhantes ao que já ocorria sob a égide da legislação processual de 1973. As discussões sobre permissibilidade da transmissão de bens/direitos *sub judice*, vale dizer, têm sua origem no direito romano e foram evoluindo ao longo dos séculos através dos mais diversos ordenamentos e teorias, que, em síntese, tentaram compatibilizar os eventos ocorridos no âmbito do direito material (a transferência do direito) dentro do processo civil (as consequências processuais dessa alienação). A adoção da teoria da relevância mitigada pelos principais ordenamentos jurídicos mundo afora, acolhida também pelo direito brasileiro, buscou exatamente garantir a circulação dos bens litigiosos e mitigar os problemas processuais que podem advir desse evento. Em síntese, a solução adotada buscou, de uma só vez, proteger a contraparte que não participou do ato de transferência do direito, autorizar a participação do adquirente no processo (como sucessor do alienante ou seu assistente) e vincular o cessionário aos efeitos da sentença e limites subjetivos da coisa julgada, tudo em prol da segurança jurídica e do bom funcionamento do sistema. Ao final, a dissertação irá expor os mais variados reflexos processuais que podem advir do ato de transferência – seja no que diz respeito à legitimidade das partes, seja no que se refere aos poderes desses personagens no processo – e, ainda, debaterá sobre os intrincados problemas envolvendo a extensão dos efeitos da sentença e dos limites subjetivos da coisa julgada ao adquirente que não tinha ciência (e nem condições de saber) da litigiosidade do bem adquirido.

Palavras-chave: Direito litigioso. Terceiros. Sucessão. Assistência. Coisa julgada.

ABSTRACT

The study of the procedural effects of the assignment of the litigious rights during the litigation proceeding, due to *inter vivos* act, is the object and central subject of the present Dissertation. Although understudied by the procedural doctrine, the matter in question is regulated by the Code of Civil Procedure, 2015, in terms very similar to what already occurred under the aegis of procedural legislation, 1973. The discussions about the permissibility of the *sub judice* transfer of assets, rights and claims, it is worth saying, had its origins in the Roman law and have evolved over the centuries through the most different rules, which, in summary, seek to make compatible the events held within the scope of the substantive law (the transfer of the right) within the civil procedure (i.e. the endo-procedural reflexes of such transfer). The adoption of the theory of the relevance mitigated by the main legal rules throughout the world, also accepted by the Brazilian Law, precisely sought to make compatible the permissibility of circulation of the goods with the mitigation of the procedural issues that might arise from such event. In short and in summary, the solution adopted tends to protect the other party that did not participate in the act of transfer of the litigious rights, authorize the purchaser's participation in the proceeding (either as the transferor's successor, either as their assistant) and bind the transferee to the effects of the judgment and subjective limits of *res judicata*. All in favor of the system's proper operation. At the end and finally, the dissertation shall expose the different procedural reflects that may result from this transfer act – whether as regards the parties' standing, whether in relation to the powers of such characters in the proceeding – and further it shall discuss the complex issues involving the extent of the effects of the award and *res judicata* to the purchaser that is not aware of the litigiousness of the acquired good.

Keywords: Litigious law. Third parties. Succession. Assistance. *Res judicata*.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	VISÃO HISTÓRICA	17
2.1	Direito romano	17
2.2	A evolução do tema, nos séculos seguintes, no direito francês, alemão e português	24
2.3	A evolução do direito brasileiro	28
3	DIREITO COMPARADO	33
3.1	Portugal	33
3.2	Alemanha	34
3.3	Estados Unidos	37
3.4	Inglaterra	39
3.5	Itália	41
4	INTRODUÇÃO SOBRE AS TEORIAS DA RELEVÂNCIA E DA IRRELEVÂNCIA	43
4.1	Teoria da irrelevância	44
4.2	Teoria da relevância	48
4.3	Teoria da relevância mitigada	49
4.4	As influências no atual direito processual brasileiro	50
5	A NOÇÃO DE DIREITO LITIGIOSO	52
5.1	O direito litigioso no Código de Processo Civil	54
5.2	O direito litigioso como direito material ou pretensão	55
5.3	O direito litigioso como direito subjetivo de resolução do mérito	59
5.4	O direito litigioso como o direito afirmado no processo	60
5.5	O direito litigioso como lide	62
5.6	O direito litigioso sob a ótica de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira	65
5.7	Conceituação sugerida	67
6	O ARTIGO 109 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SEUS ELEMENTOS FUNDAMENTAIS	72
6.1	O estabelecimento da litigiosidade	76
6.2	Partes e terceiros	79
6.3	Legitimidade	82
7	PARTICIPAÇÃO DO ALIENANTE NO PROCESSO	84
7.1	Sucessão processual	84
7.2	Assistência	88
7.3	Substituição processual	91
7.4	Considerações finais	93
8	EFEITOS PROCESSUAIS	97
8.1	Introdução	97
8.2	Deslocamento da competência	97
8.3	Reconvenção	99
8.4	Ação rescisória	101

8.5	Transação, reconhecimento do pedido e renúncia	104
8.6	Fraude à execução	108
9	SENTENÇA E COISA JULGADA	112
9.1	Limites subjetivos da coisa julgada	112
9.2	Terceiros de boa-fé	115
10	CONCLUSÃO	123
	REFERÊNCIAS	127

1 INTRODUÇÃO

O litígio judicial é, por natureza, uma atividade custosa¹. O simples movimento de iniciar uma disputa, seja ela judicial ou arbitral², demanda da parte autora, naturalmente, uma análise sobre as despesas envolvidas.

Esses custos são de toda ordem. Além daqueles que imediatamente vêm à cabeça de qualquer leitor – como a remuneração dos advogados e o pagamento de taxas judiciais diversas – há outros, menos intuitivos (v.g. honorários de sucumbência em caso de derrota, mesmo que parcial, e pagamento de honorários periciais), mas que igualmente merecem ser considerados nesta equação. O fator tempo e as chances da efetiva concretização do direito substantivo (seja por meio de uma futura decisão judicial ou mesmo através da celebração de um acordo) constituem outras variáveis que são³ – ou deveriam ser – consideradas no momento da formulação de um pleito judicial.

Há uma citação, de autor anônimo, que resume essa ideia. “O cliente disse ‘eu quero justiça’, ao passo que o seu advogado responde: ‘o quanto de justiça você pode pagar?’”

Muitos são os estudos – sobretudo no exterior – que tentam explicar o racional econômico por detrás dos litígios judiciais. Os professores Robert Cooter e Thomas Ulen, autores de artigos e livros sobre o tema⁴, informam existir três “grandes fatores” que guiam todo e qualquer demandante judicial: (i) a existência de um evento danoso; (ii) o custo envolvido no processo judicial; e (iii) o valor que se espera obter com o pleito. Qualquer modificação em uma das três variáveis tende a impactar no número de questões judicializadas.

Esses “fatores”, com efeito, não são considerados pelos litigantes apenas no momento em que decidem mover uma demanda. Na prática, a equação é feita e refeita a todo o instante. Afinal, diversas das premissas

¹ Nesse sentido: TRUBEK, David M. The cost of ordinary litigation. Los Angeles, **UCLA Law Review**, 1983.

² O trabalho irá utilizar o adjetivo “judicial” para fazer referência tanto a disputas arbitrais quanto judiciais.

³ Não se desconhece que, em algumas ações judiciais, o raciocínio do custo/benefício do litígio por parte do autor é mitigado. Nestes casos – como, por exemplo, disputas que envolvem a honra de pessoas ou mesmo que tratam de aspectos familiares dos litigantes – os potenciais ganhos econômicos podem ficar em segundo plano, deixando, por isso, de ser um parâmetro para as situações aqui narradas.

⁴ Em obras como: COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 6.ed. Berkeley Law Books, 2016 e COOTER, Robert; ULEN, Thomas. An economic case for comparative negligence, 61 New York, **N.Y.U. Law Review**, 1986.

inicialmente consideradas podem vir a sofrer (bruscas) modificações. O valor dado à causa, por exemplo, pode ser alterado por decisão judicial (o que afetará o pagamento das custas e os valores envolvidos em futura condenação em ônus sucumbenciais); a ação pode eventualmente ser distribuída a um juiz reconhecidamente refratário à tese defendida (o que redundará em inevitável prolongamento do feito, por meio da interposição de recursos, acrescentando riscos a um julgamento contrário ao final da disputa); as provas produzidas durante a instrução podem não atender às expectativas iniciais do litigante (refletindo no valor perseguido pela parte com o litígio, em custos adicionais para a realização de novas diligências, até eventual julgamento desfavorável na disputa).

É fácil concluir, assim, que os litigantes são verdadeiros agentes econômicos racionais⁵.

Essa racionalidade econômica das partes pode acarretar significativas transformações dos litígios. A mais popular delas é a transação. Quando os inconvenientes de uma demanda judicial não compensam o tempo de espera por uma futura decisão, o velho adágio “mais vale um mau acordo do que uma boa demanda” ganha vida. A mediação, a conciliação e a arbitragem são também fórmulas usualmente utilizadas quando esse racional é colocado em prática.

Ocorre que, muitas vezes, a análise econômica de um litígio pode levar a parte a buscar uma terceira via. Sem a possibilidade de celebrar um acordo ou mesmo de levar a disputa para alguns dos meios alternativos de solução de conflitos, a parte que não tem musculatura financeira para prosseguir com o processo judicial pode acabar optando pela alienação (total ou parcial) do direito em disputa.

É claro que essa opção não se abre para todo e qualquer litigante. Apenas direitos muito específicos (notadamente, embora não seja a regra, aqueles que já se encontram em fase de cumprimento de sentença ou que possuem relevância particular) têm valor de mercado e costumam ser

⁵ “To decide whether to file a complaint, the rational plaintiff must attach probabilities and payoffs to these events” (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 6.ed. Berkeley, Berkeley Law Books, 2016, p.388). Tradução livre: “para decidir se formula uma reclamação, o reclamante racional deverá avaliar as probabilidades e o retorno desses eventos”.

negociados. Além disso, não é qualquer terceiro⁶ que tem apetite para adquirir direitos litigiosos. Em regra, eliminando pontuais exceções, apenas investidores qualificados ou fundos de investimentos constituídos com esse propósito participam desse tipo de negócio. Há ainda que se falar na modalidade de “financiamento judicial” (também conhecido como *third party funding*⁷), uma combinação entre a aquisição (parcial) de direitos e o financiamento da parte para o pagamento dos custos derivados do litígio.

No exterior, a alienação do direito litigioso⁸ é um mecanismo utilizado por empresas para obter liquidez e acesso à crédito, por meio de operações de *factoring*, colateralização e securitização.

Durante muitos anos, no Brasil, a compra e venda de direitos litigiosos esteve restrita à aquisição de precatórios – requisições de pagamento expedidas pelo Poder Judiciário para cobrar de municípios, estados ou da União, assim como de autarquias e fundações, valores devidos após condenação judicial definitiva. Hoje, esse mercado mudou. A variedade de direitos litigiosos adquiridos varia desde créditos contra multinacionais (ou sociedades com sólida situação financeira), decorrentes de sentenças proferidas em procedimento comum, até direitos relacionados a sociedades falidas ou com pedido de recuperação judicial protocolado.

O instituto nunca esteve tão em voga – embora a cessão do direito litigioso seja um instituto que remonta ao direito romano⁹. No Brasil e no exterior um novo e promissor mercado vem se desenvolvendo em torno dessa classe de ativos.

A livre circulação de bens e direitos tem importância preponderante nas economias de mercado dos dias atuais. A rapidez pela qual se processam a produção e a circulação de bens econômicos demanda uma organização técnico-jurídica adequada a atender às exigências da economia de massa. Sendo esse um dos pilares do capitalismo, é imprescindível que mesmo as relações contenciosas – que, como se vê, têm valor monetário – sejam reguladas, para assegurar a tão almejada segurança das relações.

⁶ A alienação de um direito litigioso costuma ser visto como um negócio altamente especulativo, de modo que os tradicionais financiadores (bancos de grande e médio porte) não têm por praxe trabalhar com esse tipo de ativo.

⁷ A esse respeito, ver: DOBNER, Ari. Litigation for sale. Pennsylvania, **University of Pennsylvania Law Review**, 1996.

⁸ Quando se fala em “direito litigioso”, a dissertação também faz referência à “coisa litigiosa”.

⁹ Há quem defenda que o direito romano apenas tratava da cessão da chamada “coisa” litigiosa.

Todos os dias, ao redor do planeta, o dinheiro circula através de transações litigiosas. Demandas judiciais são entregues para garantir o fomento de operações comerciais; créditos submetidos a julgamento são cedidos para quitar dívidas de sociedades em estágio pré-falimentar, dentre outros exemplos. Há um espaço da economia especialmente dedicado a essa atividade. Na prática, quase todas¹⁰ as coisas litigiosas podem ser negociadas, sejam elas bens corpóreos, créditos ou interesses juridicamente tuteláveis, atuais ou futuros¹¹.

Exatamente por consistir em um nicho relevante e que cresce a cada dia é que a legislação precisa garantir a segurança desse tipo de operação. No âmbito do direito material, a questão é solucionada pelos artigos 286 a 298 do Código Civil, que tratam da cessão do crédito *lato sensu* (ou seja, mesmo sendo ele litigioso), autorizando esse tipo de negócio.

Permitida a livre circulação da coisa ou do direito litigioso no âmbito do direito civil, é necessário que o processo possa refletir essa realidade. No Brasil, o legislador do Código de Processo Civil de 2015, repetindo a legislação de 1973, tratou do assunto de forma simples, no Capítulo “Da Sucessão das Partes e dos Procuradores”, onde o tema é tratado em três artigos¹².

O desafio do direito processual, nesta seara, é bem específico: assegurar que os interesses (em regra conflitantes) do alienante, do adquirente e da contraparte¹³ possam ser harmonizados, a fim de evitar prejuízos a quaisquer destes personagens. Afinal, ao mesmo tempo em que o alienante quer poder dispor do bem litigioso, o adquirente deseja influenciar na decisão do julgador e a contraparte pretende ter a certeza de que o processo não se tornará inócuo caso o direito troque de titularidade no decorrer do processo.

Ou seja, se por um lado é importante que o direito processual reconheça a possibilidade de a alienação ocorrer, por outro também é relevante que a contraparte, que não participou do negócio, tenha os seus direitos preservados. Afinal, não seria justo e nem correto que, uma vez transferido o direito litigioso,

¹⁰ “Com exclusão dos direitos personalíssimos, de um modo geral, todos os direitos podem ser objeto de cessão”. (NADER, Paulo. **Curso de direito civil: obrigações**. v.2. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.274).

¹¹ “Admite-se que sejam objeto de cessão, ainda, tanto os créditos atuais, quanto os futuros.” (GOZZO, Débora. Cessão de direitos. In: PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; JABUR, Gilberto Haddad (Coords.). **Direito dos contratos**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p.366).

¹² BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Artigos 108, 109 e 110.

¹³ Na medida do possível, o trabalho utilizará as denominações “alienante”, “adquirente” e “contraparte” para, respectivamente, uniformizar as referências às partes que alienam o direito, as que o adquirem e a aquelas que se encontram na posição contrária da relação processual.

os efeitos da sentença proferida no processo não atingissem o seu novo detentor. Afinal, a contraparte que não participou da alienação estaria sendo amplamente prejudicada se fosse forçada a ajuizar tantas demandas quantas fossem as alienações ocorridas. Do mesmo modo, pelo lado do adquirente, a lei processual deve ser capaz de preservar sua situação, coibindo atos que envolvam, por exemplo, uma dupla disposição do direito, como seria o caso, por exemplo, de uma transação concluída, dentro do processo, pelo alienante, à revelia do adquirente, ou o reconhecimento, por parte do outrora detentor do direito, dos pedidos formulados pela contraparte no processo judicial.

O processo civil precisa, nestes casos, se adequar para que algumas de suas reconhecidas instituições – como a da “legitimação extraordinária”¹⁴ e da “coisa julgada”¹⁵ – funcionem de forma “diferenciada” e garantam que os negócios realizados à luz da lei substantiva possam ser eficazmente refletidos e assegurados no âmbito processual.

Esses são os desafios que envolvem o problema ligado à alienação do direito litigioso. Neste estudo, o tema será melhor desenvolvido visando delinear e responder às seguintes questões: o que são exatamente os “direitos litigiosos” previstos em lei? Uma vez realizada a transferência, como proteger os interesses de todos os personagens envolvidos? Além disso, quais são seus poderes e deveres processuais? Em que medida a decisão proferida na ação judicial é capaz de atingir alienante, adquirente e contraparte? E os terceiros de boa-fé? Como protegê-los de inadvertidas aquisições de direitos litigiosos?

Muitas são as interrogações sobre o tema. Outras tantas devem começar a surgir a partir de situações práticas vivenciadas no borbulhante mercado de financiamentos judiciais e de aquisição de direitos litigiosos. Esta pesquisa buscará contribuir com a discussão em torno desses questionamentos.

A dissertação está dividida em dez capítulos, incluindo a Introdução e a Conclusão da pesquisa. O trabalho tem início examinando a evolução histórica do instituto¹⁶, quando buscar-se-á demonstrar suas raízes e soluções técnicas,

¹⁴ BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Artigo 18.

¹⁵ BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Artigos 502 e seguintes.

¹⁶ Embora seja muito utilizada a expressão “coisa litigiosa”, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira explica que a expressão é “imprópria e, a rigor, utilizada *brevitatis causa*. A alienação da coisa indica, necessariamente, a alienação do direito sobre a coisa”. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Alienação da coisa litigiosa**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.1-2). Nelson Nery esclarece: “A alienação da coisa litigiosa (como tal

no plano processual, encontradas pelos legisladores nas suas respectivas épocas.

A questão começa a ser enfrentada pelo direito romano, a partir das suas visões particulares sobre o tema. As Leis das XII Tábuas, o Édito de Augusto sobre a venda de fundos itálicos e as disposições do *Corpus Iuris Civilis* do Imperador Justiniano ganham destaque nesse particular. No mesmo sentido, é apresentado um pequeno resumo sobre a evolução do tema no direito francês, alemão e português, todos, em certa medida, influenciados pela tradição romana.

O conceito do direito (ou coisa) litigioso(a) e a forma como o legislador tratou no tema no Brasil é objeto do capítulo subsequente. Durante muito tempo a legislação nacional apenas abordou o assunto sob o enfoque do direito material (v.g. a Consolidação das Leis Cíveis de Teixeira de Freitas, em 1857 e o Código Civil de 1916). A dualidade legislativa¹⁷ autorizada pela Constituição Republicana – que facultava aos Estados legislar sobre processo – fez surgir uma dezena de Códigos Estaduais que passaram a regular a matéria, em alguns momentos, inclusive, na contramão da legislação substantiva. Em seguida, foi a vez do Código de Processo Civil de 1939 regular o assunto, entendendo pela ineficácia processual da alienação do direito litigioso.

Foi a partir do Código de Processo Civil de 1973 – cujas disposições terminaram por ser basicamente replicadas, com breves ajustes redacionais, na legislação processual hoje em vigor – que se decidiu abandonar de vez qualquer tipo de proibição relacionada à transferência da coisa litigiosa, reconhecendo esse tipo de negócio (processualmente falando) como existente, válido e eficaz.

O capítulo seguinte será dedicado ao exame da legislação estrangeira. Serão analisados os ordenamentos jurídicos português, alemão, norte-americano, inglês e italiano.

considerado não só o bem corpóreo, mas também qualquer direito disputado em juízo”. (NERY JUNIOR, Nelson. *Litisconsórcio necessário – eficácia da sentença sobre terceiros. Soluções práticas de direito* v.8. São Paulo: RT, 2014, p.633-656).

¹⁷ “Com a primeira constituição republicana, de 1891, estabeleceu-se no país a dualidade de competência (da União Federal e dos Estados-membros) para legislar sobre direito processual”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A influência do direito processual civil alemão em Portugal e no Brasil. Revista da Ordem dos Advogados*, ano 51, Lisboa, 1991, p.37).

Verificada a evolução histórica e a forma como o tema é tratado pelos principais ordenamentos estrangeiros – e antes de adentrar na aplicação das regras processuais previstas no Código de Processo Civil de 2015 – a dissertação cuidará da evolução doutrinária que culminou no entendimento de que a transferência do direito litigioso é um evento capaz de repercutir no processo. Nesse ponto, a *Relevantztheorie* (teoria da relevância) e a *Irrelevantztheorie* (teoria da irrelevância) ganham destaque junto com a teoria da relevância mitigada. Em seguida, será abordado um conceito fundamental para o bom estudo da matéria: o que seria o tal “direito litigioso”? A tentativa da melhor definição reflete uma dificuldade bastante verdadeira, pois o instituto, na prática, situa-se em algum lugar entre o direito material e o processual.

O próximo capítulo irá examinar os elementos da norma do artigo 109 do Código de Processo Civil de 2015 e explicar as sequelas processuais da alienação do direito litigioso. Ao final, a eficácia da sentença e dos efeitos subjetivos da coisa julgada ganhará fôlego próprio nesta dissertação, com destaque para a situação particularíssima envolvendo o adquirente de boa-fé.

A presente pesquisa não cuidará da sucessão *causa mortis* e tampouco da alienação do direito litigioso no curso do processo de execução. A amplitude e a complexidade do tema que será analisado linhas abaixo (a alienação por ato entre vivos) demanda uma necessária segregação de tema, de maneira que o trabalho em apreço focará na hipótese do artigo 109 do Código de Processo Civil.

2 VISÃO HISTÓRICA

2.1 Direito romano

O senso comum costuma definir dois objetivos primordiais para o estudo da história: a necessidade do homem complementar a sua experiência pessoal a partir da vivência pretérita dos seus semelhantes e o entendimento profundo dos acontecimentos, por meio da análise de como eles se sucederam no tempo. Ou seja, a boa compreensão dos fatos históricos ajuda a não apenas revelar o passado, mas a entender como as mutações (seja de comportamento, de costumes, de pensamento) experimentadas pela civilização podem contribuir com os dias atuais.

A leitura dos acontecimentos históricos é fundamental para o progresso da humanidade. As experiências vivenciadas em épocas remotas refletem no modo de ser e de agir dos homens e mulheres modernos, aperfeiçoando-os, tal como definiu o político e filósofo Edmund Burke: “um povo que não conhece sua história está condenado a repeti-la”.

Por isso, ninguém haverá de dissentir que a pesquisa de instituições históricas tem papel fundamental no estudo do direito. Isso porque, fruto da demanda social, que nasce das entranhas da civilização, o direito está umbilicalmente relacionado a eventos históricos e às circunstâncias socioculturais dos povos.

Não à toa, é ponto comum entre os estudiosos que “a história deve preceder e acompanhar perpetuamente os estudos do direito”¹⁸. A bagagem histórica de um jurista (ou de um ordenamento jurídico) é capaz de assegurar melhores condições de compreender e de aplicar a legislação, a jurisprudência e as demais fontes do direito. A história do direito, portanto, é a ciência que se ocupa de “fazer compreender como é que o direito atual se formou e desenvolveu, bem como de que maneira se transformou no decurso dos séculos”¹⁹.

Apesar da importância nata, o viés histórico do direito apenas começou a ser estudado pela Escola Histórica, que nasceu na Alemanha do século

¹⁸ MERÊA, Manuel Paulo. **Estudos de história do direito**. Coimbra: Coimbra, 1923, p.22.

¹⁹ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986, p.14.

XIX²⁰. O historicismo jurídico buscava valorizar, no estudo da ciência do direito, a análise dos elementos que compõem a realidade cultural e histórica de um povo, defendendo que a lei representa as aspirações da sociedade, cuja evolução acarreta, por conseguinte, no progresso do direito. Desse modo, a análise do direito e de suas instituições deve concorrer com o estudo das fontes jurídicas²¹.

A análise do direito histórico deve²², em regra, passar pelo direito romano. Afinal, sua influência é vista hoje nos mais variados sistemas jurídicos: países eslavos e muçulmanos, regiões da África e Ásia colonizadas por Europeus, além, evidentemente, da América Latina. Todos têm suas instituições jurídicas inspiradas nas ordenações romanas.

Uma das maiores qualidades do Império Romano foi a de assimilar a cultura dos povos anteriores a eles – principalmente dos gregos – internalizando influências diversas (até dos povos por eles subjugados) e, a partir daí, estabelecendo sua própria cultura. Os institutos criados pelos romanos representam legado para as gerações futuras. Suas contribuições são percebidas nas mais diversas áreas, da literatura à religião. No campo do direito, é notável a forma pela qual os romanos influenciaram os ordenamentos jurídicos modernos, conforme mencionado.

Por isso, o estudo que envolve a transmissão dos direitos/coisas litigiosas não poderia ser iniciado sem que o olhar do direito romano sobre o tema fosse considerado, embora, durante muito tempo, tivesse sido difundida a (falsa) ideia de que a consciência sobre a transmissão dos direitos litigiosos e os inconvenientes daí decorrentes seria uma conquista dos modernos pensadores do direito. O tema tem raízes muito mais remotas. A transmissão

²⁰ “A escola histórica, diz Savigny, quando formula o seu programma, admite que a substancia do direito deriva do passado inteiro duma nação, não duma maneira arbitraria e determinada pelo acaso, mas surgindo das proprias entranhas da nação e da sua historia. Deste modo protestava a escola histórica contra as doutrinas da revolução francesa, que, tendo considerado o direito identico em todos os povos, tentou, sem respeito algum pelas diferenças de civilização, destruir as autonomias nacionaes e incorporar os povos na Republica e no Imperio.” (SOUZA, Antonio José Ferreira Marnoco e. **História das instituições**. Direito romano, peninsular português. 3.ed. Coimbra: França Amado, 1910, p.20).

²¹ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.11.

²² “Estudai sem descanso as leis romanas. Sem isto só podereis ser simples práticos, sempre expostos a tomar os erros mais graves pelas verdades mais constantes”. (PINTO JÚNIOR, João José. **Curso elementar de direito romano**. Pernambuco: Typographia Economica, 1888, p.13).

da coisa²³ litigiosa e suas consequências já era estudada desde os primórdios²⁴ de Roma.

O Império Romano reinou por mais de dez séculos. Durante sua (longa) existência, a historigrafia do direito processual identificou três importantes períodos²⁵: o das *legis actiones* (754 a.C. até 149 a.C.²⁶), o *per formulas* (149 a.C. até 209 d.C.²⁷) e o da *extraordinaria cognitio* (de 209 a.C. até o fim do Império Romano²⁸)²⁹.

Desde o primeiro destes períodos – *legis actiones* – a discussão em torno da alienação do direito (em Roma, “coisa”) litigioso já existia³⁰. Com efeito, a 12ª tábuas mencionava que, se alguém fez consagrar uma coisa litigiosa (*in sacrum dedicare*), deveria pagar o dobro do valor daquele bem: “Tabula XII [...] 4 – Rem, de qua controversia est, prohibemur in sacrum dedicare: alioquin dupli poenam patimur”.³¹

O referido trecho das Leis das XII Tábuas era assim interpretado por Gaio:

Rem, de qua controversia est, prohibemur in sacrum dedicare; alioquin dupli poenam patimur, nec inmerito, ne liceat eo modo duriorem adversarii condicionem facere. Sed duplum utrum fisco an adversario praestandum sit, nihil exprimitur; fortassis autem magis adversario, ut id veluti solacium habeat pro eo, quod potentiori adversario traditus est.³²

²³ Há quem diga que no direito romano a transferência do direito litigioso nunca chegou a ser enfrentada, embora Biondi esclareça que aquilo que é usualmente chamado de direito ou relação jurídica, para os romanos era denominado unicamente *res* (BIONDI, Biondo. **Istituzioni di diritto romano**. 4.ed. Milano: Giuffrè, 1972, p.336).

²⁴ Embora existam defensores da tese de que o processo romano nasceu a partir da vingança privada, José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos Azevedo ensinam que, desde o início da civilização romana, havia alguma forma de intervenção estatal nos conflitos. (TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: RT, 2001, p.42).

²⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano**. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991; CUENCA, Humberto. **Processo civil romano**. Buenos Aires: Ejea, 1976, p.12.

²⁶ Em vigor desde os tempos da fundação de Roma até o final da república.

²⁷ “[...] teria sido introduzido pela *lex Aebutia* (149-126 a.C.) e oficializado definitivamente pela *lex Julia privatorum*, no ano de 1 a.C., aplicado de modo esporádico, até a época do imperador Diocleciano (285-305 d.C.)” (TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: RT, 2001, p.40).

²⁸ “[...] instituído com o advento do principado (27 a.C.) e vigente, com profundas modificações, até os últimos dias do império romano do Ocidente”. (TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: RT, 2001, p.40).

²⁹ SILVA, Ovidio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: RT, 1997.

³⁰ Paula Costa e Silva, em notável obra sobre o tema, explica que “atendendo à origem desta passagem do Digesto (Gaio, 6 Ad leges, XII Tab), a proibição [de transmissão da *res litigiosa*] viria já expressa nas leis das Doze Tábuas”. (SILVA, Paula Costa e. **Um desafio à teoria geral do processo**. Repensando a transmissão da coisa ou direito em litígio. Ainda um contributo para o estudo da substituição processual. Coimbra: Almedina, 2009, p. 37).

³¹ BLONDEAU, M. **Institutes de l’emperur justinien**. t.II. Paris: Librairie de Jurisprudence de idecoq, 1839.

³² DESCHEEMAER, Erick; SCOTT, Helen. **Iniuria and the common law**. Hart, Oregon, Estados Unidos: Oxford and Portland, 2013, p.69. Tradução livre em inglês: “we are prohibited from dedicating

A consagração (*in sacrum dedicare*) – conforme leciona a doutrina³³ – consistia em uma cerimônia religiosa na qual se destinava à divindade, de modo perpétuo, determinado bem. Ao vedar a consagração de bem litigioso, impedia-se o estabelecimento, no processo, de um conflito com a própria divindade. Como a consagração era um ato irrevogável e perpétuo, a vedação tinha como objetivo evitar que o processo no qual a coisa litigiosa estava sendo disputada tivesse seu desenvolvimento prejudicado³⁴. Afinal, com a consagração, a futura sentença jamais poderia ser executada (o bem já não mais pertenceria ao particular litigante):

Assim sucede em face do disposto, v.g., em D.44, 6, 3, onde se proíbe a consagração de uma coisa controvertida, sob pena de a parte ser condenada numa pena em dobro já que, deste modo, dificulta a posição processual da sua contraparte³⁵.

property about which there is a suit as sacred property; if we act to the contrary, we suffer a penalty of double, and rightly so, lest by such conduct we be allowed to make the position of our adversary harder". Tradução livre em português: "Nós somos proibidos de dedicar bens sobre os quais haja uma ação como bens sagrados; se agirmos em contrário, sofreremos uma penalidade em dobro, e com razão, para que por tal conduta não sejamos autorizados a tornar a posição do nosso adversário mais difícil".

³³ DESCHEEMAER, Erick; SCOTT, Helen. **Iniuria and the common law**. Hart, Oregon, Estados Unidos: Oxford and Portland, 2013, p.69. No mesmo sentido: DE MARINI, Carlo Maria. **La successione nel diritto controverso**. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1953, p.13.

³⁴ "Per quanto attiene al secondo argomento, esso si basa essenzialmente sulla lettura di un passo del Digesto. Gai. 6 ad l. XII Tab. D. 44.6.3: Rem de qua controversia est prohibemur in sacrum dedicare. Il giurista antoniniano evidenzia l'esistenza un divieto di dedicatio in sacrum della res litigiosa, atto che avrebbe cagionato una definitiva impossibilità di disporre della cosa controversa 137. Come nota De Marini Avonzo, «perché il divieto abbia un senso non è sufficiente pensare che l'esecuzione della sentenza fosse lasciata alla buona volontà del possessore, o alla capacità di convincimento dei suoi garanti, in mancanza di che il vincitore dovesse accontentarsi di ottenere da questi la soddisfazione di una pretesa all'equivalente; ma si deve necessariamente concludere che la restituzione della cosa fosse in qualche modo assicurata mediante il processo» 138. In effetti, la prescrizione di cui parla l'autore delle Institutiones trova la propria ragion d'essere solo a immaginare che la riconsegna del bene controverso sia la finalità prima del processo: se ne fosse, al contrario, l'esito naturale il pagamento del valore espresso in termini pecuniari, nessun problema si porrebbe in relazione all'intervenuta indisponibilità della res". Tradução livre: No que se refere ao segundo argumento, ele se baseia essencialmente na leitura de uma passagem do Digesto. Gai. 6 ad l. XII Tab. D. 44.6.3: *Rem de qua controversia est prohibemur in sacrum dedicare*. O jurista antoniniano ressalta a existência de uma proibição de *dedicatio in sacrum da res litigiosa*, ato que teria causado uma impossibilidade definitiva de dispor da coisa controversa. Como observa De Marini Avonzo, "ainda que a proibição tenha um sentido, não é suficiente pensar que a execução da sentença foi deixada à boa vontade do possuidor, ou à capacidade de convencimento de seus garantidos, na falta de que o vencedor deveria se contentar em obter destes a satisfação de uma pretensão equivalente; mas deve-se necessariamente concluir que a restituição da coisa seja de qualquer forma garantida através do processo. Na verdade, a prescrição da qual fala o autor das *Institutiones* encontra sua própria razão de ser apenas para imaginar que a restituição do bem controverso é a finalidade antes do processo: se fosse, ao contrário, o resultado natural do pagamento do valor expresso em termos pecuniários, nenhum problema surgiria com relação à indisponibilidade ocorrida da res. (FALCON, Marco. **Il giudice privato nel processo civile romano**. t.3. Padova, Wolters Kluwer, 2015, p.570-571).

³⁵ SILVA, Paula Costa e. **Um desafio à teoria geral do processo**. Repensando a transmissão da coisa ou direito em litígio. Ainda um contributo para o estudo da substituição processual. Coimbra: Almedina, 2009, p.37.

O caso da consagração da *res litigiosa* era bastante emblemático. Nesta situação, o bem objeto da lide era destinado à divindade – e, assim, subtraído definitivamente da parte. Por essa razão, há quem defenda – e, nesse sentido, cite-se Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, amparado por sólida doutrina italiana – que “nada se dispôs, porém, nesse primeiro longo estágio, quanto aos atos de disposição a favor dos entes privados”³⁶. Francisco Ramos Mendéz, ao tratar do tema, explica que as limitações à alienação da *res litigiosa* não eram absolutas:

Durante mucho tempo se radicalizo la impostación del problema afirmando que el derecho romano había prohibido cualquier acto de disposición sobre el objeto de una controversia judicial. Sin embargo, voces autorizadas denunciaron que tal prohibición no había tenido carácter absoluto y después de las mas recientes investigaciones directas sobre la matéria, el problema há quedado configurado em su verdadera dimensión. De la historia de la cuestión a través de las sucesivas fuentes puede deducirse que no es una prohibición genérica la enajenación de la ‘res ligiosa’, sino que más bien se trata de limites particulares puestos al poder dispositivo de las partes durante la pendencia de um processo.³⁷

Inobstante todas as discussões, o certo é que, em ao menos uma hipótese, a alienação da *res litigiosa* era expressamente vedada. Contudo, até hoje não se tem certeza sobre o momento em que tal restrição passaria a incidir. Ou seja, a partir de quando a coisa, de fato, teria se tornado litigiosa. Alguns dos mais antigos textos informam que o bem passaria a ser considerado litigioso quando da atribuição da posse precária pelo magistrado³⁸. Por outro lado, havia quem indicasse que a vedação existiria desde o início do processo³⁹. Os escassos escritos sobre o tema não permitem uma conclusão satisfatória⁴⁰.

³⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Alienação da coisa litigiosa**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.8.

³⁷ MENDÉZ, Francisco Ramos. **La sucesión procesal**. Barcelona: Editorial Hispano Europea, 1974, p.38-39. Tradução livre: “Durante muito tempo se radicalizou a imposição do problema, afirmando que o direito romano havia proibido qualquer ato de disposição sobre o objeto de uma controversia judicial. Entretanto, vozes autorizadas denunciaram que tal proibição não tinha caráter absoluto e depois das mais recentes pesquisas diretas sobre a matéria, o problema ficou configurado em sua verdadeira dimensão. Da história da questão através das sucessivas fontes, pode-se deduzir que não é uma proibição genérica a alienação da ‘res ligiosa’, mas sim que se trata de limites particulares colocados no poder de disposição das partes durante a pendência de um processo”.

³⁸ Quando ambas as partes se declaravam proprietárias e possuidoras e a posse provisória do bem era confiada a uma delas. A reintegração era garantida a quem provasse, *a posteriori*, a propriedade.

³⁹ CUENCA, Humberto. **Proceso civil romano**. n.81. Buenos Aires: Ejea, 1957, p.81.

⁴⁰ Embora antiga, ver-se-á ao longo deste trabalho que a discussão sobre a litispendência e o momento em que o direito se torna litigioso continua bastante atual.

Além das Leis das XII Tábuas, também vigorou em Roma, posteriormente, norma editada por Augusto, que tinha por objeto vedar atos de disposição da coisa litigiosa. O Édito estabelecia sanção de nulidade da compra e venda, além de cominar multa ao comprador⁴¹. Essa era a primeira vez que a vedação passava a incidir sobre negócios realizados entre particulares:

qui contra edictum vidi augusti rem litigiosam a non possidente comparavit, praeterquam quod emptio nullius momenti est, poenam quinquaginta aureorum fisco repraesentare compellitur⁴².

A doutrina majoritária⁴³ sobre o tema, contudo, mergulhando no contexto histórico daquela norma, explica que o veto previsto no Édito de Augusto voltava-se apenas aos autores de ações reivindicatórias de terras⁴⁴ (nas palavras de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “a venda de um fundo itálico objeto do litígio”⁴⁵), na medida em que, à época, pululavam em Roma demandas fundiárias decorrentes de gratificações entregues pelo governo aos veteranos de guerra⁴⁶. Como estas gratificações eram consubstanciadas em terrenos expropriados de particulares, inúmeros processos entre os primitivos possuidores e os soldados beneficiários foram deflagrados.

O Édito de Augusto, portanto, buscava evitar que os autores das ações reivindicatórias alienassem a terceiros o bem que já haviam perdido. Por outro lado, a norma não impunha qualquer tipo de proibição semelhante aos beneficiários das gratificações, os quais poderiam dispor livremente dos bens os quais possuíam, em claro sinal de prestígio à sua condição. A proibição (parcial) à alienação da coisa litigiosa tinha, assim, uma clara motivação política:

⁴¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Alienação da coisa litigiosa**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.10.

⁴² NICOSIA, Eleonora. **Studi per Giovanni Nicosia**. v.1. Milão Giuffrè Milano, 2007, p.131. Tradução livre: “que, ao contrário de um decreto de Augusto, a coisa do não-possuidor adquirida com base em litígio, além de nula, sofrerá multa de cinquenta moedas de ouro destinada ao Tesouro”.

⁴³ AVONZO, Franca de Marini. *Il limiti alla disponibilità della ‘res litigiosa’ nel diritto romano*. Univ. Urbino. Fac. Giurispr. v.15, Milão Giuffrè Milano, 1967, VII. Disponível em: <<https://www.degruyter.com>>. Acesso em: 01 nov. 2018.

⁴⁴ *Praedium litigiosa*.

⁴⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Alienação da coisa litigiosa**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.8.

⁴⁶ “in fact, a measure of Augustus forbade any act of purchase of the fund object of litigation by the litigant not possessor, with the sanction of nullity of the purchase and monetary penalty charged to the subject purchaser”. Tradução livre: “na verdade, uma medida de Augusto proibiu qualquer ato de compra do fundo objeto do litígio pelo litigante não possuidor, com a sanção de nulidade da compra e da penalidade monetária cobrada ao comprador em questão”. (MILAZZO, Antonino. *Res in commercio and res extra commercium: reflections of romans jurists and categories of modern law*. **Inönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, v.6, 2015, p.276).

Por outra parte, muchas de estas limitaciones [no Direito Romano] encuentran una motivación de índole sociológica y política, siendo las peculiaridades de la vida romana y las especiales circunstancias em que se desenvolió su historia las que aconsejaron sucesivas normas restrictivas de la facultad de enajenar cosas litigiosas.⁴⁷

Mesmo que, por hipótese, o autor alienasse a coisa litigiosa, a consequência material e processual seria a de ineficácia do ato perante o possuidor, réu da ação, conforme explica Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, citando farta doutrina italiana⁴⁸.

Excluindo o caso narrado, podia a coisa litigiosa, em Roma, ser alienada sem a incidência de qualquer sanção. Impreciso, portanto, afirmar que era vedada a alienação nesta fase específica (entre 23 e 17 a.C.) do Império Romano.

Posteriormente, Roma vê a Constituição Imperial de Constantino⁴⁹ sobre processo tratar do tema. À época, havia a preocupação de que a disposição do bem objeto do litígio reivindicatório pudesse interromper ou tumultuar o andamento processual; por isso, foi estabelecida a vedação⁵⁰. Porém, ao contrário do previsto no Édito de Augusto, o veto atingia autores e réus-possuidores. Posteriormente, Constantino ainda ampliou a vedação a outras diversas modalidades de alienação, fugindo da tradicional disputa reivindicatória. A preocupação com a higidez do processo era evidente.

Em seguida, foi a vez de Justiniano, o último legislador romano⁵¹, tratar do tema. Em suas compilações⁵², que deram origem ao *Corpus Iuris Civilis*⁵³, o imperador bizantino estabeleceu a pena de nulidade ao contrato que tivesse por objeto a coisa litigiosa, de modo que, no plano processual, estava garantida a manutenção das partes originais no feito.

⁴⁷ MENDÉZ, Francisco Ramos. **La sucesión procesal**. Barcelona: Editorial Hispano Europea, 1974, p.39. Tradução livre: "Por outro lado, muitas destas limitações [no Direito Romano] encontram uma motivação de caráter sociológico e político, sendo as peculiaridades da vida romana as circunstâncias especiais em que se desenvolveu sua história as que aconselharam sucessivas normas restritivas da facultade de alienar coisas litigiosas".

⁴⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Alienação da coisa litigiosa**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.8.

⁴⁹ CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: RT, 2001, p.40.

⁵⁰ MILAZZO, Antonino. Res in commercio and res extra commercium: reflections of romans jurists and categories of modern law. **Inönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, v.6, 2015, p.276.

⁵¹ A compilação de Justiniano pode ser considerada como o direito vigente no Império e coleção da produção científica do direito. (CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. **Manual de direito romano**. 6.ed. São Paulo: RT, 1988, p.303).

⁵² FRANÇA, Rubens Limongi. Importância e atualidade do direito romano. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**. v.2. São Paulo: RT, 2011, p.1.125-1.236.

⁵³ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.49-50.

Tal como já vigorava à época de Constantino, permaneceu vigente a proibição a todo e qualquer meio de transferência da *res litigiosa*⁵⁴. Porém, foi somente com o advento da lei de Justiniano que se generalizou a proibição de dispor do direito disputado em processo judicial⁵⁵. Uma sanção pecuniária (ao fisco ou à contraparte) era aplicada na hipótese de transgressão. Além disso, mesmo na vigência da codificação Justiniana, a proibição de dispor do direito litigioso comportava exceções: eram permitidos negócios, por exemplo, com a constituição de dote e com a divisão de bens herdados.

Por tudo o que se expôs, é certo afirmar que o tema da sucessão no direito litigioso chegou a ser endereçado, com relativa profundidade, no direito romano. Até o problema concernente aos efeitos processuais da sucessão foi enfrentado pelos juristas da época. Contudo, após a morte do Imperador Justiniano (565 d.C.)⁵⁶, o direito romano foi aos poucos perdendo o seu esplendor⁵⁷.

Além das normas mencionadas resumidamente neste capítulo, não se conhecem outros normativos de direito privado da época que façam alusão à alienação da coisa litigiosa.

O direito romano permanece até hoje como um “elemento da civilização do mundo moderno” – para usar expressão cunhada por Savigny. Algumas das previsões extraídas das normas romanas – como o prosseguimento do processo entre as partes originais, inobstante a alienação do bem, por exemplo – permanecem vivas e inspiram diversos ordenamentos jurídicos mundo afora.

2.2 A evolução do tema, nos séculos seguintes, no direito francês, alemão e português

A partir do fim do Império Romano, é possível perceber que o tema “alienação da coisa/direito litigioso” foi, durante muito tempo, negligenciado

⁵⁴ LINO, Marcos dos Santos. **Reflexos processuais da alienação da coisa litigiosa**. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2013, p.39.

⁵⁵ SILVA, Paula Costa e. **Um desafio à teoria geral do processo**. Repensando a transmissão da coisa ou direito em litígio. Ainda um contributo para o estudo da substituição processual. Coimbra: Almedina, 2009, p.37.

⁵⁶ ALVES, José Carlos Moreira. Universidade, cultura e direito romano. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v.3, 2015, p.337-352.

⁵⁷ PINTO JÚNIOR, João José. **Curso elementar de direito romano**. Pernambuco: Typographia Economica, 1888, p.6.

pelas legislações europeias. O tema só veio emergir novamente séculos depois.

Na França do século XIX, por exemplo, o Código Napoleônico de processo civil não enfrentou o assunto. Sobre o fenômeno da sucessão processual, a menção da lei referia-se à transmissão do direito em decorrência do falecimento da parte⁵⁸.

Contudo, a doutrina da época, sobretudo por conta da omissão legislativa, entendia, a *contrario sensu*, pela validade dos atos de disposição de coisas e direitos litigiosos. Afinal, por se tratar de um marco legislativo com inclinações liberais – onde os cidadãos autossuficientes prescindem da máxima suficiência estatal para defender os seus direitos – a melhor interpretação guiava-se pela permissividade de atos expressamente não vedados. A mesma doutrina esclarecia, ainda, que, uma vez ocorrida a alienação, o processo deveria prosseguir, sem solução de continuidade, entre as partes originais⁵⁹.

Com base nesse entendimento, questionou-se no ambiente acadêmico francês a possibilidade de se executar a sentença proferida contra o adquirente/sucessor que não havia participado do feito. Afinal, um dos pilares da admissão da transmissibilidade dos bens litigiosos reside justamente na proteção à contraparte que não participou do negócio. Ao final, prevaleceu o entendimento de que o adquirente estava, sim, submetido à autoridade da coisa julgada, até porque, caso contrário, seria inócuo⁶⁰ o prosseguimento do processo depois de implementada a alienação.

⁵⁸ Nesse sentido: BRITO NETO, Eduardo Gusmão Alves. **Sucessão no direito controverso**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2008.

⁵⁹ Paola Widmann, fazendo referência à doutrina de Lorenzetto Peserico, explica: “Quanto all’ordinamento francese, va rammentato che nel Codice Napoleone di procedura civile nulla era previsto in punto di alienazione del diritto litigioso. In quel contesto normativo la dottrina, orientatasi nel senso della validità dell’atto di disposizione posto in essere lite pendente, ritenne altresì che a seguito di quest’ultimo il giudizio dovesse proseguire, senza soluzione di continuità, fra le parti originarie: cioè, in considerazione del fatto che le norme in tema di interruzione del processo annoveravano tra gli eventi interruttivi la sola successione mortis causa”. Tradução livre: Quanto ao ordenamento francês, deve-se lembrar que no Código Napoleônico de processo civil nada estava previsto quanto à alienação do direito litigioso. Naquele contexto normativo, a doutrina voltava-se ao sentido da validade do ato de disposição existente em lide pendente, sustentando também que após este último, o julgamento deve prosseguir, sem solução de continuidade, entre as partes originais: isto, considerando o fato de que as normas em matéria de interrupção do processo incluíam entre os eventos interruptivos apenas a sucessão mortis causa. (WIDMANN, Paola. **La successione a titolo particolare nel diritto controverso**. Trento: Università degli studi di Trento, 2015, p.13).

⁶⁰ WIDMANN, Paola. **La successione a titolo particolare nel diritto controverso**. Trento: Università degli studi di Trento, 2015, p.13-14.

O ordenamento jurídico alemão, por sua vez, vetava, em grande parte⁶¹, a transferência do direito litigioso até o ano de 1879, quando do nascimento⁶² do seu Código de Processo Civil⁶³. A comissão encarregada de redigir o Código estabeleceu uma ruptura do cenário então vigente e optou pela radical abolição⁶⁴ da proibição de dispor do direito controvertido, o que foi consagrado em disposição normativa expressa⁶⁵. Os efeitos processuais da sucessão também foram expressamente regulamentados; a este respeito, a lei decidiu admitir a participação do adquirente – desde que houvesse aceitação pela parte contrária – e reconhecer os efeitos da coisa julgada sobre ele.

Como resultado deste levantamento histórico-comparativo, é possível dizer que os ordenamentos francês e alemão guardavam notáveis semelhanças. Aliás, o processo civil alemão, disciplinado pela ZPO, foi “visivelmente influenciado pela legislação processual francesa”⁶⁶, nascida décadas antes. Dessa forma, ambos (o primeiro de maneira tácita e o segundo de forma expressa) assentiam pela validade do ato de disposição, pela continuação do processo entre as partes originais e pela submissão do sucessor aos efeitos da coisa julgada.

O direito português trilhou caminho semelhante⁶⁷. Apesar da histórica influência do direito romano, as Ordenações Filipinas⁶⁸ de 1603 proibiam terminantemente, uma vez contestada a lide (e até o trânsito em julgado da sentença), a alienação da coisa litigiosa, ao mesmo tempo em que

⁶¹ Diz-se grande parte, pois, antes da unificação de 1871 (com a criação do Império Alemão), normas esparsas autorizavam a alienação do direito litigioso. Nesse sentido, o Código Prussiano (Allgemeines Landrecht): §383, I, 11: “Auch die Abtretung schon rechtshängiger Sachen ist erlaubt”. Tradução livre: “A cessão de direitos que já se encontrem sub judice também é permitida”.

⁶² Segundo José Carlos Barbosa Moreira, “o Código de Processo Civil alemão (Zivilprozessordnung, abreviadamente ZPO) é tido com justiça, em seu terreno, como um dos grandes monumentos legislativos dos tempos modernos. Fruto de intenso labor levado a cabo desde a unificação da Alemanha, por meio de projeto que sofreu modificações sucessivas, foi ele aprovado pelo Reichstag, em 1876, e publicado no ano seguinte, para entrar em vigor em 01.10.1879, junto com outros diplomas relativos à Justiça: a Lei de Organização Judiciária (Gerichtsverfassungsgesetz), o Código Penal (Strafprozessordnung) e a Lei de Falências (Konkursordnung)”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão. **Revista de Processo**, v.111, jul.-set., 2003).

⁶³ KOHLER, Jürgen. Funktionales Recht – Zum Wandel im Rechtsdenken, dargestellt an einem zivilprozessualen Beispiel. **Archiv für die zivilistische Praxis** 192, 1992. Disponível em: <<https://www.jstor.org/>>. Acesso em: 08 ago.2018, p.255-258.

⁶⁴ KOHLER, Jürgen. Funktionales Recht – Zum Wandel im Rechtsdenken, dargestellt an einem zivilprozessualen Beispiel. **Archiv für die zivilistische Praxis** 192, 1992. Disponível em: <<https://www.jstor.org/>>. Acesso em: 08 ago.2018, p.255-258.

⁶⁵ “§383. Auch die Abtretung schon rechtshängiger Sachen ist erlaubt”. Tradução livre: “A transferência de assuntos que já se encontrem sob judice também é permitida”.

⁶⁶ BENEDUZI, Renato Resende. **Introdução ao processo civil alemão**. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p.25.

⁶⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Alienação da coisa litigiosa**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.8.

⁶⁸ As Ordenações eram compilações de normas editadas pela Coroa Portuguesa.

estabeleciam a ineficácia (“a venda, ou escambo da coisa litigiosa será nenhuma e de nenhum vigor”⁶⁹) de qualquer ato translativo ocorrido na pendência da lide:

d) Alienação ou cessão de cousas litigiosas: Livro IV, Título X, §§03º e 09º - ‘Das vendas e alheações, que se fazem de cousas litigiosas.’ ‘Cousa litigiosa he aquella, sobre que he movida litígio em juízo entre as partes.’ ‘§3º. Depois que a cousa for litigiosa per cada hum dos sobreditos modos, pendendo o litígio, antes que seja fundoper sentença deffinitiva, passada em cousa julgada, não a deve o réo vender, nem passar a outrem a ação movida sobre essa cousa: e fazendo-o a venda, ou escambo da cousa litigiosa será nenhuma e de nenhum vigor [...]’, e a hipótese de sucessão alienatória, com execução direta contra o possuidor: ‘9º. E se depois de feita a venda, escambo, ou doação, o autor houver sentença contra o réo, que emalheou cousa litigiosa, per essa mesma sentença seja feita execução contra essa pessoa, a que for vendida, escambada, ou doada, em cujo poder a cousa for achada, sem ser mais chamado, nem citado, se foi o sabedor do litígio ao tempo, que a houve, ou teve razão de saber, como se disse no Livro Terceiro, no Título (86): das execuções, que se fazem geralmente, no parágrafo (16). E se esse condenado e não sendo delle sabedor, nem tendo razão de o saber, será citado para a execução, e ouvido com seu direito summariamente, sabida somente a verdade, sem outro processo’⁷⁰.

A evolução do direito português culminou com a edição do Código de Processo Civil Português de 1939. Tratava-se de uma legislação moderna para a época, que bebia da mesma fonte dos grandes diplomas latinos do século XIX, como o Código de Processo Civil napoleônico, o Código italiano de 1865, a *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola de 1880 e os Códigos germânicos (alemão e austríaco).

Não à toa, o artigo 271 desse Código também admitia expressamente a transmissão do direito litigioso. Ao tratar da legitimidade das partes, tal como previsto pela legislação alemã, o Código estabelecia que a participação do adquirente só era admitida “quando a parte contrária estiver de acordo” (§1º). A legislação portuguesa de 1939 também cuidava dos efeitos da sentença sobre a pessoa do adquirente ao prever que “a sentença produzirá efeitos em relação ao adquirente, ainda que êste não intervenha no processo, excepto no caso de a acção estar sujeita a registro e o adquirente registrar a transmissão antes de feito o registro da acção” (§2º).

⁶⁹ ORDENAÇÕES Filipinas. v.1. Rio de Janeiro: Fundação Calouste Gulbenkian, 1870.

⁷⁰ OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fraude à execução**: doutrina e jurisprudência. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p.44-45.

2.3 A evolução do direito brasileiro

Durante muitos anos, a partir da declaração de independência, a legislação brasileira vetou a transferência da coisa ou do direito litigioso. Isso porque, até a Consolidação das Leis Civis, em 1857, a legislação portuguesa – que historicamente não admitia esse tipo de pacto – permanecia em vigor no país.

Seguindo a tradição romana da codificação Justiniana, a Consolidação das Leis Civis, que tratava exclusivamente de direito material, manteve o veto à alienação da coisa litigiosa, cominando pena de nulidade se praticada. Existiam, contudo, algumas raras exceções à regra geral de proibição, que abarcavam, por exemplo, os casos de dote, doação, legado e partilha entre herdeiros. Nestes cenários, os sucessores deveriam prosseguir na demanda: “Artigo 1.136. A coisa litigiosa póde sêr deixada em testamento por via de legado, e neste caso será obrigado o herdeiro a seguir até o fim da demanda começada com o defunto”.⁷¹

A coisa era litigiosa quando sobre ela pendesse ação real de domínio ou reipersecutória. Além disso, seguindo as tradições portuguesas, de nada importava a ciência do adquirente a respeito do litígio, muito embora “se o terceiro possuidor da coisa litigiosa não sabia do litígio, nem tinha razão de saber, deve sêr citado, e sumariamente ouvido no processo da própria execução”⁷². Na prática, o artigo 925 taxava a alienação em apreço como fraude à execução: “Assim alienada a coisa em fraude da execução da sentença, o autor tem escolha, ou para executar o terceiro possuidor pela mesma sentença sem a necessidade de outro processo, ou para exigir o valôr da coisa”⁷³.

Paralelamente, no âmbito processual, a questão se desenvolvia de outra forma.

A Constituição de 1891 atribuiu o poder de legislar sobre processo à União e aos Estados Federados, de modo que, a respeito do mesmo tema,

⁷¹ FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis**. v.II. ed. Fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p.658.

⁷² FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis**. v.II. ed. Fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p.543.

⁷³ FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis**. v.II. ed. Fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p.543.

passaram a conviver, durante certo período de tempo, leis federais e estaduais. Foi assim que, nesse ínterim, foram editados o Código de Processo Civil do Rio Grande do Sul (16 de janeiro de 1908); o Código de Processo Civil da Bahia (21 de agosto de 1915); o Código Commercial do Estado de Sergipe (5 de outubro de 1920); o Código do Processo Civil e Commercial do Estado de Pernambuco (16 de junho de 1925); o Código de Processo Civil e Commercial do Estado do Ceará (30 de dezembro de 1921), dentre outros.

Como informa Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, em minuciosa pesquisa histórica⁷⁴, todos esses Códigos, como regra geral, informavam que a citação tornava a coisa litigiosa, “permitindo-se a execução diretamente sobre os bens litigiosos alienados fraudulentamente”⁷⁵. Nesse sentido, menciona-se como exemplo⁷⁶, o artigo 1.061 do Código da Bahia⁷⁷, o qual informava que a execução competia “à parte vencedora, aos seus herdeiros e ao sub-rogado, cessionário e sucessor singular”, afinal, “consideram-se alienados em fraude da execução os bens do executado §1º. Quando são litigiosos ou sobre elles pende demanda”⁷⁸.

Em seguida, foi a hora e a vez do Código Civil de 1916 lidar com o tema. Embora não se tratasse de norma de índole processual, a legislação civil revolucionou o assunto ao divergir da orientação contida na Consolidação das Leis de Teixeira de Freitas – conquanto em apenas um artigo. O disposto no artigo 1.117 vedava o “adquirente demandar pela evicção [...] se sabia que a coisa era litigiosa”, de modo que era possível interpretar, a *contrario sensu*, que a nova lei civil considerava válida e eficaz a alienação da coisa litigiosa⁷⁹. A lei

⁷⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Alienação da coisa litigiosa**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.17.

⁷⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Alienação da coisa litigiosa**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.17.

⁷⁶ Segundo anota Barbosa Moreira, o Código Bahiano era um dos mais notáveis da época, em virtude das suas influências germânicas: “Houve, contudo, exceções. Uma delas – talvez a mais notável do ponto de vista que interessa aqui – foi o Código do Estado da Bahia, de 1915, de cujo projeto se incumbira Eduardo Espínola, bom conhecedor das legislações e da doutrina de língua alemã, nomeadamente dos textos das Ordenações do Império Alemão, de 1877, da Áustria, de 1895, e da Hungria, de 1911, bem como da literatura surgida durante os primeiros anos de vigência destas leis”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. A influência do direito processual civil alemão em Portugal e no Brasil. **Revista da Ordem dos Advogados**, ano 51, Lisboa, 1991, p.21).

⁷⁷ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de processo civil do estado da Bahia anotado**. v.I. Bahia: Typhographia Bahiana, 1916.

⁷⁸ Artigo 1.063.

⁷⁹ “Se sabia (o adquirente) que a coisa era litigiosa, ficou evidentemente a par dos riscos que corria, não se podendo surpreender com a evicção, de forma que essa sua ciência é bastante para exonerar o vendedor da responsabilidade pela segurança da alienação. Não altera a situação o fato de nada haver o alienante declarado a esse respeito, nem a ausência de convenção: se o adquirente sabia das condições em que recebia a coisa deve suportar as conseqüências de seu ato, que ele deliberou na consciência dos

também era silente sobre a prática de fraude à execução pela cessão do bem litigioso.

Desde então, reconhece Carlos Alberto Alvaro Oliveira, citando Agostinho Alvim e Nelson Hungria: “livre é a circulação do bem ou direito atingido pela litigiosidade entre nós”⁸⁰.

Diante da ineficiência da divisão de competências legislativas sobre processo entre União e Estados, a Constituição de 1934 passou a atribuir primordialmente à União e, supletivamente, aos Estados a competência para legislar⁸¹ sobre matéria processual – até então, lembre-se, diversos Códigos estaduais ainda ligavam o conceito de fraude à execução à alienação da coisa litigiosa.

Em 1937, o governo nomeou uma comissão para a elaboração do Código Nacional de Processo Civil. O projeto desse primeiro Código Federal deveu-se principalmente a Batista Martins, sob relevante influência da legislação alemã⁸². Foi assim que se concebeu a lei de 1939, a qual, no que diz respeito ao direito litigioso, fazia alusão à sua transferência no artigo 750: “O cessionário ou subrogado poderá, sem habilitação, prosseguir na causa, juntando aos autos o título da cessão ou da subrogação e promovendo a citação da parte adversa”.

O mesmo Código estabelecia que a litigiosidade da coisa surgia a partir da citação. “A citação válida produz os seguintes efeitos: I – previne a jurisdição; II – induz litispendência; III – torna a coisa litigiosa [...]”⁸³. A lei igualmente permitia a execução da sentença contra a parte adquirente:

Artigo 994. Se o executado entregar a coisa, lavrar-se-á o respectivo termo e dar-se-á por finda a execução, salvo se esta, de acordo com a sentença, tiver de prosseguir, para o pagamento dos frutos e indenização de perdas e danos.

[...] §3º Se a entrega não se realizar, por ter sido a coisa alienada depois de haver-se tornado litigiosa, executar-se-á a sentença mediante apreensão da coisa, ouvindo-se o terceiro depois de efetuado o depósito. Ao exequente, todavia, será lícito, ao envez de

riscos a que se expunha”. (CARVALHO, Santos. **Código civil brasileiro interpretado**. 6.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, p.411).

⁸⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Alienação da coisa litigiosa**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.15.

⁸¹ MOHN, Paulo. A repartição de competências na Constituição de 1988. **Revista de Informação Legislativa**, n.187, jul.-set., 2010, p.226.

⁸² Embora, conforme anota Barbosa Moreira, a Exposição de Motivos não faça alusão às legislações tedescas.

⁸³ BRASIL. Código Nacional de Processo Civil (1939). Artigo 166.

promover a entrega da coisa, executar o condenado pelo valor estimado na sentença ou liquidado na fôrma do Título II deste Livro.

A despeito do posicionamento claro à luz do direito material, a legislação processual de 1939 relacionava o conceito de fraude à execução à propositura de ação real ou reipersecutória, de maneira que, no processo civil, a cessão da coisa litigiosa era vista como ineficaz.

Foi apenas com o Código de Processo Civil de 1973 que o tema ganhou enfoque mais próximo da realidade vivenciada no âmbito do direito substantivo – e em atenção ao que já ocorria mundo afora. A lei já não mais relacionava a alienação da coisa ou do direito litigioso necessariamente à fraude à execução. A alienação por ato *inter vivos* era admitida, porém, no que diz respeito à relação processual, alguns ajustes seriam necessários. Os artigos 41 a 45 cuidavam das situações e efeitos próprios decorrentes da substituição das partes e procuradores. Sobre a alienação em si, o artigo 42 previa, por exemplo, que a transmissão do bem litigioso a título particular não alterava a legitimidade das partes, assegurando, assim, a estabilidade da relação jurídica processual⁸⁴. Além disso, o §3º, excetuando a regra do artigo 472 do antigo Código, admitia a extensão dos efeitos da sentença ao adquirente, e, por conseguinte, dos limites subjetivos da coisa julgada a ele.

O artigo 42 também facultava ao adquirente a possibilidade de intervir no processo, na forma de assistente⁸⁵, figurando, portanto, como parte. Ao assim dispor, o referido artigo de lei assegurava ao adquirente o direito de participar ativamente do processo de formação da decisão judicial.

O Código de Processo Civil de 2015, por seu turno, não alterou substancialmente as regras previstas no Código de 1973. As disposições do artigo 109 da nova legislação praticamente reeditam as regras do antigo artigo 42, com singelas alterações redacionais. Vale dizer que o novo Código corrigiu a nomenclatura dada ao capítulo (trocou “substituição” por “sucessão das partes”) e esclareceu que a assistência prestada pelo adquirente é

⁸⁴ “O artigo 41, ao disciplinar, proibindo com vigor, a imutabilidade das partes, exceto nos casos legalmente previstos, adotou o princípio da estabilidade da relação jurídica processual em maior grau que do modelo português”. (BUENO, Cassio Scarpinella. **Partes e terceiros no processo civil brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.70).

⁸⁵ A assistência era litisconsorcial, embora a doutrina tivesse debatido bastante o tema ao longo dos anos: “É qualificada a assistência do adquirente do bem litigioso”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v.II. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.399).

litisconsorcial. Mais à frente, as questões concernentes ao Código de Processo Civil de 2015 serão abordadas.

3 DIREITO COMPARADO

3.1 Portugal

Conforme abordado no capítulo anterior, a sucessão processual é prevista no artigo 271 do atual Código de Processo Civil Português⁸⁶. A regra lusitana admite a alienação das coisas litigiosas, mas estabelece que a legitimidade processual do alienante do direito litigioso é preservada, facultando-se, contudo, a intervenção do adquirente e até a sucessão de partes na hipótese de consentimento:

Artigo 271.º (Legitimidade do transmitente – Substituição deste pelo adquirente)

1. No caso de transmissão, por acto entre vivos, da coisa ou direito litigioso, o transmitente continua a ter legitimidade para a causa, enquanto o adquirente não for, por meio de habilitação, admitido a substituí-lo.

2. A substituição é admitida quando a parte contrária esteja de acordo. Na falta de acordo, só deve recusar-se a substituição quando se entenda que a transmissão foi efectuada para tornar mais difícil, no processo, a posição da parte contrária.

3. A sentença produz efeitos em relação ao adquirente, ainda que este não intervenha no processo, excepto no caso de a acção estar sujeita a registo e o adquirente registar a transmissão antes de feito o registo da acção.

A alienação do direito litigioso em Portugal assemelha-se ao que prevê o artigo 111 do Código de Processo italiano (cf. indicado a seguir) e às codificações brasileiras de 1973 e 2015. Da leitura do dispositivo, constata-se, ainda, “que o Código lusitano admite a substituição das partes, apenas fazendo ressalva, no particular, se ela vier a tornar mais difícil a demanda”⁸⁷, ou seja, não havendo concordância da parte contrária, “a substituição das partes só deve ser indeferida se o juiz constatar que a transmissão tiver sido efetuada para tornar mais difícil no processo a posição do credor”⁸⁸.

No que diz respeito aos efeitos da coisa julgada, o artigo 271, 3, do Código Lusitano também contém regra muito semelhante à da legislação brasileira, quando dispõe que “a sentença produz efeitos em relação ao adquirente, ainda que este não intervenha no processo [...]”. A exceção diz

⁸⁶ Vale notar que a redação é idêntica à do Código de 1939. O Código de 1961, modificado ao longo dos anos por sucessivas leis, contém a mesma redação.

⁸⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Alienação da coisa litigiosa**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.55.

⁸⁸ CAIS, Frederico F. S. **Fraude de execução**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.112.

respeito à realização do registro da ação, “de tal forma que, se não ocorrer e vier o direito do adquirente a ser primeiro registrado do que aquela, os efeitos da sentença não o poderão atingir”⁸⁹:

Deste modo, se o terceiro procede ao registro da sua aquisição em momento anterior ao registro da acção, aquele sujeito desconhece o carácter litigioso do direito, que adquiriu. Assim, e porque ele sabe que apenas os factos constantes do registro lhe são oponíveis, ao registrar a sua aquisição, sem que do registro conste a inscrição da acção, o transmissário julga estar a adquirir um direito que pertence, de forma incontestada, a quem lho transmitiu.

Assim, pode afirmar-se que, nestes casos, a ineficácia da sentença proferida entre o transmitente e a parte estranha à transmissão relativamente ao transmissário se funda no princípio constante do artigo 5º do CRGPr.⁹⁰

Se a ação não está sujeita a registro, como sucede com as que têm por objeto coisas móveis, a execução pode ser movida diretamente contra o adquirente mesmo que no ato da aquisição ele ignorasse o litígio.

A doutrina de Paula Costa e Silva explica que o fundamento da expansão da coisa julgada ao sucessor decorre da legitimação extraordinária atribuída pela lei ao transmitente, em favor “da necessidade de proteção da parte estranha à transmissão e do princípio da economia processual”⁹¹. Como o adquirente é o verdadeiro titular da relação de direito material, submete-se diretamente aos efeitos da sentença e à autoridade da coisa julgada.

3.2 Alemanha

O Código de Processo Civil alemão (ZPO) fornece a seguinte regra sobre a transferência de um bem ou direito litigioso:

§ 265 – Veräußerung oder Abtretung der Streitsache

(1) Die Rechtshängigkeit schließt das Recht der einen oder der anderen Partei nicht aus, die in Streit befangene Sache zu veräußern oder den geltend gemachten Anspruch abzutreten.

(2) Die Veräußerung oder Abtretung hat auf den Prozess keinen Einfluss. Der Rechtsnachfolger ist nicht berechtigt, ohne Zustimmung des Gegners den Prozess als Hauptpartei an Stelle des

⁸⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Alienação da coisa litigiosa**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.55.

⁹⁰ SILVA, Paula Costa e. **Um desafio à teoria geral do processo**. Repensando a transmissão da coisa ou direito em litígio. Ainda um contributo para o estudo da substituição processual. Coimbra: Almedina, 2009, p.327.

⁹¹ SILVA, Paula Costa e. **Um desafio à teoria geral do processo**. Repensando a transmissão da coisa ou direito em litígio. Ainda um contributo para o estudo da substituição processual. Coimbra: Almedina, 2009, p.278.

Rechtsvorgängers zu übernehmen oder eine Hauptintervention zu erheben. Tritt der Rechtsnachfolger als Nebenintervenient auf, so ist §69 nicht anzuwenden.

(3) Hat der Kläger veräußert oder abgetreten, so kann ihm, sofern das Urteil nach §325 gegen den Rechtsnachfolger nicht wirksam sein würde, der Einwand entgegengesetzt werden, dass er zur Geltendmachung des Anspruchs nicht mehr befugt sei⁹².

A ZPO expressamente autoriza a transferência do direito litigioso. Dispõe o § 265, 2, que, ocorrida a alienação, o alienante poderá ser sucedido pelo cessionário quando houver o consentimento da parte contrária.

Até aqui, a regra alemã se assemelha à normatização brasileira e portuguesa.

Embora a ZPO não o declare expressamente, é certo afirmar, com base nos ensinamentos da doutrina⁹³, que o alienante também deve consentir com a sucessão requerida. Este requisito é baseado no princípio de direito alemão de que ninguém poderá ser privado da posição processual sem a sua própria participação⁹⁴. Por conta dessa regra não escrita, o consentimento da parte contrária e do cedente não pode ser substituído nem mesmo por ordem judicial.

Ademais, como regra geral, a lei alemã impõe o prosseguimento do processo entre as partes originais, atendidos os seguintes requisitos: (i) a transferência deve ser sobre coisa litigiosa; (ii) a transferência deve ocorrer após o estabelecimento do litígio; e (iii) o adquirente não se qualifica como de boa-fé se não houver notificação, nos termos do §325 da ZPO⁹⁵; ademais, ele estará sujeito aos efeitos do julgamento proferido entre as partes originais.

⁹² Tradução livre: “§265 – Alienação ou cessão ou disposição do litígio (1) A litispendência não exclui o direito de qualquer uma das partes em vender o objeto comprometido pelo litígio, ou abrir mão da reivindicação tornada válida. (2) A alienação ou cessão não exerce influência sobre o processo. O sucessor legal não possui o direito, sem o consentimento do adversário, a assumir o processo como parte principal no lugar do predecessor legal, ou a levantar uma intervenção principal. Se o sucessor legal surgir como interveniente paralelo, o §69 não deverá ser utilizado. (3) Caso o autor do litígio tenha alienado ou renunciado, é possível, desde que a sentença de acordo com §325 não seja eficaz, a entrar com uma objeção no sentido de que ele não é mais apto à validade da reivindicação”.

⁹³ TOLANI, Madeleine. Transfer of interest after pendency – a comparative analysis of the solutions adopted by the american and german civil procedure systems. **Annual Survey of International & Comparative Law**. v.19, Issue 1, Article 13, 2013, p.306.

⁹⁴ Becker-Eberhard. In: Münchener Kommentar ZPO, 4th ed. (2012) §265 mn. 5 (TOLANI, Madeleine. Transfer of interest after pendency – a comparative analysis of the solutions adopted by the american and german civil procedure systems. **Annual Survey of International & Comparative Law**. v.19, Issue 1, Article 13, 2013, p.306).

⁹⁵ “§325 – Subjektive Rechtskraftwirkung. (1) Das rechtskräftige Urteil wirkt für und gegen die Parteien und die Personen, die nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit Rechtsnachfolger der Parteien geworden sind oder den Besitz der in Streit befangenen Sache in solcher Weise erlangt haben, dass eine der Parteien oder ihr Rechtsnachfolger mittelbarer Besitzer geworden ist. (2) Die Vorschriften des bürgerlichen Rechts zugunsten derjenigen, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, gelten entsprechend. (3) Betrifft das Urteil einen Anspruch aus einer eingetragenen Reallast, Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld, so wirkt es im Falle einer Veräußerung des belasteten Grundstücks in Ansehung des Grundstücks gegen

Se o alienante se recusar a consentir com a sucessão, o adquirente pode intervir no feito na forma do §64 da ZPO⁹⁶. Caso a contraparte se recuse a consentir, o adquirente não poderá participar no processo como parte e, sendo assim, poderá apenas assistir o alienante na forma do chamado *Streithilfe* (§67⁹⁷).

A lógica por detrás da regra alemã é simples: evitar o desperdício da atividade processual. Isso, em regra, pode ocorrer (i) com o adquirente assumindo o processo no estado em que se encontra ou (ii) com o prosseguimento do feito entre as partes originais. Os alemães adotaram a segunda solução, sistema que proporciona duas vantagens: evita um ônus para a contraparte, que não terá de litigar com um novo oponente, ao mesmo tempo que mitiga os atrasos decorrentes de toda e qualquer sucessão processual.

Corolário das regras acima é a extensão dos limites subjetivos da coisa julgada à figura do adquirente sucessor. Nesse aspecto, a lei alemã – assim como ocorre com a brasileira – abre exceção à convenção de que a coisa julgada apenas afeta as partes do litígio. É certo, porém, que o terceiro

den Rechtsnachfolger auch dann, wenn dieser die Rechtshängigkeit nicht gekannt hat. Gegen den Ersterer eines im Wege der Zwangsversteigerung veräußerten Grundstücks wirkt das Urteil nur dann, wenn die Rechtshängigkeit spätestens im Versteigerungstermin vor der Aufforderung zur Abgabe von Geboten angemeldet worden ist. (4) Betrifft das Urteil einen Anspruch aus einer eingetragenen Schiffshypothek, so gilt Absatz 3 Satz 1 entsprechend". Tradução livre: "§325 – Efeito subjetivo da força jurídica". (1) A sentença legalmente válida atua a favor e contra as partes e pessoas, as quais, após a entrada em vigor da litispendência, tenham se tornado sucessores legais das partes, ou que tenham alcançado a posse do assunto em questão de tal forma que uma das partes ou o seu sucessor legal tenha se tornado proprietário indireto. (2) As normas do direito civil a favor dos que conduzem os direitos de uma parte não habilitada, valem do mesmo modo. (3) Caso a sentença se refira a uma reivindicação oriunda de uma dívida hipotecária, de uma hipoteca, dívida imobiliária ou dívida de aluguel, esta também agirá contra o sucessor legal no âmbito de uma alienação do terreno onerado, quando este não tiver tomado conhecimento desta. Contra o comprador de uma propriedade no âmbito de uma execução hipotecária, o veredicto só irá atuar quando a litispendência tiver sido comunicado no mais tardar no prazo do leilão, antes da solicitação à emissão de ofertas. (4) Caso a sentença se refira a uma reivindicação oriunda de uma hipoteca de uma embarcação, então irá valer o parágrafo 3, item 2".

⁹⁶ "Wer die Sache oder das Recht, worüber zwischen anderen Personen ein Rechtsstreit anhängig geworden ist, ganz oder teilweise für sich in Anspruch nimmt, ist bis zur rechtskräftigen Entscheidung dieses Rechtsstreits berechtigt, seinen Anspruch durch eine gegen beide Parteien gerichtete Klage bei dem Gericht geltend zu machen, vor dem der Rechtsstreit im ersten Rechtszug anhängig wurde". Tradução livre: "Quem irá assumir, total ou parcialmente, a reivindicação da questão ou do direito, sobre o qual se originou um litígio entre outras pessoas, terá o direito, até a decisão legal deste litígio, a fazer vigorar a sua reivindicação através de uma denúncia contra ambas as partes junto ao tribunal perante o qual o litígio ficou sub judice durante a primeira instância."

⁹⁷ "§67 – Rechtsstellung des Nebenintervenienten. Der Nebenintervenient muss den Rechtsstreit in der Lage annehmen, in der er sich zur Zeit seines Beitritts befindet; er ist berechtigt, Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend zu machen und alle Prozesshandlungen wirksam vorzunehmen, insoweit nicht seine Erklärungen und Handlungen mit Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei in Widerspruch stehen." Tradução livre: "§67 Situação Jurídica do Interveniente Paralelo. O interveniente paralelo deverá aceitar o litígio na situação na qual ele se encontrar por ocasião de sua adesão; ele está autorizado a fazer valer meios de atuação processual e a elaborar todas as ações no processo de modo válido, desde que as suas declarações e atitudes não estejam em contradição com as declarações e atitudes da parte principal".

sucessor de boa-fé não será atingido: o §325 da ZPO⁹⁸ limita a extensão da coisa julgada para aquele que desconhecia⁹⁹ a litigiosidade sobre o bem.

3.3 Estados Unidos

O sistema de dupla soberania¹⁰⁰ dos Estados Unidos torna praticamente impossível compreender no detalhe o funcionamento do sistema jurídico daquele país. Afinal, além do governo federal, outros 50 Estados compõem a federação, sendo a todos assegurado grande independência legislativa.

Em razão da multiplicidade de sistemas jurídicos, para fins da presente – e concisa – análise, buscar-se-á entender apenas as Regras Federais de Processo Civil (as F.R.C.P.), cujo artigo (Rule) 25, ‘c’ – reputado como “amongst the most obscure and least known of the eighty-nine substantive Federal Rules of Civil Procedure”¹⁰¹ – prevê:

In the case of a transfer of interest, the action may be continued by or against the original party, unless the court upon motions directs the person to whom the interest is transferred to be substituted in the action or joined with the original party.¹⁰²

⁹⁸ “§325 – Subjektive Rechtskraftwirkung. (1) Das rechtskräftige Urteil wirkt für und gegen die Parteien und die Personen, die nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit Rechtsnachfolger der Parteien geworden sind oder den Besitz der in Streit befangenen Sache in solcher Weise erlangt haben, dass eine der Parteien oder ihr Rechtsnachfolger mittelbarer Besitzer geworden ist. (2) Die Vorschriften des bürgerlichen Rechts zugunsten derjenigen, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, gelten entsprechend. (3) 1Betrifft das Urteil einen Anspruch aus einer eingetragenen Reallast, Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld, so wirkt es im Falle einer Veräußerung des belasteten Grundstücks in Ansehung des Grundstücks gegen den Rechtsnachfolger auch dann, wenn dieser die Rechtshängigkeit nicht gekannt hat. 2Gegen den Ersteher eines im Wege der Zwangsversteigerung veräußerten Grundstücks wirkt das Urteil nur dann, wenn die Rechtshängigkeit spätestens im Versteigerungstermin vor der Aufforderung zur Abgabe von Geboten angemeldet worden ist. (4) Betrifft das Urteil einen Anspruch aus einer eingetragenen Schiffshypothek, so gilt Absatz 3 Satz 1 entsprechend.” Tradução livre: “§325 – Efeito da eficácia jurídica subjetiva. (1) A sentença legal age a favor e contra as partes e as pessoas, as quais, após a entrada da litispendência tenham se tornado sucessores legais das partes, e que tenham alcançado a posse do objeto em pauta de tal forma, que uma das partes ou o seu sucessor legal tenha se tornado proprietário. (2) As normas do direito civil a favor dos que conduzem os direitos de uma parte não habilitada, valem do mesmo modo. (3) Caso a sentença se refira a uma reivindicação oriunda de uma dívida hipotecária, de uma hipoteca, dívida imobiliária ou dívida de aluguel, esta também agirá contra o sucessor legal no âmbito de uma alienação do terreno onerado, quando este não tiver tomado conhecimento desta. Contra o comprador de uma propriedade no âmbito de uma execução hipotecária, o veredicto só irá atuar quando a litispendência tiver sido comunicado no mais tardar no prazo do leilão, antes da solicitação à emissão de ofertas. (4) Caso a sentença se refira a uma reivindicação oriunda de uma hipoteca de uma embarcação, então irá valer o parágrafo 3, item 2”.

⁹⁹ GRUNSKY, Wolfgang. **Die Verausserung der streitbefangenen Sache**. Tübingen: Mohr, 1968, p.257.

¹⁰⁰ BURNHAM, William. **Introduction to the law and legal system of The United States**. United States of America: Thompson West, 2006, p.42.

¹⁰¹ MARTIN, Shaun P. **Substitution**, 73 Tenn. L. Rev. 545, 2006, p.1. Tradução livre: “um dos mais obscuros e menos conhecidos dos 89 artigos das leis federais de processo civil”.

¹⁰² Tradução livre: “Em caso de uma transferência de participação, a ação pode ser continuada por ou contra a parte original, a menos que o tribunal mediante petições oriente a pessoa a quem a participação seja transferida a ser substituída na ação ou se unir à parte original”.

Como se pode inferir, a cessão do direito litigioso – autorizado por lei, conforme ocorre nos ordenamentos anteriormente estudados – não implica em qualquer alteração no processo (“the action may continued by or against the original party”), a qual prosseguirá, sem solução de continuidade, entre as partes originais.

Apointa a doutrina¹⁰³ que apenas o magistrado, a seu exclusivo critério¹⁰⁴, poderá eventualmente deferir a sucessão das partes, o que somente ocorrerá, contudo, mediante provocação. Juízes norte-americanos tendem a indeferir a sucessão “in any situation in which such an event would be tactically abusive”¹⁰⁵ – em semelhança ao direito português.

O objetivo central da *Rule 25, 'c'* é o de permitir o prosseguimento do processo sem solução de continuidade, a despeito de eventos intercorrentes. A jurisprudência norte-americana considera a *Rule 25* norma processual indispensável ao bom e eficiente funcionamento dos tribunais federais.

A F.R.C.P. não contém quaisquer regras relativas aos efeitos da coisa julgada às partes e terceiros e a legislação processual federal americana também não tenciona resolver essa questão processual; a função fica a cargo da jurisprudência.

O julgamento proferido em um processo no qual o direito foi alienado não atinge apenas as partes originais. O adquirente sucessor também fica vinculado ao julgado, mesmo que não tenha participado do processo. À luz da regra do devido processo legal, prevista na Constituição Americana¹⁰⁶, essa conclusão pode parecer, em princípio, problemática. No entanto, a vinculação do terceiro é estritamente necessária para o bom funcionamento do processo. A *Rule 25 'c'* busca prestigiar a eficiência dos atos processuais, evitando dispêndio maior de atividade dos tribunais, em atenção ao princípio da economia processual, também previsto no direito norte-americano¹⁰⁷. Caso contrário, a parte alheia ver-se-ia obrigada a iniciar tantas ações judiciais

¹⁰³ TOLANI, Madeleine. Transfer of interest after pendency – a comparative analysis of the solutions adopted by the american and german civil procedure systems. **Annual Survey of International & Comparative Law**. v.19, Issue 1, Article 13, 2013, p.312.

¹⁰⁴ MARTIN, Shaun P. **Substitution**, 73 Tenn. L. Rev. 545, 2006, p.59.

¹⁰⁵ MARTIN, Shaun P. **Substitution**, 73 Tenn. L. Rev. 545, 2006, p.59. Tradução livre: “em qualquer situação em que o evento aparente ser abusivo”.

¹⁰⁶ CONSTITUIÇÃO DOS EUA. 5ª e 14ª Emendas.

¹⁰⁷ FRIENDENTHAL, Jack H; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. **Civil procedure**. 11.ed. Minnesota: West Academic Publishing, 2013.

quantas fossem as alienações ocorridas, com base em uma única situação jurídica.

A despeito disso, o princípio básico que justifica a vinculação dos terceiros cessionários à coisa julgada é a “representação” ou “representatividade adequada” – um dos mais relevantes institutos do *common law*. A coisa julgada, portanto, é capaz de atingir aqueles que não participaram do processo “when, in certain limited circumstances, a person, although not a party, has his interest adequately represented by someone with the same interest who is a party”¹⁰⁸.

No contexto das ações de classe (*class actions*) regidas pelas F.R.C.P., donde essa regra é retirada, as partes ausentes ficam vinculadas aos julgamentos proferidos se tiverem sido adequadamente representadas. O tão famoso direito ao “fair day in court”¹⁰⁹ (seu dia na corte) não é considerado violado se o indivíduo puder ser adequadamente representado e defendido.

3.4 Inglaterra

Na Inglaterra – assim como nos países que compõem o Reino Unido – a legislação processual – *Civil Procedure Rules*, ou CPR – autoriza o tribunal a determinar a inclusão (CPR 19.2 (2)); a remoção (CPR 19.2 (3)); e a sucessão de partes do processo (CPR 19.2 (4))¹¹⁰. A sucessão, em regra, pode ocorrer quando “the existing party’s interest or liability has passed to the new party”.¹¹¹

¹⁰⁸ *Martin v. Wilks*, 480 U.S. 755, Fn. 2 (1989) (TOLANI, Madeleine. Transfer of interest after pendency – a comparative analysis of the solutions adopted by the american and german civil procedure systems. **Annual Survey of International & Comparative Law**. v.19, Issue 1, Article 13, 2013, p.321). Tradução livre: “Quando, em determinadas circunstâncias limitadas, uma pessoa, embora não seja uma parte, tiver sua participação representada adequadamente por alguém com a mesma participação que seja uma parte”.

¹⁰⁹ “As it is well known, these kind of mechanisms transform that day in court into a right to be ‘represented’ in the proceedings by counsel and individuals (or group organizations and public organisms) that the members of the group did not necessarily choose for that role, and that may act even against the will of some of them”. Tradução livre: “Como é sabido, estes tipos de mecanismos transformam o dia no tribunal em um direito de ser “representado” no processo por advogados e pessoas físicas (ou organizações do grupo e organismos públicos) que os membros do grupo não necessariamente escolheram para aquele papel, e que podem agir mesmo contra a vontade de alguns deles”. (VERBIC, Fabio. *Consumer class actions in Argentina and Brazil – comparative analysis and enforcement of foreign judgments*. **Revista de Processo**, v.209, 2012, p.147-199).

¹¹⁰ “19.2 (1) This rule applies where a party is to be added or substituted except where the case falls within rule 19.5 (special provisions about changing parties after the end of a relevant limitation period).

(2) The court may order a person to be added as a new party if – (a) it is desirable to add the new party so that the court can resolve all the matters in dispute in the proceedings; or (b) there is an issue involving the new party and an existing party which is connected to the matters in dispute in the proceedings, and it is desirable to add the new party so that the court can resolve that issue. (3) The court may order any person to cease to be a party if it is not desirable for that person to be a party to the proceedings.(4) The court may order a new party to be substituted for an existing one if – (a) the existing party’s interest or liability

Semelhante ao que ocorre no direito norte-americano¹¹², para que o cessionário possa participar do feito, é necessário que a Corte autorize a sua inclusão, caso a transferência da coisa litigiosa tenha ocorrido após o início do litígio, mediante a citação das partes (19.4(1)¹¹³). Não é permitida a substituição automática das partes no processo, nem mesmo quando o autor, o réu e o adquirente manifestam consentimento. Quando o consenso é mútuo, a lei apenas prevê a dispensa de uma audiência específica.

Outras diversas questões processuais sobre o tema estão previstas na *Civil Procedure Rules*. Porém, para este trabalho, basta saber que, além das regras acima, a coisa julgada proferida *inter partes* também é capaz de atingir o cessionário. A figura do *estoppel*¹¹⁴ aparece, aqui, como elemento decisivo:

An estoppel is available to prevent the assertion [...] of a matter of fact or of law in a sense contrary to that in which that precise matter has already been necessarily and directly decided by a competent tribunal

has passed to the new party; and (b) it is desirable to substitute the new party so that the court can resolve the matters in dispute in the proceedings.” Tradução livre: “19.2 (1) Esta regra se aplica quando uma parte deve ser adicionada ou substituída, exceto se o caso estiver contido na regra 19,5 (disposições especiais sobre a alteração das partes após o término de um período de prescrição relevante). (2) O tribunal pode ordenar que uma pessoa seja acrescentada como nova parte se – (a) for desejável acrescentar a nova parte para que o tribunal possa resolver todas as questões em litígio no processo; ou (b) existir uma questão envolvendo a nova parte e uma parte existente que esteja relacionada aos assuntos em litígio no processo, e se for desejável acrescentar a nova parte de modo que o tribunal possa resolver essa questão. (3) O tribunal pode ordenar qualquer pessoa a deixar de ser uma parte se não for desejável para aquela pessoa ser uma parte no processo. (4) O tribunal pode ordenar que uma nova parte seja substituída por uma já existente se – (a) a participação ou responsabilidade da parte existente tenha passado para a nova parte; e (b) for desejável substituir a nova parte para que o tribunal possa resolver todas as questões em litígio no processo.”

¹¹¹ Tradução livre: “O direito da parte ou garantia foi transferido para uma nova parte”. Observa-se a adoção da mesma técnica americana: permite-se implicitamente a alienação do direito litigioso, do que não resulta de forma automática a mudança das partes, condicionando a uma avaliação aparentemente subjetiva das cortes sobre a conveniência de permitir o ingresso do adquirente”. (BRITO NETO, Eduardo Gusmão Alves. **Sucessão no direito controverso**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2008, p.22.

¹¹² “Observa-se a adoção da mesma técnica americana: permite-se implicitamente a alienação do direito litigioso, do que não resulta de forma automática a mudança das partes, condicionando a uma avaliação aparentemente subjetiva das cortes sobre a conveniência de permitir o ingresso do adquirente”. (BRITO NETO, Eduardo Gusmão Alves. **Sucessão no direito controverso**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2008, p.22).

¹¹³ “19.4 (1) The court’s permission is required to remove, add or substitute a party, unless the claim form has not been served” Tradução livre: “19.4 (1) A permissão do tribunal é necessária para remover, adicionar ou substituir uma parte, a menos que o formulário de requerimento não tenha sido entregue”.

¹¹⁴ O *collateral estoppel* tem por premissa tornar indiscutível as questões resolvidas. De acordo com Marcos José Porto Soares, citando Leonardo Bianchi: “A origem etimológica da expressão *estoppel* está ligada à invasão normanda, em 1066, à Inglaterra, que trouxe a este país várias palavras de origem latina. Diz Bianchi: ‘advinda do latim *stuppa*, a palavra francesa anciã que deu origem ao termo foi *etupe*, hoje escrita *étoupe*, que tem significado similar ao da palavra *estopa*. E como *estopa*, pode-se aqui vislumbrar a seguinte cena: uma pessoa com uma estopa na boca – impedida de falar – para que não diga algo contrário ao que antes dissera. A cláusula *estoppel* relaciona-se intrinsecamente ao dever do não comportamento contraditório (princípio da confiança ou da não surpresa), o qual deve ser respeitado tanto pelas partes como pelo magistrado dentro da atividade jurisdicional. O *estoppel* visa garantir a boa-fé objetiva, exigindo-se das partes e do magistrado um comportamento compatível e previsível em perspectiva ao que antes produziu”. (SOARES, Marcos Porto. O *collateral stoppel* no Brasil. **Revista de Processo**, v.211, set. 2012, p.115-140).

[...] between the same parties in the same respective interests or capacities, or between a privy of each, or between one of them and a privy of the other in each instance in the same interest or capacity¹¹⁵.

Como se vê, a tônica das legislações estrangeiras é a de preservar o processo em curso, porém submetendo o adquirente aos limites subjetivos da coisa julgada produzida no feito.

3.5 Itália

O exame do artigo 111¹¹⁶ do Código de Processo Civil italiano permite concluir também pela permissibilidade da transmissão da coisa litigiosa. A norma em apreço sistematiza o regime de sucessão *inter vivos*, prevendo, contudo, a continuação do processo entre as partes originais. A lei processual italiana garante, ao mesmo tempo, a liberdade das partes de comercializarem as coisas que se encontram *sub iudice* e a preservarem o processo, que tramitará, em tal hipótese, sem solução de continuidade:

Quando, nel corso del processo, 'il diritto controverso' viene alienato dalla parte ad un terzo, a tale successione *inter vivos* non corrisponde una successione nel processo: la parte che si é resa alienante rimane nel processo (artigo 111 c.p.c.) quale 'sostituta' dell'acquirente, con ciò verificandosi un mutamento della legittimazione della prima, da 'ordinaria', perchè legata agli effetti della sentenza, a 'straordinaria' perchè scissa da tali effetti, ormai destinati ad incidere sull' acquirente (il quale ultimo può, anche qui, svolgere intervento).¹¹⁷

¹¹⁵ RAMSAY v. Pigram. 118 CLR. 1968. Disponível em: <<https://jade.io>>. Acesso em: 30 out. 2018. Tradução livre: "A preclusão está disponível para impedir a alegação [...] de uma questão de fato ou de lei, em um sentido contrário àquele em que tal questão precisa já foi necessária e diretamente decidida por um tribunal competente [...] entre as mesmas partes nos mesmos respectivos interesses ou capacidades, ou entre um aspecto de cada, ou entre um deles e um aspecto do outro em cada instância no mesmo interesse ou capacidade".

¹¹⁶ "Se nel corso del processo si trasferisce il diritto controverso per atto tra vivi a titolo particolare, il processo prosegue tra le parte originarie. Se il trasferimento a titolo particolare avviene a causa di morte, il processo è proseguito dal successore universale o in suo confronto. In ogni caso il successore a titolo particolare può intervenire o essere chiamato nel processo e, se le altre parte vi consentono, l'alienante o il successore universale può esserne estromesso. La sentenza pronunciata contro questi ultimi spiega sempre i suoi effetti anche contro il successore a titolo particolare ed è impugnabile anche da lui, salvo le norme sull'acquisto in buona fede dei mobili (C.1153) e sulla trascrizione (C.2643 s., 2652 s.)". Tradução livre: "Se no curso do processo se transfere o direito controvertido por ato entre vivos a título particular, o processo prossegue entre as partes originárias. Se a transferência a título particular advém por causa de morte, o processo prossegue pelo sucessor universal, ou contra ele. Em ambos os casos, o sucessor, a título particular, pode intervir ou ser chamado ao processo e, se a outra parte o consentir, o alienante ou o sucessor universal pode ser excluído. A sentença pronunciada contra esses últimos estende sempre seus efeitos também contra o sucessor a título particular e é também por ele impugnável, salvo as regras sobre aquisição de boa-fé de móveis (CC, artigo 1.153) e sobre a transcrição (CC, artigo 2.643 e seguintes e 2.652 e seguintes

¹¹⁷ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 7.ed. Pádua: CEDAM, 1994, p.347. Tradução livre: "Quando, no curso do processo, o direito controvertido é alienado da parte para um terceiro, a título *inter vivos*, não há uma sucessão no processo: a parte que se tornou alienante permanece no processo (artigo 111 CPC) como substituto 'do comprador', verificando uma mudança na legitimidade do primeiro,

O inciso IV do artigo 111, por seu turno, prevê a sujeição do adquirente aos efeitos da sentença proferida contra as partes formalmente constituídas no processo. Assim como ocorre nos demais ordenamentos jurídicos estudados, a regra em apreço vem a ser elemento indispensável para a plena admissão da alienação do direito *sub iudice*. Essa ideia foi sintetizada por Paola Widmann, na obra “La successione a titolo particolare nel diritto controverso”:

Il cuore dell'articolo 111 c.p.c. è però, senz'altro, il suo comma IV, ove è prevista – oggi, dunque, con disposizione espressa – la soggezione dell'avente causa, in ogni caso, agli effetti della sentenza pronunciata nei confronti delle parti originarie. Il vincolo del successore all'esito del giudizio condotto dal dante causa è, invero, elemento imprescindibile affinché il regime della successione nel diritto litigioso, il cui ambito di incidenza venga circoscritto al livello del diritto processuale, possa essere realmente efficace; in particolare, solo a questa condizione la salvaguardia degli interessi facenti capo alla controparte dell'alienante – e, così, la ragion d'essere dell'istituto – è realizzata appieno.¹¹⁸

A legislação italiana, como se vê, acaba seguindo a regra presente nos demais ordenamentos europeus, notadamente o alemão, eis que (i) não impõe entraves à livre transmissibilidade dos bens litigiosos; (ii) garante a *perpetuatio legitimationis*, salvo se a contraparte anuir com a sucessão; (iii) faz os limites subjetivos da coisa julgada atingirem o adquirente em qualquer hipótese, mesmo estando ele distante da relação processual.

Notável exceção diz respeito à hipótese do adquirente de boa-fé, que não tinha conhecimento (ou meios de conhecer o) do litígio que recaía sobre o direito adquirido. Neste caso, a legislação italiana não segue a orientação alemã, pois o tema não é abordado pelo legislador. A solução é encontrada pela doutrina, para quem o adquirente de boa-fé deve ser protegido, sob pena de suprimir da parte o seu legítimo direito de participação do processo¹¹⁹.

de 'ordinário', porque vinculado aos efeitos da sentença, a extraordinária 'porque dividido por tais efeitos, agora pode afetar o comprador (que, por último, pode, aqui também, realizar a intervenção)'.¹¹⁸

¹¹⁸ WIDMANN, Paola. **La successione a titolo particolare nel diritto controverso**. Trento: Università degli studi di Trento, 2015, p.24. Tradução livre: O núcleo do artigo 111, CPC, é, porém, sem dúvida, seu parágrafo IV, onde está prevista – hoje, portanto, com disposição expressa – a sujeição do sucessor, em qualquer caso, aos efeitos da sentença proferida contra as partes originárias. O vínculo do sucessor ao resultado do processo conduzido pelo titular é, de fato, elemento imprescindível para que o regime da sucessão no direito litigioso, cujo âmbito de incidência está limitado ao nível do direito processual, possa ser realmente eficaz; em particular, somente nesta condição a proteção dos interesses pertencentes à parte contrária do alienante – e, portanto, a razão de ser do instituto – é realizada plenamente.

¹¹⁹ PISANI, Andrea Proto. 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**, n.4, 1971, p.1.234.

4 INTRODUÇÃO SOBRE AS TEORIAS DA RELEVÂNCIA E DA IRRELEVÂNCIA

A partir da leitura dos capítulos antecedentes, foi possível perceber como o Brasil e algumas legislações estrangeiras lidam – e lidavam – com o tema em apreço. Ultrapassada a fase – principalmente no Brasil e em Portugal¹²⁰ – em que a transferência do direito litigioso era vedada, a análise das leis estrangeiras denuncia, em verdade, um ponto bastante comum: o tratamento dispensado ao adquirente dentro do processo. Brasil, Portugal, Alemanha, Itália, Inglaterra e Estados Unidos impõem o prosseguimento do processo entre as partes originárias, admitindo o ingresso do terceiro adquirente do direito litigioso, em regra, apenas quando houver consentimento da contraparte¹²¹.

Inobstante esse princípio, os ordenamentos processuais analisados não abstraem as consequências da alienação do direito *sub judice*. As modernas leis sobre o assunto admitem a possibilidade da cessão e, embora prestigiem a estabilidade da instância, estabelecem implicações processuais específicas para o adquirente, tendo ele participado ou não do feito.

Esse conjunto de regramentos, contudo, só veio a se consolidar depois de muitos debates estabelecidos pela doutrina alemã. Por isso, o estudo que envolve os efeitos e repercussões, dentro do processo, da alienação do direito litigioso deve ser principiado por uma digressão – mesmo que breve – sobre a forma como a doutrina germânica lidou com o assunto a partir do final do século XIX.

Naquela época, acalorados eram os debates sobre as implicações processuais que poderiam advir da alienação ocorrida no curso do processo. Para certa parcela da doutrina, a transmissão do direito não teria o condão de provocar quaisquer consequências processuais, de modo que o processo deveria seguir o curso da forma originalmente estabelecida, como se nada tivesse sucedido; para outra, as modificações promovidas pela alienação

¹²⁰ “Conforme bem se compreende, a história do direito, em Portugal e no Brasil, conheceu longa fase substancialmente comum. Essa comunidade, em certa medida, prolongou-se para além da separação: tornando-se independente em 1822, conservaria o Brasil, por tempo mais ou menos considerável, o ordenamento lusitano”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. A influência do direito processual civil alemão em Portugal e no Brasil. **Revista da Ordem dos Advogados**, ano 51, Lisboa, 1991, p.29).

¹²¹ Ressalvando a possibilidade da participação do adquirente por meio de assistência ou institutos similares.

provocariam mudanças importantes, de modo que o processo deveria ser capaz de refletir essa realidade. O debate em apreço ganhou forma pelas chamadas teorias da irrelevância, relevância e, ainda, relevância mitigada:

Surgiram, nessa perspectiva, três conhecidas vertentes doutrinárias: (a) teoria da irrelevância: a transmissão do direito não provoca consequências processuais, tudo se passando no processo como se não existisse a transmissão da coisa ou do direito em litígio; (b) teoria da relevância: as alterações promovidas pela transmissão do direito litigioso interferem radicalmente no campo do processo, inclusive com a provocação de mudanças no objeto do processo, impondo-se a alteração do pedido; (c) teoria da relevância mitigada: existem implicações processuais provocadas pela transmissão do direito litigioso, mas com certas limitações, dentre elas a manutenção dos elementos objetivos da instância.¹²²

Uma vez que as orientações doutrinárias em questão assumiram, ao longo do tempo – e pela voz de vários autores – entendimentos não coincidentes¹²³, parece apropriado considerar apenas a formulação original de cada teoria, destacando os traços distintivos essenciais das respectivas orientações. Para tanto, é necessário voltar (novamente) a atenção para a doutrina alemã¹²⁴, que, como dito, fez nascer as teorias acima citadas, à luz da redação do § 265, II, da ZPO.

4.1 Teoria da irrelevância

As origens da teoria da irrelevância¹²⁵ devem ser traçadas, precisamente, a partir do pensamento de autores germânicos que, no período

¹²² SANTOS, Silas Silva. A alienação da coisa ou do direito litigioso no novo CPC. **Revista Brasileira da Advocacia**, São Paulo, v.4. ano 2, 2017, p.186.

¹²³ WIDMANN, Paola. **La successione a titolo particolare nel diritto controverso**. Trento: Università degli studi di Trento, 2015, p.43.

¹²⁴ Segundo Maria Isabel Ramalho, em tese de doutorado sobre legitimidade para agir: “Há na doutrina alemã duas teorias: a da relevância e a da irrelevância. A primeira considera que a venda realizada é processualmente relevante para o processo, exigindo a sucessão, e o alienante, no plano processual, deve ser substituído pelo adquirente; a segunda teoria, ao contrário, tendo em vista a consolidação subjetiva propiciada pela citação, não reconhece eficácia à venda, no plano processual, exigindo a permanência do alienante como parte”. (RAMALHO, Maria Isabel. **Legitimidade para agir**. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2007, p.191).

¹²⁵ Segundo expõe Arruda Alvim, a teoria da irrelevância seria “absolutamente predominante”: “Nessa obra, precisamente a propósito, observa-se que na doutrina alemã há duas doutrinas, a saber: 1ª) a doutrina da relevância e 2ª) a doutrina da irrelevância. De um modo geral, a primeira entende que é relevante, processualmente a venda, para o processo, o que exigia a sucessão no processo, isto é, o réu que alienou a coisa seria, no plano processual, substituído pelo que adquiriu a coisa. A teoria da irrelevância, que é absolutamente predominante (v. Rosenberg, ‘Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrecht’, §89) implica em definir-se ou ter-se para o processo, como irrelevante a alienação feita. A alienação, pois, não é eficaz no plano do direito processual, embora o seja no plano do direito material. No confronto, porém, da ineficácia processual e da eficácia na esfera civil, esta terá que ceder àquela.

imediatamente após a entrada em vigor da *Zivilprozessordnung* do Império Alemão de 1877, passaram a interpretar a disciplina do chamado *Veräußerung der in Streit befangenen Sache*¹²⁶. De acordo com a teoria então pensada, não seria permitido ao adquirente, após a consolidação processual efetivada pela citação, interferir no processo, de modo que o alienante manteria a titularidade de todos os poderes inerentes à qualidade de parte. Francisco Ramos Mendéz assim resume a teoria:

b) Outra solución posible es permitir la transmisión de las cosas litigiosas, manteniendo inalterado el poder dispositivo de las partes, pero sim que dicho acto tenga trascendencia alguna respecto del processo pendiente. Para ello, basta com disponer que la sentencia recaída em el processo despliegue su eficacia frente al adquirente del bien litigioso. Esta es la solución que corresponde la denominada teoria de la irrelevância.¹²⁷

O núcleo do pensamento dessa parcela da doutrina partiu de uma prosaica leitura do conceito, estabelecido na ZPO, de não influência¹²⁸ da sucessão no processo em andamento (§ 265, II, da ZPO – *Die Veräußerung oder Abtretung hat auf den Prozeß keinen einfluss*).

Mais especificamente, os proponentes da *Irrelevanztheorie* assumiam que a “não influência” prevista em lei não poderia referir-se apenas à estrutura subjetiva do processo; pelo contrário, entendiam que o termo *keinen einfluss*

Assim, se o réu vendeu a coisa, pendente a lide, continuará como substituto processual do adquirente e, perdendo a demanda, o negócio de direito material não poderá ser oposto tendo em vista os resultados do processo (é a opinião de Liebman, ‘Processo de Execução’, ed. Saraiva, 2ª ed.) (Substituição Processual, in Doutrinas Essenciais de Processo Civil, Vol. 3, pp. 435/454). Pontes de Miranda, por seu turno, entende de forma diversa, afirmando não existir razão na teoria da irrelevância: “Alienação de coisa litigiosa ou de direito litigioso – se a parte aliena a coisa, ou aliena ou cede o direito que é objeto do litígio, não deixa de ser parte quem o era. [...] Mas, na hipótese de alienação das partes continua como era, com as circunstâncias provocáveis conforme os §§1º e 2º. Não se pode negar que a alienação de coisa ou direito seja translativa ou constitutiva (e.g., penhor, hipoteca): tem eficácia, repercussão, na relação jurídica processual e na futura sentença (sem razão, a chamada teoria da irrelevância). O que acontece é que o alienante ou o cedente continua como parte, e o seu sucessor, pelo fato da litispendência, não poder, sem o consentimento da parte contrária, substituir o alienante ou o cedente”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. t.I. 3.ed. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.450-451). No mesmo sentido, Paula Costa e Silva: “A teoria da relevância colheu largo apoio na doutrina alemã.” (SILVA, Paula Costa e. **Um desafio à teoria geral do processo**. Repensando a transmissão da coisa ou direito em litígio. Ainda um contributo para o estudo da substituição processual. Coimbra: Almedina, 2009, p.49).

¹²⁶ Em tradução livre, “Alienação do direito em disputa”.

¹²⁷ MENDÉZ, Francisco Ramos. **La sucesión procesal**. Barcelona: Editorial Hispano Europea, 1974, p.39. Tradução livre: “b) Outra solução possível é permitir a transmissão das coisas litigiosas, mantendo inalterado o poder de disposição das partes, mas sem que tal ato tenha qualquer transcendência com relação ao processo pendente. Para isso, basta dispor que a sentença proferida no processo estenda sua eficácia frente ao adquirente do bem litigioso. Esta é a solução que corresponde à denominada teoria da irrelevância”.

¹²⁸ Segundo Arruda Alvim, “A lei alemã é textual a respeito, rezando a segunda parte da ZPO, o seguinte: ‘Die Veräußerung... hat auf den Prozess keinen Einfluss – a alienação não tem influência alguma no processo’ (§ 256)” (ALVIM, Arruda. Substituição processual. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**. v.3. (Orgs). Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2011, p.435-454).

previsto no artigo deveria ser entendido como uma indicação dos reflexos processuais decorrentes da alienação do direito litigioso, pois a consolidação subjetiva propiciada pela citação não poderia ser alterada por força da litispendência¹²⁹. Daí a leitura do § 265, II, no sentido de que a continuação do processo se daria entre as partes originais, mesmo que comprovada em juízo a transferência do direito contencioso.

A esse respeito, além do apego à redação do dispositivo de lei, algumas explicações eram apresentadas pelos defensores da teoria da irrelevância.

Uma primeira orientação identificou a pedra angular do instituto do *Veräußerung der in Streitbefangenen Sache*¹³⁰ em um mecanismo processual engenhoso, descrito como o “deslocamento do ponto temporal de referência da decisão”¹³¹: como resultado da sucessão ocorrida no âmbito do direito material, o juiz seria obrigado a decidir o litígio à luz das circunstâncias (de fato e de direito) existentes no momento imediatamente anterior ao da sucessão ocorrida. A teoria, contudo, derogava o princípio geral, informador do direito processual, segundo o qual a decisão deve considerar a situação jurídica do momento da prolação da sentença.

Outros doutrinadores, ao invés de tentarem oferecer uma justificativa para o regime do § 265, II, limitaram-se a destacar a ficção na qual se basearam: declaravam que, se a sentença pudesse decidir a relação entre as partes originais sem considerar a sucessão, isso seria explicado, simplesmente, pelo fato de a própria lei legitimar esse desvio da realidade¹³². Simples assim. Simetricamente, a extensão para o sucessor da eficácia da sentença¹³³ – também prevista na lei germânica – foi explicada com base na mesma distorção da realidade; acreditava-se, em particular, que, ao final do

¹²⁹ “Lent situa o problema não nas condições da ação, como nós o fazemos, como o fez o Prof. Mariz de Oliveira e também o fez o egrégio José Frederico Marques, mas sim como um pressuposto processual, relacionado com a admissibilidade da demanda. Estuda, demoradamente, o artigo 265 do Código de Processo alemão, que disciplina a alienação da coisa durante a litispendência, ou seja, durante o correr do processo (*Veräußerung des Streitsache*). Observa ainda que, alienada a coisa – suponhamos, pelo réu – continuará este como parte processual”. (ALVIM, Arruda. Substituição processual. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**. v.3. (Orgs). Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2011, p.435-454).

¹³⁰ Em tradução livre: “A alienação ou cessão não exerce influência sobre o processo”.

¹³¹ WIDMANN, Paola. **La successione a titolo particolare nel diritto controverso**. Trento: Università degli studi di Trento, 2015, p.45.

¹³² WIDMANN, Paola. **La successione a titolo particolare nel diritto controverso**. Trento: Università degli studi di Trento, 2015, p.47.

¹³³ “Recorda, como todos o fazem, que a autoridade da coisa julgada: – e neste ensejo já nos utilizamos da terminologia de Liebman – é extensiva, não só ao substituto, como também ao substituído”. (ALVIM, Arruda. Substituição processual. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**. v.3. (Orgs). Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2011, p.435-454).

processo, os efeitos da sentença atingiriam o comprador, pois, na prática, era ele o atual detentor daquele direito.

Embora os adeptos da teoria da irrelevância não admitissem a participação do cessionário no feito, era entendimento tranquilo da doutrina, interpretando o § 325, I, a submissão do adquirente à eficácia da sentença proferida. Também se mostrava incontroversa, dentre os proponentes do *Irrelevanztheorie* (teoria da irrelevância) a sistemática da execução da sentença. Consideravam que o § 727¹³⁴ da ZPO era aplicável, ao mesmo tempo, tanto ao cedente quanto ao cessionário.

A teoria da irrelevância não passou livre de críticas. Paula Costa e Silva, ao tratar do tema, explica que a primeira parte da norma do § 265 era expressa ao admitir a alienação da coisa ou do direito litigioso, circunstância que, por si, retiraria a força da interpretação do inciso II pelos defensores da teoria da irrelevância. Além disso, argumenta que os efeitos pretendidos pela teoria da irrelevância

são desproporcionados face às necessidades da tutela da parte estranha à transmissão [...]. A teoria da irrelevância atende somente aos interesses da parte estranha à transmissão, devendo, porém, ser igualmente ponderados os interesses do transmitente e, essencialmente, do transmissário¹³⁵.

Abriu-se, assim, espaço para a chamada teoria da relevância.

¹³⁴ Sobre a norma em apreço, fazendo comparação com o direito italiano, eis as observações de Paola Widmann (p.26): “Nessun dubbio sussiste, in proposito, nell’ordinamento tedesco, ove l’assoggettamento del successore all’efficacia esecutiva della pronuncia giudiziale è sancito in una specifica disposizione di legge – il § 727 ZPO -, la quale si inserisce nell’articolata disciplina in punto di trasferimento, al successore medesimo, del titolo esecutivo formatosi nei confronti del suo autore. Va rammentato, in proposito, che nell’ordinamento germanico (a differenza di quanto accade in quello italiano) l’instaurazione della procedura esecutiva esige che creditore e debitore siano nominalmente indicati nella sentenza, o per lo meno nella formula esecutiva ad essa apposta; con riguardo, poi, all’ipotesi in cui il diritto controverso venga trasferito ad altri successivamente all’instaurazione del giudizio, il legislatore tedesco (ancora una volta, diversamente da quello italiano) ha previsto che la formula esecutiva possa essere rilasciata a favore o contro il successore soltanto a condizione che la successione sia notoria, ovvero venga provata con documenti pubblici o assistiti dalla pubblica fede (§ 727 ZPO) ovvero, infine – in difetto sia di notorietà che di prova – risulti accertata in un apposito giudizio (§ 731 ZPO)”. Tradução livre: “Nenhuma dúvida subsiste, a este respeito, no ordenamento alemão, onde a sujeição do sucessor à eficácia de execução da decisão judicial está sancionada em uma disposição específica de lei – o §727 ZPO – que está inserida na disciplina articulada na transferência ao próprio sucessor do título executivo formado contra seu autor. Recordar-se, a propósito, que no ordenamento alemão (diversamente do italiano), a instauração do processo executivo exige que o credor e o devedor sejam nominalmente indicados na sentença, ou pelo menos na fórmula executiva a esta anexada; com relação, assim, à hipótese em que o direito controverso é transferido a outros posteriormente à instauração do processo, o legislador alemão (mais uma vez, diferentemente do italiano) previu que a fórmula executiva pode ser expedida a favor ou contra o sucessor, somente na condição que a sucessão seja notória, isto é, seja comprovada com documentos públicos ou declarados pela fé pública (§727 ZPO) ou, finalmente – na falta seja de notoriedade ou de prova – seja verificada em um processo apropriado (§731 ZPO)”.

¹³⁵ SILVA, Paula Costa e. **Um desafio à teoria geral do processo**. Repensando a transmissão da coisa ou direito em litígio. Ainda um contributo para o estudo da substituição processual. Coimbra: Almedina, 2009, p.39.

4.2 Teoria da relevância

Conforme antecipado, o ensino da doutrina da irrelevância foi logo frustrado pela concepção da *Relevanztheorie*¹³⁶.

A teoria surgiu como uma crítica à leitura do § 265 da ZPO. Os adeptos defendiam que a melhor interpretação da norma era no sentido de admitir os reflexos processuais da transferência do direito litigioso ocorrida no plano material.

O processo civil, afinal, não poderia ser visto como uma estrutura fechada. Ocorrido um fato superveniente, tais mudanças deveriam ser refletidas e repassadas ao processo. Não só no que diz respeito à legitimação, mas também – e esse ponto em particular foi motivo de intensos debates – no que se refere ao pedido formulado na demanda.

Os adeptos da *Relevanztheorie* defendiam que, uma vez transferido o direito contencioso, imprescindível seria a modificação tanto da causa de pedir (uma vez que a nova realidade fático-jurídica provocaria consequências sobre a antiga *causa petendi*), quanto do pedido formulado na ação judicial, pois, “do contrário, haveria falta de legitimação ativa”¹³⁷. Henrique Fagundes Filho, em tese de doutorado sobre a sucessão processual, explica em poucas palavras esse ponto da teoria da relevância:

Dados tais contornos à norma da Z.P.O., haver-se-ia, igualmente, de ajustar a relação processual à nova feição da relação material, agora objeto da sucessão *inter vivos*. A primeira adaptação implicará, desde logo, uma mudança na posição do cedente, que não mais poderá continuar na relação processual, pois, a partir da ocorrência da sucessão no plano material, deixou de ter legitimidade para continuar litigando. À minguia da *legitimatío ad causam*, advém a segunda consequência, no caso, evidentemente, de ser autor o transmitente, qual seja, a modificação do pedido, pois aquele nada mais poderá exigir da parte adversa. Por outras palavras, permanecendo, por hipótese, o transmitente no processo, deixa de existir uma coincidência entre as partes processuais e os sujeitos da relação material¹³⁸.

¹³⁶ “Ademais acrescentamos nós, a proclamação da ineficácia do negócio jurídico material no plano do processo – Irrelevanztheorie – não explica, por completo, o sentido da norma consubstanciado na parte 1ª do §325 da CPO. [...] Por isso, quiçá, a maior parte da doutrina alemã, apesar da dicção da parte 2ª, do §265 da ZPO [...] veio a orientar-se pela doutrina da ‘Relevanztheorie’”. (FAGUNDES FILHO, Henrique. **A sucessão processual**. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2007, p.47).

¹³⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Alienação da coisa litigiosa**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.28.

¹³⁸ FAGUNDES FILHO, Henrique. **A sucessão processual**. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2007, p.50.

Esse radical posicionamento dos adeptos da teoria da relevância, por evidente, passou a ser alvo de críticas. Por um lado, havia quem defendesse que a “irrelevância” da alienação para o processo, mencionada no § 265, II, ZPO, desobrigaria a parte cessionária de promover qualquer tipo de alteração no pedido formulado na demanda. Também interpretando outros dispositivos da ZPO alemã, alguns doutrinadores questionavam o cabimento do §325 – segundo o qual haveria a submissão do adquirente à eficácia da sentença proferida – acaso fosse realmente necessária a adaptação do pedido, pois, na prática, ocorrendo modificações neste aspecto, nunca poderia se falar em sucessão, mas em direito próprio. Por fim, a modificação *a posteriori* atentaria contra o princípio da estabilidade da instância.

Eis, então, a gênese da teoria da “relevância mitigada” concebida por Adolf Wach.

4.3 Teoria da relevância mitigada

A última das teorias, como o próprio nome sugere, surgiu como um verdadeiro “meio termo” entre as teorias da relevância e da irrelevância.

O seu maior defensor foi Adolf Wach. Sua teoria (*Vermittlungstheorie*) defendia a plena transmissão do direito litigioso e a possibilidade de que, processualmente, repercussões refletissem a nova circunstância fática, tudo, porém, em uma escala menor. Wach tentou interpretar os (supostamente contraditórios) incisos do § 265 da ZPO, para garantir que a alienação, embora “irrelevante” para o processo, deveria ser considerada pelo julgado.

Para a teoria, a alienação, por si só, não poderia retirar a legitimidade do alienante¹³⁹, que prosseguiria participando do feito na qualidade de algo semelhante a um substituto processual¹⁴⁰ do adquirente. Por outro lado, admitia que, neste caso, o cessionário participasse como assistente, pois, na prática, a sentença a ser proferida no processo seria capaz de lhe atingir (como informava o § 325).

¹³⁹ WACH, Adolf. **Die Abretung rechtshängiger Ansprüche in ihrem Einflub auf den Prozeb**. Gruchot, 1886, p.779 In: BÖRÜ, Levent. **Dava Konusunun Devri**, Tese de Doutorado, Universidade de Ankara, 2012, p.98.

¹⁴⁰ Embora Henrique Fagundes Filho informe que Wach “não qualifique [...] precisamente, essa legitimidade subsistente”.

Ou seja, o adquirente, como atual titular do direito controvertido, poderia “praticar atos processuais [...] reconhecer o direito da parte adversária ou, na hipótese inversa, pode aduzir exceção material e extinção da obrigação mediante pagamento”¹⁴¹.

Ao contrário do que preconizava a teoria da relevância, por todos os motivos aqui expostos, a teoria da relevância mitigada não demandava a alteração da causa de pedir ou dos pedidos formulados na ação. A participação do adquirente não seria capaz de provocar modificações nos elementos constitutivos da relação processual.

4.4 As influências no atual direito processual brasileiro

O processo civil brasileiro, no que diz respeito aos reflexos processuais da alienação do direito litigioso, não se filia integralmente às teorias da relevância e irrelevância.

De acordo com o sistema nacional vigente¹⁴² – seguindo a tônica alemã e italiana – a parte originária da ação judicial, embora tenha praticado ato de disposição do bem ou do direito – o que é francamente permitido¹⁴³ – prosseguirá na relação processual com todos os poderes e deveres resultantes dessa sua legitimidade – agora extraordinária, eis que substituto processual¹⁴⁴ – sem que a parte adquirente possa ingressar automaticamente no feito (ou seja, quando não houver consentimento), admitindo-se apenas a sua atuação como assistente: “Poderá, também, intervir no feito na qualidade

¹⁴¹ FAGUNDES FILHO, Henrique. **A sucessão processual**. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2007, p.52.

¹⁴² Desde o Código de Processo Civil de 1973.

¹⁴³ “O direito romano e o direito comum não admitiam a alienação da coisa litigiosa, enquanto durasse a demanda sobre ela. O direito moderno orientou-se em sentido oposto, acertadamente, considerando que aquela vedação contraria desnecessariamente a livre disponibilidade dos bens. A legislação brasileira não contém norma genérica a respeito, diversamente da alemã, que permite a alienação no §265 da ZPO. Mas, das disposições legais que regulam o efeito processual da alienação, deduz-se a sua permissibilidade”. (BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v.I. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p.182). No mesmo sentido, as doutrinas de Humberto Theodoro Júnior (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. v.I. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.621-622); Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Alienação da coisa litigiosa**. Rio de Janeiro: Forense, 1986); Arruda Alvim (ALVIM, Arruda. **Substituição processual**. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**. v.3. (Orgs). Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2011), dentre outros.

¹⁴⁴ “Entendo que, para a solução dela, a melhor doutrina, em perfeita simetria com o artigo 6º do Código de Processo Civil, é a que reconhece ao transmitente o legitimado extraordinário, que atua como substituto processual do adquirente ou cessionário, estranho do processo”. (CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil**. São Paulo: RT, 2007, p.221).

de assistente litisconsorcial o adquirente de bem litigioso, que não tenha podido ingressar no processo (artigo 42, §2º, do CPC)”¹⁴⁵.

Contrariando os adeptos da teoria da relevância, o direito brasileiro não impõe a adaptação da causa de pedir ou do pedido formulado na ação. A própria lei processual, seja no antigo artigo 42, seja no atual artigo 109, informa que “a alienação da coisa ou do direito litigioso, por ato entre vivos, a título particular, não altera a legitimidade das partes”. Da mesma forma, o direito processual brasileiro, já há muito tempo, veda a alteração, sem consentimento, da causa de pedir ou pedido após a citação do réu¹⁴⁶. Ademais, ao estender a eficácia da sentença ao adquirente, a lei processual brasileira também reconhece a desnecessidade de alteração (*rectius*: sucessão) das partes no processo.

O alienante, nesta circunstância, passa a deter espécie de legitimação extraordinária, eis que defende em nome próprio interesses particulares do adquirente, que é o novo titular do direito material:

Sentença a favor e sentença contra o alienante ou cedente – A despeito de não ter havido o consentimento da outra parte para a substituição do autor ou do réu, que alienou a coisa, ou o direito, nem, sequer, a assistência pelo adquirente ou cessionário, a sentença que for proferida contra o alienante ou cessionário tem plena eficácia – mesmo executiva – contra o adquirente ou cessionário. Se foi o demandado que alienou ou cedeu, a situação do demandante continua incólume, sem que tenha de alterar o pedido que fizera. Todos os pesos eficazes da sentença, mesmo o de executividade, alcançam o sucessor¹⁴⁷.

É certo dizer, portanto, que à luz do direito processual brasileiro, embora a alienação seja capaz de influenciar na relação processual, as consequências para a demanda judicial estão mais aproximadas daquilo que preconizavam os adeptos da teoria da relevância mitigada.

¹⁴⁵ TESHEINER, José Maria Rosa. Autoridade eficácia da sentença. Crítica à teoria de Liebman. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.774, 2000, p.64-93.

¹⁴⁶ BRASIL. Código de Processo Civil. Artigo 329, I.

¹⁴⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. t.I. 3.ed. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.452-453.

5 A NOÇÃO DE DIREITO LITIGIOSO

Foi visto, brevemente, a forma como as ordenações estrangeiras lidam com a alienação do direito litigioso, notadamente os seus reflexos processuais; foi mostrado também como historicamente essa questão vem sendo tratada no Brasil e em importantes nações europeias. Contudo, apesar de todos os relatos e das repercussões processuais listadas por cada uma das legislações desses países, uma questão ainda não chegou a ser esclarecida: afinal, o que seriam, precisamente, os tais “direitos litigiosos” e “coisas litigiosas”? Há alguma definição universalmente aceita de “direito controvertido”?

A explicação sobre o que seria o direito *sub judice* não tem apenas relevância teórica. No mundo real, a boa compreensão em torno do assunto é indispensável para que o adquirente¹⁴⁸ possa saber, como dizem os italianos, “in che cosa se succede”.

O tema, conforme ressalta Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “vem desafiando os juristas há séculos”¹⁴⁹. Para Karl Heinz Schwab, “el objecto litigioso es tema central del derecho procesal civil. Su esencia y alcance tienen decisiva relevancia para los problemas de acumulación de acciones, de la modificación de la demanda, de la litispendência y del alcance de la cosa juzgada material”.¹⁵⁰

Ninguém haverá de dissentir que a submissão de um direito a um litígio judicial é capaz de provocar, imediatamente, algum grau de incerteza sobre aquele bem¹⁵¹. Não à toa, os registros históricos sobre a alienação de bens litigiosos indicavam algumas cominações legislativas refratárias¹⁵² a essa

¹⁴⁸ É igualmente importante o alienante saber o que está negociando.

¹⁴⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Alienação da coisa litigiosa**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.31.

¹⁵⁰ SCHWAB, Karl Heinz. **El objeto litigioso en el proceso civil**. Buenos Aires: Ejea, 1968, p.1. Tradução livre: “o objeto litigioso é uma questão central do direito processual civil. Sua essência e escopo têm relevância decisiva para os problemas de cumulação de ações, de modificação da demanda, da litispendência e do alcance da coisa julgada material”.

¹⁵¹ Embora a doutrina ressalte que “a incerteza ocasionada pelo processo, em verdade, não é ontologicamente diversa da gerada por inúmeros outros episódios da vida. Quando muito pode-se identificar um tom ou grau maior na insegurança gerada pela oficialidade do questionamento, nada mais”. (BRITO NETO, Eduardo Gusmão Alves. **Sucessão no direito controverso**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2008, p.32).

¹⁵² Segundo Celso Agrícola Barbi, “o direito romano e o direito comum não admitiam a alienação da coisa litigiosa, enquanto durasse a demanda sobre ela”. (BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v.I. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p.182). Neste trabalho, entretanto, explicamos que essa regra não era tão universal assim durante o Império Romano.

atividade, taxando nulos ou ineficazes os negócios que objetivavam a disposição desses direitos.

Evidentemente, a solução não se mostrou prática e tampouco economicamente viável – a vedação, com efeito, contraria o princípio da livre disponibilidade dos bens dos particulares. As legislações mais modernas, atentando para a relevância¹⁵³ da circulação das riquezas e das trocas comerciais no mundo atual – e para o fato, já reconhecido, de que o próprio direito material já vive, em certa medida, em torno de incertezas¹⁵⁴ – passaram a admitir plenamente, salvo pontuais exceções, a transação sobre direitos *sub judice*, pois, do contrário, bastaria o ajuizamento de uma demanda, mesmo que temerária, para retirar um bem ou direito do mercado.

A circulação de bens litigiosos leva, portanto, ao questionamento acerca do que, de fato, estaria sendo negociado entre as partes. A pergunta é pertinente. Não só pelo que já foi aventado, mas também porque, após a transferência, o magistrado, por meio de sentença, poderá declarar inexistente o direito antes alienado. Neste caso, o que de fato teria sido transferido? Silas Silva Santos questiona precisamente:

De outra parte, tenta-se explicar como a transmissão pode ser existente, válida e eficaz no plano do direito material se o direito transmitido ainda está *sub judice*, havendo a possibilidade de que, ao final do processo, atribua-se a titularidade do direito ao adversário do alienante: estaria, assim, a transmissão aperfeiçoada no âmbito do direito material sob uma condição verificável no processo.

Daí o surgimento de diversas teorias tendentes a explicar o significado de direito litigioso e a influência de sua alienação na seara do processo, visto que o fenômeno, embora de direito material (alienação), só tem existência no processo, onde são sentidas as suas repercussões, tudo isso envolto num ambiente de incerteza que a litigiosidade traz consigo. Então, o que de fato se transmite durante o curso do processo?¹⁵⁵

¹⁵³ DE MARINI, Carlo Maria. **La successione nel diritto controverso**. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1953, p.8.

¹⁵⁴ Conforme anota Marcos dos Santos Lino, “o Código Civil, prevê em seu artigo 295, que o cedente fica responsável pela existência do crédito cedido, ou seja, reconhece a existência de incerteza na relação jurídica material mesmo sem a característica da litigiosidade” (p.95). Contudo, há quem defenda rigorosamente o oposto: “a incerteza, em síntese, é, de certo modo, estranha ao direito material”. (BENEDUZI, Renato Resende. **De concurrenibus actionibus e o concurso de demandas**. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br>>. Acesso em: 15 nov. 2018, p.45).

¹⁵⁵ SANTOS, Silas Silva. A alienação da coisa ou do direito litigioso no novo CPC. **Revista Brasileira da Advocacia**, São Paulo, v.4. ano 2, 2017, p.204.

O tema não é simples. Os tópicos a seguir tentarão debater sobre as diversas teorias que tratam da definição do direito litigioso, não sem antes indicar como o processo civil brasileiro aborda o assunto.

5.1 O direito litigioso no Código de Processo Civil

Historicamente, o direito processual brasileiro sempre considerou direito litigioso (ou coisa litigiosa) o objeto da ação real ou reipersecutória. Talvez porque bebesse diretamente da fonte do direito português¹⁵⁶, os legisladores de outrora sempre ligaram a transferência da coisa litigiosa à ideia de fraude à execução¹⁵⁷. A esse respeito, rememore-se, por exemplo, a redação do artigo 895¹⁵⁸ do Código de 1939¹⁵⁹.

A ideia de que o direito litigioso também poderia ser alienado nunca foi uma preocupação maior da lei ou da doutrina, conforme pontuado¹⁶⁰ por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira em obra paradigmática sobre o tema.

Contudo, isso não quer dizer que só coisas pudessem ser objeto de alienação na pendência da lide. O legislador brasileiro admite e entende como válida, eficaz e existente a transmissão de direito litigioso *lato sensu*. A lei processual, ao menos desde a redação do Código de Processo Civil de 1973,

¹⁵⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A influência do direito processual civil alemão em Portugal e no Brasil. **Revista da Ordem dos Advogados**, ano 51, Lisboa, 1991.

¹⁵⁷ “Segundo Néelson Altemani, se até essa fase da história não se encontrava referência direta à fraude de execução, com o surgimento das Ordenações em Portugal, diversos dispositivos procuraram colocar sob o império da execução os bens que o devedor maliciosamente teria procurado subtrair. Em 1446, quando era rei Afonso V, promulgou-se o primeiro Código português, as chamadas Ordenações Afonsinas, que vigoraram até o ano de 1521. Segundo José Sebastião de Oliveira, desde aquela época estava prevista na referida legislação de Portugal a condenação pela alienação da coisa litigiosa, e a permissão para a execução do bem litigioso nas mãos de quem o mesmo estivesse. Caso não fosse encontrado o bem, aplicava-se a pena de prisão ao devedor até que a dívida fosse paga. As Ordenações Manuelinas surgiram no ano de 1521 em substituição às Afonsinas, e tiveram vigência até o ano de 1603. Nestas, foram mantidas as regras das Ordenações anteriores, no que diz respeito à alienação da coisa litigiosa.” (SALAMANCHA, José Eli. A fraude à execução no direito comparado. **Revista de Processo**. v.131, 2006, p.96-116).

¹⁵⁸ “Artigo 895. A alienação de bens considerar-se-á em fraude de execução: I – quando sobre eles fôr movida ação real ou reipersecutória [...]”.

¹⁵⁹ “Em monografia escrita sobre a fraude no direito civil, do prof. Alvaro Lima (1965, S. Paulo, Saraiva), igualmente, o tema é considerado, em face da exegese do artigo 895, I, do CPC/1939 (correspondente ao atual 593, I, CPC/1973), em função da boa ou má-fé do adquirente, dado que aí se diz que, alienados bens, pendente ação real ou reipersecutória sobre esses bens, o terceiro é atingido, desde que haja, pelo terceiro, conhecimento do fato da demanda, ou, *in verbis*: ‘Se o devedor acionado aliena estes bens ou pratica atos que afetem os interesses do credor, com pleno conhecimento do adquirente, isto é, com sua cumplicidade na fraude do devedor, o autor da ação obtém, através da nulidade ou da ineficácia do ato fraudulento, a satisfação do seu direito’ (ob. cit. n. 104, p. 275). Pretende que esta situação se identifique com a posição do credor na ação pauliana, isto é, equipara a fraude à execução à fraude contra credores, no particular aspecto”. (ALVIM NETTO, José Manoel Arruda. 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. **Revista de Processo**, v.31, jul.-set.,1983, p.189-198).

¹⁶⁰ A referência era, sempre, às ações reais de domínio.

admite essa possibilidade. O atual artigo 109 do Código de Processo Civil, mantendo o texto que prevalecia no antigo ordenamento, autoriza “a alienação da coisa ou do direito litigioso”.

Contudo, inobstante a permissibilidade, o Código de Processo Civil de 2015 não esclarece o que seria o “direito litigioso”. Quanto à “coisa litigiosa”, os artigos 888¹⁶¹ (medida provisional de conservação) e 925¹⁶² (ação possessória) fazem breves menções, sem, contudo, entrar em detalhes. Intuitivamente, esses dois dispositivos fazem referência explícita a bens materiais, sujeitos à apropriação, ou seja, “tudo aquilo que tem existência material e que é suscetível de medida e valor”.¹⁶³

Conquanto o direito também seja um bem jurídico (porém imaterial), a sua definição, quando relacionada ao adjetivo “litigioso”, ganha ares bastante abstratos¹⁶⁴. As teorias a seguir mostram o esforço da doutrina – sobretudo a estrangeira – em apresentar uma definição de direito litigioso que contemple as interações existentes entre o direito material e processual, sem descurar do (adicional) clima de incerteza que a litigiosidade leva consigo.

5.2 O direito litigioso como direito material ou pretensão

Em um primeiro momento, a sucessão a título particular do direito litigioso chegou a ser entendida como a transferência do “direito material deduzido na lide”, conforme se depreende de lições extraídas do direito germânico e italiano¹⁶⁵. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, tratando apenas do segundo, resume o pensamento de Calamandrei, Redenti e Pavanini a esse respeito:

¹⁶¹ “Artigo 888. O juiz poderá ordenar ou autorizar, na pendência da ação principal ou antes de sua propositura: I – obras de conservação em coisa litigiosa ou judicialmente apreendida;”

¹⁶² “Artigo 925. Se o réu provar, em qualquer tempo, que o autor provisoriamente mantido ou reintegrado na posse carece de idoneidade financeira para, no caso de decair da ação, responder por perdas e danos, o juiz assinar-lhe-á o prazo de 5 (cinco) dias para requerer caução sob pena de ser depositada a coisa litigiosa”.

¹⁶³ AMARAL, Francisco. **Direito civil** – introdução. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.300.

¹⁶⁴ Ao ponto de a doutrina indicar que “a alienação ou cessão da coisa ou do direito litigioso, faz com que o negócio jurídico, operado no plano do direito material, fique submetido, como ensina Arruda Alvim (CPC Comentado, v.II, p.318), a uma condição resolutiva, que se verificará ou não, dependendo do resultado da demanda”. (HOLLANDA FILHO, Marcial Herculino. Substituição processual – ação possessória – alienação da coisa litigiosa – prosseguimento do feito – aplicação do artigo 42, do CPC. **Revista de Processo**, v.18, 1980, p.256-260).

¹⁶⁵ REDENTI, Enrico; VELLANI, Mario. **Diritto processuale civile**. v.I. 5.ed. Milão: Giuffrè, 2000, p.88.

Calamandrei alude à 'transmission a título particular del derecho substancial'. Redenti refere-se ao direito ou pretensão direito, enquanto situação jurídica substancial, sempre e juntamente com a transferência da ação. Pavanini afirma que há sucessão na pretensão 'entendendo como tal palavra aludir precisamente ao conteúdo substancial do processo'¹⁶⁶.

Os processualistas que defendiam esse entendimento sustentavam que o direito não poderia deixar de ser direito apenas porque está sendo discutido dentro de um processo. Afinal, ao fim do litígio, o juiz não teria o poder de criar o direito alegado pela parte, mas apenas declarar sua existência. Defendiam os notáveis professores italianos, assim, que o direito material vive, naturalmente, sob constante estado de incerteza¹⁶⁷, de modo que apenas uma decisão judicial poderia resolver essa dúvida¹⁶⁸.

Este entendimento encontrou muitas resistências à sua aceitação. Segundo os críticos, seria particularmente difícil afirmar a existência e atribuir a alguém um direito se, simultaneamente, a definição sobre ele (inclusive sobre sua existência¹⁶⁹) pende em juízo. Apenas quando finalizada a jurisdição é que seria possível identificar e afirmar, de forma segura e definitiva, o verdadeiro titular do direito discutido.

Ainda segundo a crítica, enquanto há a litispendência – ou seja pendência de um procedimento no qual se objetiva sentença com autoridade de coisa julgada – é absolutamente irrelevante a discussão em torno da existência ou inexistência do direito subjetivo das partes litigantes. Afinal, como se sabe, para propor uma demanda, não é necessário que exista, de fato, o direito subjetivo da parte; basta que se afirme sua existência¹⁷⁰. No momento

¹⁶⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Alienação da coisa litigiosa**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.35.

¹⁶⁷ Quanto a isso, já foi citado que esse "estado permanente" de incerteza do direito material não é ponto pacífico. Mais sobre o assunto: FRANK, Jerome. **Direito e incerteza**. **New York University Law Review**. Tradução de 1988. Buenos Aires: Anchor Books, 1951.

¹⁶⁸ Mesmo que a parte vencedora não tivesse razão. Como já citava Savigny, a coisa julgada é uma "ficção da verdade".

¹⁶⁹ "Il diritto controverso può anche non esistere, e se non esiste è un niente, non un meno, e nel niente non si succede, così che può esservi in tal caso una successione nella controversia, ma nel diritto no". Tradução livre: "O direito controverso pode também não existir e, se não existe não é nada, nem um menos, e nada acontece no nada, de modo que neste caso pode ocorrer uma sucessão na controversia, mas no direito não". (DE MARINI, Carlo Maria. **La successione nel diritto controverso**. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1953, p.71).

¹⁷⁰ "O direito de ação (Klagerecht) revela-se independentemente da existência do direito material. Mostra-se necessário tão-somente afirmar o autor um direito reconhecido e atenda todas às exigências, ou, no caso da ação declaratória, a um interesse jurídico [...]". (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Teoria e prática da tutela jurisdicional** Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.62).

da propositura da demanda, o direito subjetivo é encarado *in status assertionis*, deixando-se o reconhecimento, *a posteriori*, a cargo do Poder Judiciário.

Desse modo, a se admitir que o direito litigioso constitui o direito material em si – em uma promíscua relação – estar-se-ia admitindo, no fim do dia, que, alegando-se violado o direito subjetivo e exercida a pretensão – que só tem o condão de surgir quando o direito subjetivo se torna processualmente exigível e não foi adimplido¹⁷¹ – o direito material seria equivalente a esse último, o que, também segundo os críticos, não poderia ser entendido como correto.

Tanto o direito subjetivo quanto a pretensão são institutos correlatos ao direito material¹⁷². Isso ocorre porque, em regra, cada direito subjetivo é dotado de uma pretensão, ou seja, da condição de se poder exigir a satisfação desse direito¹⁷³. O julgamento, de procedência ou improcedência, corresponde à constatação do Poder Judiciário sobre a existência ou não da pretensão resistida. Contudo, não haveria como confundi-los¹⁷⁴ com o direito material em si.

Noutra perspectiva – porém ainda um pouco semelhante – De Marini, apoiando-se na doutrina de Mortara e Arias, tentou aproximar a pretensão processual da definição do que seria objeto litigioso: “o direito litigioso, enquanto litigioso, é qualquer coisa, menos um direito subjetivo perfeito”. Para o professor italiano, no momento em que existe litispendência, a parte só poderia tencionar ver reconhecido o direito, mas nunca, jamais, afiançar que

¹⁷¹ “A pretensão pode surgir depois da existência do crédito; não depende da simultaneidade de nascimento; crédito não vencido é, exatamente, crédito a que ainda não nasceu pretensão; não se pode dizer, portanto, que a existência da pretensão nada tem com o vencimento”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. t.I. São Paulo: RT, 1972, p.88).

¹⁷² SILVA, Ovídio Baptista da. Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação. **Ajuris**, n.29, ano X, p.102. Porto Alegre: Ajuris, nov.1983, p.102.

¹⁷³ “O direito subjetivo é conferido pelo ordenamento objetivo e é pré-processual, isso porque o direito subjetivo surge a partir do momento em que se estabelecem as relações de direito material. Por exemplo, quando entre particulares é firmado contrato com obrigação de entrega de coisa certa a partir do entabulamento entre os particulares de maneira imediata passa a existir o direito subjetivo de obter a entrega da coisa, o que não corresponde de maneira automática à existência da pretensão. Esta última apenas passará a existir quando surgir a exigibilidade da referida entrega cuja fixação constará no próprio contrato. Sobre o tema, a preciosa lição de Pontes de Miranda: ‘O credor tem direito subjetivo ao que se lhe atribui: tem-no, desde que a relação nasceu. A exigibilidade faz-lhe a pretensão. Se o devedor não paga como e quando deve pagar, cabe-lhe, então, a ação. Não se diga que a coação a caracteriza, nem que caracterize os dois, a ação e o direito subjetivo; porque o que existe de coativo no direito é comum ao direito objetivo não subjetivado e aos direitos subjetivos’”. (NERY JUNIOR, Nelson; ABBUD, Georges. Pontes de Miranda e o processo civil: a importância do conceito da pretensão para compreensão dos institutos fundamentais do processo civil. **Revista de Processo**, v.231, 2014, p.89-107).

¹⁷⁴ Em razão do direito material, surgem relações jurídicas e se adquirem direitos subjetivos.

ele efetivamente existe e lhe pertence. É o que De Marini chama de “pretensão direito”¹⁷⁵.

Ainda segundo o autor, traduzido por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “a pretensão [...] tem natureza substancial, mas não é ainda o direito litigioso, e sim sua projeção dinâmica, razão por que ‘a transferência do direito litigioso determina sempre também a transferência da pretensão’”.¹⁷⁶

Em outras palavras, sendo incerto o direito *sub judice*, o adquirente sucederia exatamente na situação jurídica que o legitima a estar em juízo.

Feita essa breve explanação, surge a dúvida: poderia a pretensão ser qualificada como um direito (passível de transferência)?

Ao que tudo indica, a resposta tende a ser negativa. O direito litigioso não pode se confundir com a pretensão, pois aquele vem a ser objeto desta. A pretensão, com efeito, é a razão da litigiosidade, conforme expõe a doutrina de Cândido Rangel Dinamarco: “pretensão é a exigência de subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio.”¹⁷⁷

A doutrina, que historicamente muito debateu a respeito, também repele a equiparação de De Marini. A pretensão não seria um direito ou um poder das partes, mas um ato.¹⁷⁸

A teoria desenvolvida por De Marini também falha quando cria a figura do “pretensão direito”, pois, na prática, com essa ficção, estar-se-ia admitindo a existência de duas classes de direitos: os questionados judicialmente e os não questionados. A esse respeito, Eduardo Gusmão Alves de Brito desenvolve uma linha de raciocínio em oposição ao professor italiano:

não faz sentido que um direito subjetivo deixe de sê-lo, degradando-se em mera pretensão, pelo simples fato de sobre seu conteúdo ter-se estabelecido alguma controvérsia. É certo que o direito em crise de certeza perderá valor econômico e verá depreciada sua estima social, sem que abstratamente se possa sustentar, contudo, uma espécie de efeito ziguezague, pelo qual o direito passa a pretensão, e de novo a direito, infinitamente, a cada nova contestação. No abstrato mundo das normas, o direito existe, ou não terá existido jamais, sem

¹⁷⁵ DE MARINI, Carlo Maria. **La successione nel diritto controverso**. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1953, p.46.

¹⁷⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Alienação da coisa litigiosa**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.60.

¹⁷⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v.II. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.106. No mesmo sentido: CARNELUTI, Francesco. **Sistema de derecho procesal civil**. v.II. Tradução de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, 1944, p.19.

¹⁷⁸ DELGADO, Jaime Guasp. **La pretensión procesal** Madri: Civitas, 1981, p.335.

que sobre seu destino exerçam influência alguma os questionamentos levantados posteriormente.¹⁷⁹

Em conclusão, é possível sinalizar negativamente para o entendimento de que o direito litigioso seria nada mais do que a pretensão deduzida em juízo. Não à toa, pouca foi a repercussão doutrinária dessa tese. Há de se reconhecer, ainda, as relevantes críticas apresentadas contra o entendimento, externadas por outras respeitáveis mentes italianas, no sentido de que o direito litigioso seria, na prática, o direito material deduzido na lide.

A falta de consenso a respeito da matéria levou ao estabelecimento de outras teorias que tentaram conceituar mais apropriadamente o direito litigioso.

5.3 O direito litigioso como direito subjetivo de resolução do mérito

A segunda teoria apresentada tem origem no posicionamento de Picardi¹⁸⁰, segundo o qual o direito controvertido seria o direito subjetivo processual da parte à sentença de mérito do processo.

O professor italiano tentou trazer a definição de coisa litigiosa para um aspecto estritamente processual, com o objetivo de superar os problemas encontrados nas tradicionais doutrinas que procuravam vincular, de alguma forma, o direito material subjacente à sucessão processual.

Segundo anota Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Picardi “desde logo rejeita a possibilidade de que a sucessão se dê nos efeitos da futura sentença, ou seja, na situação material futura que resultará declarada pela sentença, porque diz respeito a um momento posterior no curso do processo.”¹⁸¹. Em outras palavras, o processualista italiano tenta escapar da tenebrosa discussão que envolve a transferência de um “direito litigioso” e eventual rejeição judicial (ou não reconhecimento) do direito que teria sido alienado.

A concepção de Picardi, contudo, não passou longe das críticas. Primeiramente porque, apesar de se tratar de um fenômeno eminentemente processual, não seria saudável desconsiderar por completo a sua relação com o direito material. A tese de Picardi parte, portanto, de premissa equivocada.

¹⁷⁹ BRITO NETO, Eduardo Gusmão Alves. **Sucessão no direito controverso**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2008, p.25-26.

¹⁸⁰ PICARDI, Nicola. **La successione processuale**. Milano: Giuffrè, 1964, p.160.

¹⁸¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Alienação da coisa litigiosa**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.44.

Em segundo lugar, porque “el derecho subjetivo procesal a la resolución sobre el fondo – acción, en su formulación abstracta – es uma possibilidade meramente abstracta”¹⁸², conforme ressaltou Francisco Ramos Mendéz. Por fim, o direito à sentença de mérito nunca é litigioso; será (quase¹⁸³) sempre certo e incontroverso, de modo que jamais poderia ser ele “a coisa litigiosa” a ser transferida.

Henrique Fagundes Filho, em acertada crítica à ideia de Picardi, expõe:

A tese é engenhosa, sem dúvida, mas esbarra, ao nosso ver, numa obviedade: ninguém, que se interesse por adquirir a ‘coisa litigiosa’ ou o ‘objeto do litígio’, virá a ‘dar de ombros’ para a sorte do provimento de mérito; a expressão ‘direito subjetivo ao provimento de mérito’ esconde, sem dúvida, o verdadeiro interesse das partes contratantes, o aliente ou cedente, e o adquirente ou cessionário: a coisa demandada ou o direito litigioso. Está-se, pois, frente a um mero jogo de palavras¹⁸⁴.

A perspectiva eminentemente processual do professor italiano, portanto, por suas inerentes insuficiências, não pode ser reputada como a mais correta – ou como a “menos criticada”, em razão da dificuldade de se chegar a um conceito satisfatório – para definir o que seria direito litigioso.

5.4 O direito litigioso como o direito afirmado no processo

As teorias mais recentes sobre a natureza e o conceito de direito litigioso estão intimamente ligadas¹⁸⁵ ao pensamento doutrinário de Wolfgang Grunsky e Andrea Proto Pisani.

Para Grunsky, tratando notadamente do direito alemão, o objeto da sucessão processual não se relaciona com qualquer posição jurídica processual, contrariando o que defendera Picardi. Citando farta doutrina germânica, particularmente Bloemeyer e Wagemeyer, argumenta que o que se transmite é essencialmente o direito material afirmado no processo como existente.

¹⁸² MENDÉZ, Francisco Ramos. **La sucesión procesal**. Barcelona: Editorial Hispano Europea, 1974, p.80. Tradução livre: “o direito processual subjetivo à resolução sobre o mérito – ação, em sua formulação abstrata – é uma mera possibilidade abstrata”.

¹⁸³ “Quem é parte legítima, portanto, tem direito à sentença de mérito”. (ALVIM, Arruda. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v.2. São Paulo: RT, 1975, p.16).

¹⁸⁴ FAGUNDES FILHO, Henrique. **A sucessão processual**. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2007, p.122.

¹⁸⁵ MENDÉZ, Francisco Ramos. **La sucesión procesal**. Barcelona: Editorial Hispano Europea, 1974, p.92.

A uma conclusão similar chega Proto Pisani. Ao narrar a evolução da doutrina italiana sobre o conceito em apreço, destaca não ser possível, com base no direito positivo, desvincular por completo o direito material do processo – trata-se de outra crítica à teoria de Picardi. Ao tomar um novo ponto de partida, Proto Pisani afirma que o direito material, antes do processo, vive em permanente estado de incerteza¹⁸⁶, uma vez que, com o processo judicial, existirá sempre a possibilidade de ocorrerem mutações sobre o que antes se entendia como certo e verdadeiro. Por isso, a existência dos deveres e faculdades processuais estaria sempre ligada a uma possibilidade de existência do direito, mas nunca a um direito certo e afirmado.

A tentativa de Proto Pisani é a de tentar conceber que o direito só existe dentro do processo judicial, pois a “afirmação do direito” no processo é algo que só pode ser concebida se houver litígio:

Ed invero, la locuzione “diritto controverso”, se intesa nel suo significato logico-grammaticale, richiama alla mente dell’interprete, senz’altro, il diritto sostanziale dedotto in giudizio: così PROTO PISANI A., La trascrizione delle domande giudiziali, cit., pag. 26¹⁸⁷.

Francisco Ramos Mendéz também chega a defender a coisa litigiosa como a afirmação do direito no processo. Ao tratar das teorias de Grunsky e Proto Pisani (sobre as quais afirma que “sus resultados fundamentales son suficientes para el tratamiento del problema con algunos someros apuntes metodologicos”¹⁸⁸), concorda que o único elemento relevante para definir a situação do direito litigioso é a afirmação da parte litigante a respeito da titularidade do direito:

Sin embargo, forzoso es confesar que el proprio Proto Pisani intuye una solución que nosotros estimamos suficiente al afirmar que ‘resulta imposible saber antes del juicio cuál sea la exacta calificación jurídica de una determinada situación, esto es, si en relación al

¹⁸⁶ Proto Pisani caminha para o lado da existência de um direito meramente hipotético, que se justifica “por la condición existencial de incerteza en la cual se encuentra el derecho substancial antes del proceso”. (MENDÉZ, Francisco Ramos. **La sucesión procesal**. Barcelona: Editorial Hispano Europea, 1974, p.89).

¹⁸⁷ WIDMANN, Paola. **La successione a titolo particolare nel diritto controverso**. Trento: Università degli studi di Trento, 2015, p.264. Tradução livre: “E, na verdade, a locução “direito controverso”, se entendida em seu significado lógico-gramatical, remete à mente do intérprete, sem dúvida, o direito substancial deduzido no processo: assim, PROTO PISANI A., A transcrição das questões judiciais, cit., pág. 26”.

¹⁸⁸ MENDÉZ, Francisco Ramos. **La sucesión procesal**. Barcelona: Editorial Hispano Europea, 1974, p.89. Tradução livre: “seus resultados fundamentais são suficientes para o tratamento do problema com algumas notas metodológicas superficiais”.

ordenamiento resulta expresión de orden o de desorden”. Por este camino se desarrolla nuestro pensamiento.¹⁸⁹

Novamente, a teoria acaba pecando por desvincular o direito material do processual – o que parece ser uma tônica da quase unanimidade das teorias sobre o assunto. Considerando que o direito afirmado é uma entidade essencialmente processual, o objeto da sucessão consistiria em algo que existe apenas no plano processual, sem repercussões no âmbito do direito material:

De qualquer modo a teoria, exatamente por não resolver adequadamente as relações entre o direito material e o processo, pondo o fenômeno no plano puramente processual e deixando de lado a eficácia da sentença, que é o verdadeiro ponto de referência como veremos adiante, mantém a ruptura entre as esferas material e processual¹⁹⁰.

Assim como De Marini, a teoria do direito litigioso como direito afirmado no processo acaba criando a ficção de um direito hipotético, que rompe com qualquer vinculação com o direito material. Por essa razão, os seus adeptos não conseguem responder o que, afinal, foi transferido – na seara do direito material – se o direito da parte acabar por não ser reconhecido pelo Judiciário.

5.5 O direito litigioso como lide

Francisco Carnelutti, por sua vez, tentou encarar o fenômeno a partir da lide – o já conhecido “conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida”. Segundo o doutrinador italiano, uma vez ocorrida a alienação do direito litigioso, o adquirente passaria a figurar como o “sujeito da lide” – embora, de toda maneira, o alienante permanecesse parte no processo, na qualidade de seu substituto processual.

Justamente para fugir (mais uma vez) do perigoso debate envolvendo o eventual não reconhecimento judicial, *a posteriori*, do direito transferido, o processualista italiano diferencia a “lide”¹⁹¹ da “relação jurídica substancial” e,

¹⁸⁹ MENDÉZ, Francisco Ramos. **La sucesión procesal**. Barcelona: Editorial Hispano Europea, 1974, p.90. Tradução livre: “Entretanto, é forçoso confessar que o próprio Proto Pisani intui uma solução que nós consideramos suficiente ao afirmar que ‘é impossível saber antes do julgamento qual é a exata qualificação de uma determinada situação, isto é, se com relação ao ordenamento decorre expressão de ordem ou de desordem”. Por este caminho se desenvolve nosso pensamento”.

¹⁹⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Alienação da coisa litigiosa**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.50.

¹⁹¹ Lide não significa mérito da causa, muito embora a Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973 utilize a palavra com esse significado.

assim, defende que o que pode ser alienado é apenas a posição da parte naquele conflito de interesses estabelecido.

Sob esse aspecto é importante retomar o entendimento de Carnelutti sobre “lide”¹⁹². Ela surgia exatamente quando, entre sujeitos distintos, existe uma pretensão¹⁹³ – exigência de subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio – e, do lado oposto, uma oposição resistida. Com base nessa concepção, entendia-se lide como o objeto¹⁹⁴ do processo, como também veio a acolher o Código de Processo Civil de 1973:

Diz a Exposição de Motivos do Código de Processo Civil que "o projeto só usa a palavra *lide* para designar o mérito da causa". Diz ainda: "a lide é, portanto, o objeto principal do processo e nela se exprimem as aspirações em conflito de ambos os litigantes" (cf. Exposição de Motivos, cit., Cap. II, n. 6). E o Código emprega o vocábulo lide, efetivamente, em certos dispositivos e rubricas de muita e vital importância, com o inegável intuito de designar o mérito da causa. Constitui exemplo eloqüente o instituto do "julgamento antecipado da lide" (Liv. I, Tít. VIII, Cap. V, Seção II: v. artigo 330). Outra expressiva manifestação da mesma idéia e intenção está no artigo 468, já tradicional em nosso direito positivo no qual se diz: "a sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas". É bastante significativo, ainda, o emprego do vocábulo no artigo 46, I, onde se prevê o litisconsórcio para o caso de duas ou mais pessoas se acharem em estado de comunhão quanto aos direitos ou obrigações a que se referir a lide, ou seja, o mérito da causa. Muitos outros dispositivos podem ainda ser indicados, onde essa palavra comparece, rigorosamente, com o sentido anunciado na Exposição de Motivos (cf. artigos 5.º, 22, 47, 110, 126, 132, 325, 462, 470, 610, 645 e 798)¹⁹⁵.

É nesse ponto que repousa uma primeira crítica à Carnelutti. Não se poderia considerar o direito litigioso como lide¹⁹⁶, pois, na verdade, o “objeto do processo consiste exclusivamente no pedido formulado pelo demandante. É ali que reside a pretensão cujo reconhecimento e satisfação o demandante

¹⁹² Segundo Dinamarco, “a lide é, na obra de Carnelutti, mais do que um conceito magistralmente elaborado e mais até do que um instituto de primeira grandeza na constelação do direito: ela está ao centro de todo o seu sistema e é em torno dela que gravitam todos os demais institutos e as construções de Carnelutti”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. **Revista de Processo**, v.34, 1984, p.20-46).

¹⁹³ CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. v.I. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999, p.71.

¹⁹⁴ “[...] o objeto litigioso é a lide, ou seja, o conflito de interesses tal como trazido a juízo e delimitado pela pretensão do autor”. (ALVIM, Thereza Arruda. **Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada**. São Paulo: RT, 1977, p.8).

¹⁹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. **Revista de Processo**, v.34, 1984, p.20-46.

¹⁹⁶ “Já não é a lide que se apresenta como objeto do processo, mas o pedido do autor, isto é, a parcela da lide deduzida em juízo”. (TESHEINER, José Maria Rosa. **Jurisdição voluntária**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p.21).

requer”.¹⁹⁷ O processo ocupa-se com a parcela¹⁹⁸ da lide – fenômeno afeto ao campo sociológico, conforme pontuou Calamandrei¹⁹⁹ – levada a juízo.

Outra crítica à teoria de Carnelutti menciona a eventual existência de ações, cujo direito substancial é passível de ser alienado, sem lide. Ou seja, esse fenômeno nem sempre é essencial²⁰⁰ ao exercício da jurisdição²⁰¹. Ademais, o próprio Carnelutti admitia a existência de processos com essa característica²⁰².

Os críticos também apontavam para o fato de que o conceito de lide elaborado e construído por Carnelutti demandava a existência simultânea de uma pretensão – de um lado – e resistência – de outro. Quando há a alienação do direito litigioso, essa transferência está ligada a apenas uma das partes (o alienante é aquele que formula a pretensão ou o que opõe resistência). Na verdade, o que ocorre é a substituição da posição de um dos litigantes, mas nunca da lide, a qual, repita-se, pressupõe a existência de dois sujeitos. Francisco Ramos Mendéz foi uma das vozes mais ativas ao tratar do ponto:

En último término vamos a prescindir del dato cierto de que, siendo la litis una figura compleja, en la cual al manos intervienen dos litigantes, el ámbito de incidencia de ça sucesión sea solamente una de las posiciones de los litigantes. Efectivamente, la sucesión sólo incide en el ámbito de los sujetos.²⁰³

Conclui-se que a tentativa de qualificar o direito litigioso como lide não resiste, também, a uma análise mais detida.

¹⁹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v.II. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.184.

¹⁹⁸ Segundo Calamandrei, “o juiz não julga a lide em si, mas apenas a parcela da lide apresentada pelo autor por meio da demanda. Acertadamente, Calamandrei conclui que o juiz julga aquilo que o autor lhe apresenta para ser julgado. Sendo assim, a lide não pode ser o mérito do processo, pois, afirma Liebman, “o conflito de interesses existente entre as partes fora do processo é de fato a razão de ser, a causa remota, não o objeto do processo”. (DE LUCCA, Rodrigo Ramina. O mérito do processo e as condições da ação. **Revista de Processo**, v.188, 2010, p.69-100).

¹⁹⁹ A esse respeito: CALAMANDREI, Piero. **Il concetto di "lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti**. v.1. Napoli: Morano, 1965.

²⁰⁰ Não se pode confundir “o conceito técnico de lide com o de resistência, algumas vezes imposta pelo Estado, em face de um peculiar interesse público que ele tutela de maneira especial”. (OLIVEIRA, Swarai Cervone de. **Jurisdição voluntária: perspectiva atual à luz da teoria geral e da instrumentalidade do processo civil reflexos sobre o âmbito de aplicação da discricionariedade judicial**. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br>>. Acesso em: 15 nov. 2018, p.74).

²⁰¹ A homologação de acordos para a formação de título judicial e a jurisdição em prol da infância e juventude são casos em que, não obstante o exercício da jurisdição, não ocorre a lide.

²⁰² CARNELUTI, Francesco. **Sistema de derecho procesal civil**. v.II. Tradução de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, 1944.

²⁰³ MENDÉZ, Francisco Ramos. **La sucesión procesal**. Barcelona: Editorial Hispano Europea, 1974, p.112. Tradução livre: “No final, vamos prescindir do dado certo de que, sendo a lide uma figura complexa na qual intervêm pelo menos dois litigantes, o âmbito de incidência da sucessão é apenas uma das posições dos litigantes. Efectivamente, a sucessão somente incide no âmbito dos sujeitos”.

5.6 O direito litigioso sob a ótica de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira

No Brasil, a mais completa e conhecida obra sobre o tema da alienação do direito litigioso – por diversas vezes citada durante essa dissertação – é de autoria de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. O saudoso professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul analisou todas as teorias concebidas para definir direito litigioso – várias delas mencionadas acima – e, sem concordar com nenhuma delas, tratou de desenvolver pensamento próprio.

O raciocínio apresentado em seu livro ‘Alienação da coisa litigiosa’ parte de algumas premissas fundamentais. A primeira delas repousa no fato de que o direito litigioso é um fenômeno temporal: “está entre o momento do exercício da pretensão à tutela jurídica, perante o juiz, [...] e o da aplicação do direito pela sentença que culmina o processo e termina o litígio”.²⁰⁴

A segunda, intimamente relacionada à dinâmica temporal processual, remete à inerente precariedade do direito litigioso, que estaria vivendo um momento de ausência de estabilidade, “à espera de concretude”²⁰⁵:

É tão objetiva essa incerteza, consubstancial ao direito controvertido, que a parte pode estar subjetivamente convicta de que vai ganhar a demanda e perdê-la, ou pensar que vai perder e ganhar. O direito litigioso leva, assim, objetivamente, toda a sua dinâmica, a sua precariedade, com ou sem vontade, com ou sem conhecimento do adquirente²⁰⁶.

Firmados esses dois pressupostos, argumenta que o grande problema identificado em torno das teorias de outrora tem relação com a forma vacilante pela qual a doutrina abordou o tema: ora entendendo o direito litigioso como o direito material, ora como um instituto relacionado ao direito processual. Segundo afirma, a mais correta análise é distinta e deve passar por um pouco desses dois polos.

O objeto da transferência ocorrida no curso do processo, segundo Alvaro de Oliveira, não seria – justamente em razão do mencionado grau de incerteza

²⁰⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Alienação da coisa litigiosa**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.60.

²⁰⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Alienação da coisa litigiosa**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.63.

²⁰⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Alienação da coisa litigiosa**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.61.

– o direito material. Seria algo “distinto dele”²⁰⁷, porém inclinando-se para o direito material. O sucessor, com efeito, enquanto não for acertado o direito, permaneceria em uma posição processual “no vir a ser do direito litigioso e, em momento posterior, como destinatário da eficácia da sentença. Transmite-se, assim, o próprio direito litigioso com todas as suas consequências, positivas ou negativas”²⁰⁸. De todo o modo, a transmissão passaria pelo plano do direito material.

O direito litigioso de Alvaro de Oliveira está próximo de algo definido como o “conteúdo do processo”, pois, segundo afirma, “o direito litigioso só existe em virtude do seu movimento em direção à sentença, do devir da sentença, que, em salto qualitativo, o superará em outro nível, o da coisa julgada”.²⁰⁹

Portanto, sempre que uma sentença judicial puder alcançar um bem ou o direito objeto de determinada transferência, haverá direito litigioso, assim definido pelo autor:

Esse movimento do direito litigioso em relação à sentença, em busca de sua verdadeira identidade, implica que, para os fins do artigo 42, direito controvertido é só aquele envolvido pela demanda pendente, em correlação com o futuro provimento jurisdicional. Tal correlação, mais precisamente, está na possibilidade de que a sentença a ser proferida atinja o bem ou o direito adquirido, pendente a lide, porque é a sentença o momento cristalizador, superador. Esse o conceito operacional do direito litigioso para nós²¹⁰.

Ao distanciar o direito litigioso do direito material – sem, contudo, negar os efeitos práticos da alienação no plano extraprocessual – criando uma concepção única de “direito envolvido pela demanda pendente”, fica claro que o raciocínio de Alvaro de Oliveira tenta encontrar uma terceira via para a centenária problemática envolvendo o tema.

Inobstante isso, as ideias de Alvaro de Oliveira não fogem muito do que De Marini classificou como “pretensão direito”. Para Alvaro de Oliveira e De Marini, o direito transferido ainda será resolvido por sentença, de maneira que

²⁰⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Alienação da coisa litigiosa**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.61.

²⁰⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Alienação da coisa litigiosa**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.61.

²⁰⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Alienação da coisa litigiosa**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.63.

²¹⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Alienação da coisa litigiosa**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.64.

o que estaria sendo transferido é uma expectativa lançada dentro de um processo judicial.

Ademais, ao identificar o direito litigioso como conteúdo do processo, o professor gaúcho não chega a se aprofundar sobre a questão, deixando de estabelecer, por exemplo, o que de fato seria esse “conteúdo”.

5.7 Conceituação sugerida

Todas as doutrinas apresentadas ao longo das últimas páginas tentam responder às principais indagações formuladas no pórtico deste capítulo: o que é o direito litigioso? O que se transfere no curso do processo se, na prática, a existência do direito disputado sempre estará pendente de um reconhecimento posterior?

Como visto, alguns pensamentos sobre o tema pendem para uma conceituação ligada ao direito material; outros focam exclusivamente em institutos do direito processual. Em comum, todos partem do pressuposto de que o processo repousa sobre o direito litigioso um ar de indefinição e de incerteza.

Sobre isso talvez não haja dúvida. Ocorre que a incerteza processual não pode ser apenas a mola propulsora de uma tese que tencione conceituar o direito *sub judice*. Afinal, há certos casos, por exemplo, em que a certeza do direito litigioso não está sequer sendo colocada em xeque. Como exemplo dessa situação, menciona-se o caso de transmissão de direito discutido em demanda na qual se busca a restituição de capital contra instituição financeira, ao mesmo tempo em que pende decisão de mérito sobre a incidência de expurgos inflacionários sobre o montante postulado. É fácil verificar que, neste caso, o debate se distancia de questões relacionadas à titularidade do direito litigioso. Conquanto exista alguma litigiosidade sobre a disputa (a incidência ou não dos expurgos), o adquirente (o sucessor do autor) detém, de fato, os direitos contra a instituição financeira.

Assim, no exemplo acima, adquirido o direito, o novo detentor poderá, nos casos previstos em lei, participar do processo – para refletir, processualmente, a nova realidade configurada no plano real – ao mesmo

tempo em que ninguém haverá de dissentir, no que diz respeito ao direito substancial, que ele é o novo titular do direito litigioso.

Neste caso específico e em tantos outros nos quais não há questionamento²¹¹ sobre a existência do direito, o processo judicial, por si, não torna (mais) inseguro ou incerto o objeto central da lide. Há casos, inclusive, em que o ajuizamento de demanda judicial sobre a titularidade de certo direito pode não ensejar em qualquer trauma a seu respeito. É a situação, por exemplo, do réu que reconhece o pedido do autor, ou mesmo dos casos em que a defesa da contraparte é absolutamente infundada²¹².

Não se descarta, evidentemente, dos outros tantos casos (mais comuns) nos quais o direito em si é desafiado. Nestas hipóteses, as partes litigantes viverão um grau de incerteza permanente até o trânsito em julgado da sentença final de mérito ou, ainda, até o trânsito em julgado de acórdão prolatado no âmbito de ação rescisória – é justo afirmar que a busca pela rescisão do julgado reanima esse estado de incerteza pretérito.

Sucedem que, nestes casos, a incerteza não existirá tão-somente porque o tema foi levado às barras do Poder Judiciário. Na verdade, a precariedade já existe antes mesmo da judicialização do assunto²¹³. Isso porque, estando determinada relação jurídica regulada pelas leis, a incerteza sempre existirá – em maior ou menor grau – pois o direito vive constantemente o inusitado paradoxo de produzir e reprimir incertezas:

Por conta da binaridade do código (alternância entre lícito e ilícito), o direito apresenta-se como inseguro, e não seguro como desejam os juristas [...]. Cada comunicação sobre o direito conduz à insegurança, e a consulta ao advogado ou ao juiz oferece segurança apenas de forma condicionada, nunca definitiva. O próprio processo é experimentado (e tudo é feito para confirmar isso) como processamento de incerteza. Tudo deve ser compreendido como um fato interno ao direito, pois tanto a incerteza quanto a dependência de contato especificamente mediado com o direito são consequência do código binário²¹⁴.

O processo é uma forma de absorver tensões e não de criá-las.

²¹¹ V.g. a cessão, por parte de todos os herdeiros, dos direitos hereditários.

²¹² Embora sempre existindo algum tipo de risco.

²¹³ Ao se estabelecer um litígio judicial, a incerteza do direito acaba se tornando uma incerteza provisória, pois uma sentença haverá de ser proferida um dia.

²¹⁴ GONÇALVES, Guilherme Leite. **Direito entre certeza e incerteza**. Horizontes críticos para a teoria dos sistemas. São Paulo: Saraiva, 2013, p.4.

A corroborar essa afirmação, vale mencionar que os litígios não surgem necessariamente com o processo judicial. Um direito, por exemplo, poderá ser ameaçado mediante o envio de uma simples carta. Uma bem minutada notificação, distribuída e entregue por meio do Registro de Títulos e Documentos pode estabelecer um grau de desconfiança sobre determinado bem aos olhos de terceiros. Por ser esse tipo de notificação um documento público, acessível por qualquer um, eventuais adquirentes do direito reivindicado na carta podem se mostrar refratários àquele assunto. Um protesto judicial – que, em regra, não torna o direito litigioso – também é capaz de lançar incertezas sobre determinada questão.

O inverso também pode ser verdadeiro. Imagine-se o caso de turbação da posse de um imóvel. Evidentemente, aqueles que praticaram atos abusivos contra a posse de outrem não necessitam se valer de instrumentos processuais para tanto. Contudo, exercida a turbação extrajudicial, o remédio jurídico à disposição do detentor da posse é o ajuizamento de ação de manutenção. Acaso ajuizada a demanda em apreço, o direito do possuidor, autor da ação, estaria atravessando maior ou menor grau de incerteza? A resposta é clara: menor.

A partir desses exemplos, é possível constatar que as incertezas jurídicas podem existir com ou sem a litispendência. Aliás, como visto no caso da turbação da posse, às vezes a litispendência pode até mitigar a dúvida.

É errado conceber, do azul, uma entidade – muitas vezes “evanescente”, conforme define Alvaro de Oliveira – que passaria a representar o “direito litigioso”. Não é necessário. O direito litigioso nada mais é do que o direito material, incerto por natureza, que está sujeito, em maior ou menor grau, a uma decisão judicial. O caráter *sub judice*, no fim do dia, tem o condão de estabelecer um limite temporal às incertezas do direito.

Afinal – e aqui exemplificando o que foi referido acima – a própria lei material civil reconhece, em determinados momentos, o caráter incerto das relações jurídicas. O Código Civil, quando trata da cessão de crédito, por exemplo, estabelece que o cedente fica responsável pela existência do crédito

cedido²¹⁵. Outro caso emblemático é o dos contratos aleatórios, aqueles cujo objeto está exposto ao risco assumido pelo adquirente²¹⁶.

Portanto, diante disso tudo, eventual sentença que não reconheça determinado direito litigioso cedido apenas constataria, quanto ao negócio realizado, uma venda *a non domino*, que, segundo Pontes de Miranda, é

válida e eficaz, no plano do direito das obrigações, porque a compra e venda é negócio jurídico consensual. [...] Não se trata de compra e venda nula, solução que revela bem poucos conhecimentos no que a afirmam; nem compra e venda condicional. O que ocorre é, tão-somente, não poder ter prestado aquilo que se prometeu²¹⁷.

Ou seja, a venda é válida e eficaz entre as partes, mas ineficaz em relação ao proprietário.

Também não pode ser considerada novidade esse tipo de situação. Um bem pode ser subtraído do patrimônio da parte antes mesmo dele vir a se tornar litigioso. Por exemplo, um imóvel pode pegar fogo; um automóvel pode sofrer um acidente e perder sua utilidade. Não é necessário, portanto, a preexistência de processo judicial para isso.

Ultrapassado esse ponto, outro questionamento colocado diante dos direitos litigiosos é sua inerente desvalorização econômica. Contudo, até mesmo essa questão – reputada bastante comum dentre os comentaristas – intimamente ligada com o grau de incerteza do direito, pode ter seus temperamentos. O exemplo seguinte responde bem à indagação formulada ao final deste parágrafo: determinado bem está sendo discutido em ação, já sentenciada, na qual pende julgamento de agravo em recurso extraordinário; outro bem idêntico ainda não foi desafiado por qualquer demanda, mas o seu titular acaba de receber notificação premonitória de ação judicial. Diante desses dois casos, qual dos dois bens idênticos tende a valer mais?

A partir desse exemplo, fica fácil concluir que, ao adquirir o direito litigioso, o terceiro cessionário não estará assumindo algo “menor” ou “menos

²¹⁵ “Artigo 295. Na cessão por título oneroso, o cedente, ainda que não se responsabilize, fica responsável ao cessionário pela existência do crédito ao tempo em que lhe cedeu; a mesma responsabilidade lhe cabe nas cessões por título gratuito, se tiver procedido de má-fé.”

²¹⁶ “Artigo 459. Se for aleatório, por serem objeto dele coisas futuras, tomando o adquirente a si o risco de virem a existir em qualquer quantidade, terá também direito o alienante a todo o preço, desde que de sua parte não tiver concorrido culpa, ainda que a coisa venha a existir em quantidade inferior à esperada.”

²¹⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t.IV. 3.ed. São Paulo, RT, 2013, p.24.

relevante” do que o próprio direito material²¹⁸. Nem se diga que um “pretensão direito” seria, na verdade, o objeto do negócio entabulado pelas partes. Errado. As partes negociam, vendem e adquirem o próprio direito material, em permanente e (às vezes) acentuado estado de incerteza por força do processo judicial.

Estabelecida a noção do que vem a ser o direito litigioso – em resumo, o próprio direito material sujeito ao processo, como Calamandrei defendia – será possível (i) definir melhor o papel dos sujeitos (alienante e adquirente) no processo, (ii) compreender o alcance das decisões judiciais para os envolvidos a partir da transmissão do bem e (iii) estabelecer, a partir dos termos da decisão judicial, o que foi ou não de fato transferido.

²¹⁸ Conforme defendia De Marini. Ver: DE MARINI, Carlo Maria. **La successione nel diritto controverso**. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1953.

6 O ARTIGO 109 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SEUS ELEMENTOS FUNDAMENTAIS

Estabelecido um conceito sobre o que seria o direito litigioso objeto da sucessão, chega-se ao momento de analisar como a lei processual repercute esse importante evento dentro do processo.

Os reflexos processuais da alienação do bem litigioso representam ponto fundamental desta dissertação, por isso, um capítulo será inteiramente dedicado à matéria. Inicialmente, contudo, é preciso dissecar os elementos que compõem o artigo 109 do Código de Processo Civil, cuja redação, para a comodidade do exame, é a seguinte: “a alienação da coisa ou do direito litigioso por ato entre vivos, a título particular, não altera a legitimidade das partes”.

Vale dizer que o artigo em questão vem na sequência de outra norma, expressa no sentido de vetar a livre alteração das partes no processo fora das hipóteses legais²¹⁹. O artigo 108 constitui regra geral que assegura a estabilização do processo sob o ponto de vista subjetivo (*perpetuatio legitimationis*).

Voltando ao artigo 109, é possível depreender, a partir de um desmembramento da regra legal, que a sucessão das partes ali mencionada decorre (i) de uma “alienação” de coisa ou direito (ii) ocorrida na pendência de um litígio (“da coisa ou do direito litigioso”), (iii) mediante ato praticado “entre vivos”, (iv) por meio de negócios particulares, mas que, a despeito disso, (v) a legitimidade processual das partes originais não é afetada. A alienação mencionada pode ocorrer a qualquer momento do processo e em todos os graus de jurisdição²²⁰.

Ao analisarmos esses itens na ordem contrária, depreendemos que as alíneas ‘iii’, ‘iv’ e ‘v’ se preocupam em tratar exatamente dos sujeitos que celebraram o negócio translativo (‘iii’ e ‘iv’) e das partes litigantes já estabelecidas no processo (‘v’). Não sem razão, pois a principal característica da alienação do direito litigioso é a de introduzir no processo, a partir de um

²¹⁹ “Artigo 108. No curso do processo, somente é lícita a sucessão voluntária das partes nos casos expressos em lei.”

²²⁰ ARAÚJO, Luciano Vianna. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Cassio Scarpinella Bueno (Coord.). v.1. São Paulo: Saraiva, 2017, p.486.

negócio particular, terceiros que não participaram da relação processual em sua gênese.

Esse terceiro – conforme os §§1º e 2º irão tratar mais adiante – poderá suceder ou, no mínimo, participar do feito na qualidade de assistente. A partir daí, será dado início a uma nada trivial relação processual entre adquirente, alienante e contraparte, um verdadeiro “tríplice conflito de interesses” – nas palavras de Alvaro de Oliveira.

Mas por que seria essa relação conflitante? A resposta – até certo ponto intuitiva – pode ser encontrada à luz da identificação das pretensões desses três personagens. O primeiro deles é a contraparte do processo, sujeito que se coloca em primeiro lugar, em ordem de importância – para usar, aqui, expressão de Alvaro de Oliveira. É a contraparte, com efeito, que fica em situação desigual, alheia à transmissão do direito discutido e, por essa razão, detém um legítimo e justo interesse de que o ato de alienação não lhe acarrete prejuízos. O seu interesse merece e deve ser resguardado, pois a transferência do direito *sub judice* não pode representar solução de continuidade do processo e nem a perda de legitimidade da *sua* parte adversária.

A contraparte deve ainda ficar protegida nos casos de alienação do direito litigioso em que não ocorreu a respectiva comunicação no processo, na medida em que a sentença a ser proferida deve valer para quem quer que esteja na posse do bem (titular do direito) sob litígio.

Essa regra vale para qualquer polo da contraparte na relação processual. Estando ela no polo passivo, tem interesse em que o seu adversário possa arcar com a verba de sucumbência, por exemplo²²¹. Do outro lado, pretende que o seu adversário arque não só com essa verba, mas atenda integralmente ao comando da sentença judicial. Em outras palavras, se é formulado pedido para restituir uma coisa, e essa coisa é alienada no decurso do processo, a contraparte tem a expectativa de recuperar o bem. Mesmo no

²²¹ “Tem-se afirmado que os interesses da contraparte devem ser protegidos pelo prisma das verbas de sucumbência e também pelo prisma da conveniência”. (SANTOS, Silas Silva. A alienação da coisa ou do direito litigioso no novo CPC. **Revista Brasileira da Advocacia**, São Paulo, v.4. ano 2, 2017, p.204). No mesmo sentido, Cândido Rangel Dinamarco: “O Código outorga a este (adversário do alienante) o poder de exigir que as partes continuem as mesmas, para resguardá-la de possível fraude consistente em transferir o bem a um insolvente que depois não possa arcar com os encargos do processo”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v.II. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.281).

caso em que se postula tutela declaratória, por exemplo, a contraparte tenciona que a sentença proferida produza efeitos na pessoa do adquirente.

Em conflito direto com a contraparte está o adquirente, o novo titular do direito litigioso. Essa parte, naturalmente, tem intuitivo interesse em participar do processo, notadamente para conseguir influenciar na formação do convencimento do magistrado. O adquirente ainda conflita, em certa medida, com o alienante, pois deseja que a defesa por ele apresentada no decurso da demanda não tenha o condão de atentar contra o que lhe foi transferido.

Assim como ocorre com a contraparte, o adquirente terá interesse em obter o bem da vida na disputa judicial. Por outro lado, na hipótese de aquisição do direito litigioso junto ao demandado, o adquirente – e seu advogado – também terá interesse nas verbas sucumbenciais, com a restituição dos eventuais pagamentos adiantados a título de custas e despesas processuais.

A posição do alienante também merece tutela. Primeiramente porque o alienante não deseja ser derrotado e, eventualmente, ser obrigado a arcar com verbas sucumbenciais (caso ainda seja parte formal). Depois, porque eventual negócio celebrado com o adquirente pode sofrer consequências adversas (de acordo com o que foi estabelecido no negócio particular²²²), a depender do resultado do processo.

Segundo Alvaro de Oliveira, “acima desses interesses, que se situam na esfera privada”, há a considerar o interesse maior, porque de ordem pública²²³. É exatamente o interesse do Estado no exercício da função jurisdicional que tenciona evitar o desperdício de atividade jurisdicional e a perda de credibilidade, caso se admita a ineficácia de suas decisões perante o adquirente, por exemplo. Não faria sentido, lógico ou jurídico, que, uma vez alienado o direito, fosse necessário iniciar uma nova demanda contra a parte adquirente.

Para lidar com esse feixe de interesses contrapostos, o Código de Processo Civil prevê uma série de mecanismos, na esteira dos principais ordenamentos jurídicos mundo afora.

²²² As partes podem prever, por exemplo, a restituição do preço da compra do direito litigioso.

²²³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Alienação da coisa litigiosa**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.4.

Primeiramente, o artigo 109 indica que a “alienação da coisa ou do direito litigioso [...] não altera a legitimidade das partes”. Isso quer dizer que o alienante, em regra, continua a ser formalmente parte, ou seja, figura legitimada a dispor de todos os mecanismos processualmente previstos para disputar direito em juízo. Essa disposição decorre diretamente da estabilização rígida da demanda. A partir do momento em que o direito é transferido, o alienante se torna, automaticamente, substituto processual do adquirente; a sua legitimidade deixa de ser ordinária para se tornar extraordinária.

A “alienação por ato entre vivos” é processualmente ineficaz perante a parte contrária²²⁴, de modo que a sentença também alienante e adquirente poderá ser contra eles executada. Excetuando a regra geral do artigo 506, segundo a qual “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros”, os efeitos subjetivos da coisa julgada material formada alcançará a esfera jurídica do terceiro, para prejudicá-lo, mesmo que não tenha ele participado, de forma alguma, do processo. Não à toa o artigo 808 do Código de Processo Civil de 2015 prevê que “alienada a coisa quando já litigiosa, será expedido mandado contra terceiro adquirente, que somente será ouvido após depositá-la”.

Evidentemente, a extensão dos efeitos da sentença não pretende apenas prejudicar o adquirente. Ele também será beneficiado caso se sagra vitorioso no processo. É certo que a lei autoriza o cessionário a promover a execução forçada ou nela prosseguir (artigo 778, §1º, III²²⁵).

São pelos motivos acima que a lei permite ao adquirente intervir na qualidade de assistente litisconsorcial de seu substituto, podendo praticar todos os poderes inerentes à própria parte originária. Ponto importante a ser destacado é o de que tão somente o adquirente pode transacionar a respeito do direito alienado. Somente ele poderá celebrar acordos, renunciar ao direito que se funda a ação e reconhecer o pedido da contraparte.

O artigo 109, em seu §1º, admite a sucessão processual voluntária do alienante na relação jurídica processual, porém apenas quando houver consenso da contraparte. Trata-se, a rigor, conforme orienta a doutrina, “de um

²²⁴ NERY JUNIOR, Nelson. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015, p.502.

²²⁵ “Artigo 778. Pode promover a execução forçada o credor a quem a lei confere título executivo. §1º Podem promover a execução forçada ou nela prosseguir, em sucessão ao exequente originário [...] III – o cessionário, quando o direito resultante do título executivo lhe for transferido por ato entre vivos;”

negócio jurídico processual para o qual concorrem três manifestações de vontade”²²⁶. Esse consenso, diga-se, tem por objetivo liberar completamente o alienante da sujeição ao comando da sentença.

Em resumo, são esses os eventos que podem envolver as partes litigantes a partir da alienação do bem litigioso.

O conceito de parte, de terceiro e a legitimidade dos sujeitos envolvidos no processo será tratado, com vagar, mais adiante. Antes, porém, necessário discorrer sobre o outro elemento do artigo 109, qual seja, a existência de uma situação litigiosa do direito (itens ‘i’ e ‘ii’ mencionados).

6.1 O estabelecimento da litigiosidade

O artigo 109 do Código de Processo Civil, conforme mencionado, só pode ser aplicado quando há a transferência da coisa ou do direito litigioso por ato entre vivos. Os conceitos em torno do que seria o bem litigioso (ou seja, o objeto da transferência) já foram traçados. Agora, é preciso que se perquirira o momento em que surge a litigiosidade (o direito só é litigioso quando há propriamente um litígio judicial em torno dele), pois, sem contencioso, não há bem litigioso e, tampouco, possibilidade de aplicação do permissivo legal.

Em apertada síntese, é certo dizer que é o estado de litispendência que faz nascer a litigiosidade do direito. Litispendência, por seu turno, traduz-se como a pendência de um litígio, como revela a etimologia da própria palavra (*lis* + *pendens*). Nos países que adotam o sistema de *civil law*, o fenômeno da litispendência tem objetivo principal evitar a existência de processos paralelos entre as mesmas partes que versem sobre a mesma causa de pedir e pedido. A prioridade cronológica é a regra tomada para contornar a indesejável prática de repetição de demandas.

Para o estudo da alienação do bem litigioso, conhecer o momento em que surge a litispendência²²⁷ – aqui entendida como a simples pendência de um processo²²⁸ – é fundamental.

²²⁶ BENEDUZI, Renato Resende. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v.II. (Coords.) ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. São Paulo: RT, 2016, p.189. No mesmo sentido: ARAÚJO, Luciano Vianna. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Cassio Scarpinella Bueno (Coord.). v.1. São Paulo: Saraiva, 2017, p.486.

²²⁷ Vale mencionar que o bem adquirido antes do ajuizamento da ação nunca poderá ser considerado litigioso.

O artigo 240 do Código de Processo Civil de 2015 estabelece que a citação válida, ainda que ordenada por juízo incompetente, induz litispendência, torna litigiosa a coisa e constitui em mora o devedor. O artigo 312 do mesmo diploma informa que a ação é considerada proposta “quando a petição inicial for protocolada”, porém “a propositura da ação só produz quanto ao réu os efeitos mencionados no artigo 240 depois que for validamente citado”.

Antes da citação, portanto, a relação jurídica não é aperfeiçoada. Isso não quer dizer, contudo, que não exista ação em curso (nesse sentido, vide novamente a redação do artigo 312²²⁹):

o processo é formado no exato momento em que a demanda é exercida em juízo: a partir daí o processo existe. Em outras palavras, o processo não tem a sua existência condicionada à citação do réu ou ao seu comparecimento [...] tanto é assim no sistema jurídico brasileiro que o processo pode ser extinto – o que obviamente pressupõe a sua desistência – antes da citação do réu (artigos 330 e 332, CPC)²³⁰.

Renato Benduzi, comentando o artigo 109 do Código de Processo Civil vai além: “o demandado, no entanto, até sua citação, será parte apenas da demanda, não do processo”²³¹. A esse respeito, Cândido Rangel Dinamarco argumenta:

A pessoa indicada como réu na demanda não será parte no processo enquanto não vier a ser regularmente citada e se não o for até que aquele seja extinto. Sem citação, esse sujeito não se torna parte da relação processual e conseqüentemente não é lícito impor-lhe os efeitos da sentença²³².

A afirmação acima leva, portanto, a outra conclusão: se o processo é formado – como informa o artigo 312 – no exato momento em que a petição inicial é protocolada, a *lis pendens* nasceria para o autor nesse instante.

²²⁸ “Litispendência significa literalmente um litígio pendente (*lis pendens*) ou uma ação pendente em outro lugar (*lis álibi pendens*, expressão mais utilizada em países de *common law*).” (AYMONE, Priscila Knoll. **A problemática dos procedimentos paralelos**: os princípios da litispendência e da coisa julgada em arbitragem internacional. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br>>. Acesso em: 15 nov. 2018, p.27).

²²⁹ “Considera-se proposta a ação quando a petição inicial for protocolada”.

²³⁰ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v.II. (Coords.) GOUVÊA, José Roberto; BONDIOLI, Luis Guilherme; FONSECA, João Francisco Neves da. São Paulo: Saraiva, 2017, p.278.

²³¹ BENEDUZI, Renato Resende. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v.II. (Coords.) ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIÉRO, Daniel. São Paulo: RT, 2016, p.189.

²³² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v.II. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.273.

Daí surge dúvida razoável, pois, se a litispendência passa a existir – ao menos para um dos polos – com a propositura da demanda, poderia o Código de Processo Civil informar que “a citação válida [...] torna litigiosa a coisa”? Existiria uma contradição na redação da lei?

Não há contradição alguma. É possível depreender da lei que a litispendência se inicia, para autor e réu, em momentos distintos. Deste modo, é fácil compreender que a coisa se torna litigiosa para o autor (i) quando protocolada a petição inicial e (ii) para o réu²³³ quando recebe a citação ou comparece espontaneamente no processo²³⁴.

Assim, por exemplo, é possível que o autor, logo após o ajuizamento da ação, decida alienar o direito objeto do litígio instaurado. Nessa situação particular, incidiria a regra do artigo 109, de modo que o adquirente, em qualquer hipótese, poderia (i) buscar suceder processualmente o autor e (ii) requerer a sua participação como assistente, além de (iii) ficar afetado pela coisa julgada produzida no processo. Noutra giro, neste mesmo caso, antes da sua citação, a contraparte também poderia livremente dispor do direito que já é objeto da demanda, mas o adquirente não se submeteria à mencionada regra processual. Nesta situação, quando da apresentação da contestação, a contraparte deveria informar esse fato no processo, invocando, assim, sua ilegitimidade passiva.

Além da regra geral de estabelecimento da litigiosidade, há hipóteses em que o litígio só surge durante o curso do processo. Esse é o caso, por exemplo, da propositura de reconvenção ou do feito em que questões prejudiciais são decididas em caráter incidental. Na reconvenção, por exemplo, a litigiosidade se inicia, para o réu-reconvinte, com o despacho inicial do juiz. Já para o autor-reconvindo, o marco inicial será o da intimação para responder ao pleito reconvenicional. Quanto às questões prejudiciais, assim leciona Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes:

²³³ “A citação válida gera efeitos de ordem processual e material. A citação: a) estende os efeitos da litispendência para o réu; b) em razão disso, para o réu a coisa ou o direito discutido passa a ser litigioso,” (DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. v.1.11.ed. Salvador: JusPodium, 2009, p.611).

²³⁴ O réu revel também será parte no processo. Apenas o réu revel não citado, ou citado invalidamente, será considerado terceiro no processo. Este réu poderá até ser “parte na demanda”, mas, para fins do processo, permanece como terceiro e, desta forma, protegido contra os efeitos negativos da sentença.

A questão prejudicial somente se forma quando uma das partes questiona determinado ponto das alegações de seu adversário, com a formação de uma questão. Antes que exista a controvérsia a respeito de um ponto prejudicial à decisão da causa, não há a formação da questão prejudicial e, portanto, somente no momento em que instaurada a controvérsia o direito objeto da questão se torna litigioso²³⁵.

Fincadas as premissas sobre o nascimento da litigiosidade para cada polo da relação processual, vale dizer, por fim, que ela é encerrada com a extinção – com ou sem resolução de mérito – do processo. Além disso, caso a aquisição do direito litigioso se suceda após o trânsito em julgado do processo (independentemente do conteúdo da sentença), o bem terá sido adquirido com todos os ônus e bônus decorrentes da pretérita decisão judicial.

6.2 Partes e terceiros

O tema “legitimidade das partes” está endereçado na parte final do artigo 109. Trata-se, com efeito, de outro importante aspecto que envolve a norma em apreço, na medida em que a transferência do direito litigioso abrange, simultaneamente, aqueles que são partes no processo e um terceiro, o qual, em regra, tem a pretensão de vir a se tornar parte pois vem a ser o novo detentor do direito material deduzido em juízo.

Ocorrida a alienação por ato entre vivos o processo passa a vivenciar uma situação *sui generis*. Isso porque, ao dispor que a legitimidade das partes não será alterada, o legislador acabou estabelecendo que a parte formal no processo nem sempre corresponderá à titular da relação jurídica de direito material²³⁶. O alienante – uma vez não havendo consenso entre as partes – permanecerá figurando no processo como parte principal, facultando-se ao adquirente o ingresso no feito na qualidade de assistente.

As partes são as pessoas que pedem uma tutela jurisdicional e aquelas em face de quem a tutela é pedida²³⁷. Porém, nem sempre são essas as

²³⁵ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v.II. (Coords.) GOUVÊA, José Roberto; BONDIOLI, Luis Guilherme; FONSECA, João Francisco Neves da. São Paulo: Saraiva, 2017, p.278.

²³⁶ “Nosso sistema, no entanto, não veda a alienação do bem ou do direito litigioso, o que leva a que, sempre que ocorra alienação no plano do direito material, afete-se o problema da *legitimitas ad causam*, pois o possível direito material não mais dirá respeito àquele que se encontra atuando no processo”. (FORNACIARI JUNIOR, Clito. Sucessão processual. **Revista de Processo**. v.24, 1981, p.52-61).

²³⁷ ASSIS, Araken de. **Manual de processo de execução**. 5.ed. São Paulo: RT, 1998, p.194.

peças que participam do conflito de interesses no âmbito do direito material. No caso da alienação da coisa/direito litigioso, os sujeitos de uma e outra podem não coincidir.

A diferenciação entre parte em sentido processual e parte em sentido material é relevante nesse contexto, conforme expõe Arruda Alvim:

Esta distinção, entretanto, serve para considerarem-se os efeitos da sentença, quando esses atingem precípua ou diretamente a chamada parte material. A parte material é atingida pelos efeitos primários e substanciais da sentença, que nela encontram o seu destinatário precípua. Aplica-se, a nosso ver, exclusivamente para informar-nos dos casos em que, como na substituição processual, alguém, que está fora do processo, seja o atingido pelos efeitos da sentença²³⁸.

Essa definição se assemelha ao que Carnelutti definia como “parte direta” e “parte indireta”. No primeiro caso existiria a coincidência entre o sujeito que atua no processo e aquele que é o titular do direito material; já no segundo, uma pessoa distinta promoveria a atuação processual (hipóteses de representação e substituição processual²³⁹, por exemplo).

Já para Chiovenda²⁴⁰, parte seria aquele “que demanda em seu próprio nome (ou em cujo nome é demandada) a atuação duma vontade da lei, e aquele em face de quem essa atuação é demandada”²⁴¹. A definição do professor italiano também fazia referência à hipótese de o autor comparecer em juízo representado por outrem. Essa seria a razão de ser da expressão “em cujo nome é demandada”. Entretanto, sua definição não explica a situação de pessoas que intervêm no processo, mas que não formulam qualquer pedido ou contra as quais nada é pedido – o caso, por exemplo, dos assistentes.

Outra bem conhecida definição é aquela desenvolvida por Liebman, segundo a qual as partes são os sujeitos do contraditório instaurado²⁴². Entendia Liebman que o conceito de parte deveria ter conotação eminentemente processual, afastando-se dos aspectos de direito material.

²³⁸ ALVIM, Arruda. **Tratado de direito processual civil**. v.2. 2.ed. São Paulo: RT, 1996, p.40.

²³⁹ SILVA, Ovídio Baptista da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v.1. 2.ed. São Paulo: RT, 2005, p.182.

²⁴⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v.2. São Paulo: Saraiva, 1969, p.234.

²⁴¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v.II. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.234.

²⁴² Heitor Sica, citando Cândido Rangel Dinamarco, em: SICA, Heitor. Notas críticas ao sistema de pluralidade de partes no processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, v.200, 2011, p.3 (versão on-line): “são partes no processo os sujeitos do contraditório instituído perante o juiz, ou seja: os sujeitos do processo diversos do juiz, para os quais este deve proferir seu julgamento”.

Esse enquadramento acabou sendo adotado pelo Código de Processo Civil de 1973 e, em seguida, por boa parte da doutrina, incluindo Cândido Rangel Dinamarco, para quem as partes seriam todos “sujeitos interessados do contraditório instaurado perante o juiz”²⁴³.

Dessa maneira, a condição de parte poderia ser adquirida a partir de uma série de eventos, como (i) a propositura da petição inicial (momento em que os autores se tornariam partes); (ii) a citação (momento em que os réus, executados, litisdenuciados, etc. se tornariam partes); e (iii) a intervenção voluntária (momento em que os oponentes, assistentes e os adquirentes do bem litigioso se tornariam partes).

O contraditório é peça central dessa definição. Todos os sujeitos do contraditório são automaticamente considerados partes. Os terceiros, por seu turno, são os que estão literalmente fora do processo²⁴⁴. No momento em que um sujeito de fora participa do feito, inobstante a modalidade da intervenção, adquire ele automaticamente a qualidade de parte.

Para o tema objeto desta dissertação, é importante notar que o adquirente do direito litigioso poderá tanto ser parte quanto terceiro no processo. Para ser parte, basta o novo titular do direito material pleitear o seu ingresso no feito, seja para o fim de suceder o alienante (e, para isso, conforme já informado, necessitará de consentimento da parte contrária), seja para atuar como seu assistente litisconsorcial. Noutro giro, será terceiro o adquirente que não desejar intervir no processo: “terceiro, nessa ótica, é toda pessoa que não seja parte no processo, enquanto não o for”²⁴⁵.

A grande questão é que, mesmo no caso de o adquirente decidir não ingressar no processo – ou seja, mantendo a condição de terceiro – a coisa prejudicial oriunda da ação judicial em que litigavam alienante e contraparte, também será vinculante a ele – subvertendo, assim, regra essencial do artigo 506 do Código de Processo Civil²⁴⁶ – pois, trata-se de um fenômeno da

²⁴³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.164.

²⁴⁴ “O conceito de terceiro é obtido por exclusão, considerando-se nesta qualidade todos aqueles que não sejam parte do processo. Assim, seguindo difundida concepção, as partes são os sujeitos do contraditório instituído perante o juiz, ou seja, aquele que pede um pronunciamento judicial sobre determinado objeto e aquele em relação ao qual este provimento é pedido. Todos aqueles que não são partes consideram-se, naquele processo, terceiros”. (TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. A assistência e a nova lei do mandado de segurança. **Revista de Processo**, v.183, 2010, p.239-256).

²⁴⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**. São Paulo: Malheiros, 2009, p.32.

²⁴⁶ “Não se aplica, portanto, a regra do artigo 506 do CPC/2015, segundo a qual ‘a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros’”. (ARAÚJO, Luciano Vianna.

extensão subjetiva da eficácia da sentença e da própria autoridade da coisa julgada.

6.3 Legitimidade

Fixadas as partes e os terceiros no processo, a questão subsequente diz respeito à legitimidade processual. Conforme antecipado, o adquirente só poderá ingressar no feito se houver consentimento da contraparte, conforme prevê expressamente o §1º do artigo 109. Havendo consenso, o ingresso do adquirente dar-se-á na qualidade de sucessor; caso contrário, o alienante continuará participando do processo como parte, atuando em nome próprio na defesa do direito de terceiro, na qualidade de substituto processual, como informa a doutrina:

A alienação da coisa litigiosa, em princípio, 'não altera a legitimidade das partes (*caput*). Embora não mais o pretense titular da coisa litigiosa, em outras palavras, o alienante continua a ser parte processualmente legitimada para litigar sobre este direito em juízo. Essa é uma decorrência da estabilização rígida da demanda de que se falou nos comentários ao artigo anterior. É por isso que o alienante se torna substituto processual do adquirente. Sua legitimidade deixa, assim, de ser ordinária, e passa a ser extraordinária (legitimidade extraordinária legal, não voluntária. Ao substituto, por este motivo, aplicam-se as limitações impostas em geral a todos os substitutos processuais para a prática de atos dispositivos²⁴⁷.

Isso ocorre porque, na prática, a sucessão de partes depende da convergência de três vontades²⁴⁸: a do alienante, a do adquirente e a da contraparte. Não é certo dizer que, feita a transferência, a sucessão ocorreria naturalmente²⁴⁹. Afinal, o alienante pode ter interesse em permanecer no processo²⁵⁰, eis que, alienado o bem, pode ele desejar, por exemplo, zelar pela boa condução do feito, a fim de evitar ação de regresso por parte do adquirente em eventual cenário processual negativo. O adquirente, por seu turno, embora tenha natural interesse em ingressar no feito, pode decidir manter-se fora da

Comentários ao Código de Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno (Coord.). v.1. São Paulo: Saraiva, 2017, p.487).

²⁴⁷ BENEDUZI, Renato Resende **Comentários ao Código de Processo Civil.** v.II. 2.ed. (Coords.) ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. São Paulo: RT, 2018, p.189.

²⁴⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil.** v.I. São Paulo: Saraiva, 2012, p.390.

²⁴⁹ A substituição processual, por seu turno, é automática.

²⁵⁰ Embora haja entendimento no sentido de que não é necessário o assentimento do alienante para se operar a sucessão.

relação processual, seja porque o alienante já tem bons advogados constituídos, seja porque, diante do avançado estágio processual, no qual as defesas já foram apresentadas, uma nova intervenção não seria necessária, útil ou producente.

Pode a contraparte não concordar com a sucessão, pretendendo que a parte financeiramente mais saudável permaneça no feito para arcar com eventuais honorários de sucumbência ao final. Pode, ainda, postular a manutenção do alienante, a fim de opor contra ele matérias de defesa que não teria contra a pessoa do adquirente.

Por fim, há quem defenda²⁵¹ que a contraparte pode não desejar litigar contra adversário sem lisura e que não seja confiável, embora seja bastante forçado defender o argumento de que a parte teria o direito de “escolher” o seu adversário no processo.

Portanto, sem acordo quanto à sucessão, a perpetuação da legitimação é a regra²⁵², cujo propósito, no fim do dia, visa primariamente proteger a parte que não participou da alienação, evitando indesejados percalços processuais sobre a ação em curso – como, por exemplo a extinção do processo por ilegitimidade, ativa ou passiva, superveniente. Não fosse assim, o ato de alienar o direito litigioso seria utilizado por litigantes maliciosos como um instrumento de abjeta chicana processual, conforme prescreve Paula Costa e Silva: “ao perpetuar a legitimidade do transmitente, a lei protege a parte estranha à transmissão de uma manipulação dos resultados processuais”²⁵³.

²⁵¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual**. v.II. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.281.

²⁵² “A regra, assim, em nosso Código de Processo Civil, é a da perpetuação, atentando-se, na atribuição da legitimidade para a causa, à pertinência do possível direito material no momento em que se realiza a citação, tanto tendo em vista a legitimidade no polo ativo, como no passivo. Toda e qualquer mudança posterior à citação, ocorrida quanto à titularidade do possível direito material que está em discussão no processo, uma vez que inexistente vedação a que o bem ou os direitos litigiosos sejam alienados, não afeta, em princípio, a titularidade do direito de ação”. (FORNACIARI JUNIOR, Clito. Sucessão processual. **Revista de Processo**, São Paulo, v.24, 1981, p.52-61).

²⁵³ SILVA, Paula Costa e; GRADI, Marco. A intervenção de terceiros no procedimento arbitral voluntário nos direitos português e italiano. **Revista brasileira de arbitragem**. n.28, v.7, 2010, p.33. No mesmo sentido, Luciano Vianna Araújo: “Não fosse assim, fácil – embora imoral – seria prejudicar a parte contrária e a própria atividade jurisdicional com a transferência no curso do processo da coisa ou do direito litigioso e o conseqüente reconhecimento da ilegitimidade superveniente da parte originária (alienante ou cedente), através de sentença terminativa, o que importaria a propositura de nova demanda judicial contra o adquirente ou o cessionário”. (ARAÚJO, Luciano Vianna. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Cassio Scarpinella Bueno (Coord.). v.1. São Paulo: Saraiva, 2017, p.486).

7 PARTICIPAÇÃO DO ALIENANTE NO PROCESSO

7.1 Sucessão processual

O estudo da legitimidade processual leva a uma nova questão, agora relacionada à forma como se dará a participação do alienante do processo. Conforme visto nos capítulos antecedentes, o terceiro adquirente tem a faculdade – exclusivamente sua²⁵⁴ – de decidir participar ou não do processo.

Escolhendo o adquirente por integrar a lide, a ele serão facultadas duas possibilidades. A primeira é a de suceder processualmente a parte alienante, hipótese essa de sucessão processual. A segunda, a de atuar na qualidade de assistente de quem lhe transmitiu o direito litigioso.

O consentimento da contraparte é o que marca, essencialmente, a possibilidade de o adquirente ingressar no feito como sucessor ou assistente. Com a anuência, permite-se a sucessão processual, caso em que o alienante será excluído da relação processual e, no seu lugar, inserido o adquirente. A sucessão é caracterizada pela continuidade de todas as posições processuais, de modo que o adquirente assume o lugar do alienante em todos os seus poderes, deveres e ônus:

A relação processual regida por normas de direito público é comandada por um juiz, que atua desinteressadamente e em posição superior a das partes. O fenômeno da sucessão processual, evidentemente, não deve ser estudado em função deste sujeito imparcial da relação jurídica. Seu exame deve ser centrado nas partes do processo, que são aqueles sujeitos da relação processual com interesse na solução da lide, seja quem pede a providência jurisdicional (autor), seja em face de quem essa providência é solicitada (réu).

Assim, a sucessão processual seria representada pela troca de qualquer das partes do processo por uma outra pessoa, que assumiria, na relação processual, todos os ônus e faculdades que se encontravam atribuídos ao antecessor, no momento em que ocorresse a sucessão, sem se exigir uma prévia definição sobre a titularidade do direito material²⁵⁵.

²⁵⁴ Vale registrar que a lei processual não autoriza a intervenção forçada – por decisão do juiz ou por ato praticado pelas partes originais – do adquirente no feito.

²⁵⁵ FORNACIARI JUNIOR, Clito. Sucessão processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v.24, 1981, p.52-61.

O nome sucessão se dá exatamente por esse motivo, eis que consiste na troca das partes durante o processo. O sucessor pleiteia em nome próprio direito próprio; sendo, pois, o titular do direito material controvertido em juízo²⁵⁶.

Ponto fundamental para a ocorrência da sucessão é a prévia anuência da contraparte, que, uma vez manifestada, não demanda posterior ratificação judicial, conforme previsto no artigo 200 do Código de Processo Civil. Contudo, é certo afirmar que a sucessão só se opera com a posterior decisão do magistrado da causa, na medida em que o magistrado precisa constatar – ao menos no caso da alienação do direito litigioso – a efetiva transmissão do direito (e quem adquiriu), a sua extensão (total ou parcial), além dos demais pressupostos processuais, como capacidade postulatória, capacidade processual, etc. Será preciso checar, também, se o direito objeto do negócio particular entre vivos está de fato sendo disputado naqueles autos.

A anuência da contraparte, vale dizer, pode ser expressa ou tácita²⁵⁷. Considerando que o artigo 109 do Código de Processo Civil não estipula prazo certo para essa manifestação, é senso comum a aplicação da regra do artigo 218, §3º para fixá-lo em cinco dias (caso, evidentemente, o magistrado não estabeleça prazo diverso).

Uma outra questão a respeito da anuência da contraparte diz respeito à hipótese de litisconsórcio. Conquanto a lei seja silente, o correto é exigir o consentimento de todos os litisconsortes.

Questiona-se ainda os limites da oposição da contraparte e se seria conferido ao magistrado poderes para avaliar os fundamentos apresentados em sentido contrário à sucessão. É assente, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, que “não cabe ao julgador apreciar a razoabilidade do argumento da parte contrária, que não concorda com o pleito de substituição [*rectius*: sucessão]”²⁵⁸. E isso se dá por diversas razões. Primeiramente porque a regra do Código de Processo Civil é a *perpetuatio legitimationis*. Em seguida, porque o §1º do artigo 109 é objetivo o suficiente ao admitir a sucessão

²⁵⁶ ORIONE NETO, Luiz. Sucessão e substituição processual – traços distintivos. **Revista de Processo**, São Paulo, v.46, 1987, p.220-223.

²⁵⁷ “À falta de impugnação direta, entende-se que a parte contrária consentiu com a substituição. Não se alteram, porém, as partes originárias se houver impugnação e for aceita”. (RJTJESP 131/354). Em sentido oposto: 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. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins**. São Paulo: RT, 2004, p.1.073.

²⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma, RE 270.794, Rel. Min. Ellen Gracie.

processual apenas ao consentimento da parte contrária, sem mergulhar em questões relacionadas à razoabilidade dos argumentos apresentados, embora, reconheça-se, há quem defenda²⁵⁹ – tomando por inspiração ordenamentos jurídicos estrangeiros²⁶⁰ – que a rejeição ao pleito de sucessão deva ser justificada.

Também é usualmente questionado se a contraparte poderia, ao tomar conhecimento do evento da alienação do direito litigioso, postular a inclusão do adquirente no processo. Conquanto não se possa impor a participação do terceiro no feito, é certo que não há proibição legal para que essa iniciativa possa partir da contraparte. Neste caso, o adquirente será intimado para, dentro do prazo a ser conferido pelo juiz, informar se tem interesse ou não em participar do processo. Como, neste caso, a iniciativa partiu do lado oposto da relação processual, fica claro que a sua concordância com a sucessão já foi manifestada de antemão, sendo despicienda nova concordância a esse respeito *a posteriori*.

Pergunta que fica no ar, a partir deste caso específico, diz respeito à postura do alienante. Poderia ele se opor à participação do adquirente?

Apesar da existência de esparsos entendimentos no sentido de que o consentimento deveria se dar por parte de todos os envolvidos, a resposta parece pender para o outro lado. A lei processual, em seu artigo 109, §1º, é clara quando fala apenas em consentimento da parte contrária. Esse entendimento vem sendo corroborado, há anos, pela doutrina: “Mas se a parte contrária anuir na substituição, ela se fará, e o alienante será excluído do processo”²⁶¹. Depois, porque quando realiza o negócio jurídico de alienação do direito litigioso, o alienante já consente, automaticamente, com a transmissão de tudo o que envolve aquele bem (a anuência está integrada no ato translativo do direito), de modo que representaria verdadeira preclusão lógica²⁶² – ou

²⁵⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Alienação da coisa litigiosa**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.189; ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v.II. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.380.

²⁶⁰ Sob a ótica do direito português, Paula Costa e Silva explica: “Se aquela não der o seu assentimento à substituição, caberá ao tribunal aferir da motivação das partes quando da celebração do negócio translativo do direito litigioso”. (SILVA, Paula Costa e. **Um desafio à teoria geral do processo**. Repensando a transmissão da coisa ou direito em litígio. Ainda um contributo para o estudo da substituição processual. Coimbra: Almedina, 2009, p.105).

²⁶¹ BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v.I. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p.185.

²⁶² 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. In: DIDIER JUNIOR,

mesmo *venire contra factum proprium*²⁶³ – atitude processual em sentido oposto.

A sucessão processual também pode ser parcial. Isso acontece quando há alienação parcial do direito litigioso. Diante dessa situação, preserva-se a legitimidade originária do alienante no que diz respeito à parte não alienada do direito.

Vale dizer – embora não seja esse o objeto do presente trabalho – por fim, que a sucessão processual pode se operar também sem o consentimento da contraparte. Isso se dá em caso de falecimento da parte ou sucessão universal da pessoa jurídica, nos casos de fusão, incorporação ou cisão. Quando há sucessão a título universal *mortis causa*, a lei processual estabelece que a sucessão dar-se-á pelo seu espólio ou pelos seus sucessores. Nesse ponto, andou bem o Código de Processo Civil ao corrigir erro terminológico da legislação revogada, que se referia, no artigo 43, à “substituição pelo seu espólio ou pelos seus sucessores”.

Ademais, repetindo a omissão presente no Código revogado, o Código de Processo Civil de 2015 também não buscou tratar da sucessão das pessoas jurídicas. O assunto, entretanto, não carrega grandes polêmicas. Afinal, como a legitimidade processual nada mais é do que reflexo da própria legitimidade de direito material, deixando de existir uma pessoa jurídica diante de casos como fusão, cisão ou incorporação, é ponto pacífico entender que a nova sociedade é a sucessora, a título universal, da antiga, recebendo a legitimidade *ad causam* para funcionar os processos em curso: “a empresa incorporadora sucede a incorporada em todos os seus direitos e obrigações, de modo que a indenização por esta devida em processo já em fase de execução constitui obrigação a ser satisfeita pela incorporadora”²⁶⁴.

Implementada a sucessão processual, deve-se anotar o evento junto aos registros de praxe, notadamente o Cartório Distribuidor, exatamente como se sucede quando instaurado incidente de desconsideração da personalidade jurídica (artigo 134, §1º) ou intervenção de terceiro, reconvenção ou qualquer

Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins**. São Paulo: RT, 2004, p.1.073.

²⁶³ Aliás, a preclusão lógica, como extinção de um direito processual pela prática de uma conduta incompatível, exemplifica a vedação ao comportamento contraditório no processo.

²⁶⁴ BRASIL. RMS 4.847/MG, Rel. Min Cláudio Santos, 12.12.1994, DJU 20.03.1995, RSTJ 75/159.

hipótese de ampliação objetiva do processo (artigo 286, parágrafo único). Essa comunicação deve ser feita de ofício pelo magistrado.

7.2 Assistência

Não ocorrida a sucessão, o Código de Processo Civil estabelece: “o adquirente ou cessionário poderá intervir no processo como assistente litisconsorcial do alienante ou cedente” (artigo 109, §2º). Ao assim dispor, a nova lei processual também resolve de vez discussão persistente ao tempo da antiga legislação.

Com efeito, o Código de Processo Civil de 1973 (artigo 42, §2º) era sucinto ao informar que o adquirente poderia intervir no processo *assistindo* o alienante. Não esclarecia suficientemente se a modalidade de intervenção era, de fato, a assistência e, nesse caso, simples ou litisconsorcial.

Conquanto poucas vozes da doutrina propugnassem que a assistência, no caso, seria simples – nesse sentido, Pontes de Miranda²⁶⁵ – o entendimento prevalecente era no sentido de que a assistência prevista no artigo 42, §2º, se dava na modalidade litisconsorcial, pois inegável a relação jurídica material estabelecida entre o adquirente (assistente) e o alienante (assistido). Além disso, incontestável que o adquirente também tem relação jurídica com a contraparte, que vem a ser justamente o direito litigioso alienado:

[...] pode o cessionário ou adquirente (C) passar a integrar o processo na condição de assistente litisconsorcial, já que este tem legitimidade *ad causam* (ligação direta com o objeto sobre qual se discute), carecendo, todavia, de legitimidade processual. Como assistente litisconsorcial que é, em função de disposição legal expressa (artigo 42, §2º) será atingido pela sentença proferida no processo que pendia entre A e B²⁶⁶.

Conforme antecipado, com o artigo 109 a questão ficou definitivamente resolvida. O adquirente é assistente litisconsorcial do alienante, pois, ao final, é

²⁶⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. t.I. artigos 1º a 45. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.451-452. No mesmo sentido: ALVIM, Thereza Arruda. **O direito processual de estar em juízo**. São Paulo: RT, 1996, p.247.

²⁶⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flavio Renato Correia. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. v.1. (Coord.) Luiz Rodrigues Wambier. 10.ed. São Paulo: RT, 2008, p.272-273. No mesmo sentido: BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. t.I. v.2. São Paulo: Saraiva, 2014, p.487; 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. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins**. São Paulo: RT, 2004, p.1.083.

ele pessoa juridicamente (até mais) interessada na discussão do direito material posto em juízo. Trata-se de uma assistência “invertida” ou “às avessas”, pois o assistido não é mais o titular da *res litigiosa*. Não à toa, o assistente detém os mesmos poderes ao da parte, além de outros exclusivos, como, por exemplo, a prática de atos de disposição²⁶⁷ do direito:

Aqui é mais do que óbvio não poder a parte principal (substituto processual) dispor de direitos sem o consenso de seu assistente, que é o verdadeiro e único titular da situação de direito substancial; e é também para lá de óbvio que o assistente, apesar de tal, pode validamente dispor (renunciando, transigindo, reconhecendo, desistindo), desde que concorde a parte contrária nos casos em que o consenso é exigido (CPC, artigo 267, §4º)²⁶⁸.

Conforme se sucede nos casos de assistência, o adquirente do direito litigioso recebe o processo no estado em que se encontra²⁶⁹, não podendo praticar atos já superados e nem ultrapassar os limites da preclusão. Como se sabe, são atingidos pela preclusão todos aqueles que, apesar não serem originariamente integrantes da relação jurídica processual, têm *efetiva participação* no processo, mesmo que isso corra *a posteriori*.

Ademais, sendo, neste caso, o assistente litisconsorcial o verdadeiro titular do direito, é evidente que devem ser a ele concedidas as oportunidades processuais de se defender, apresentando todas as exceções materiais cabíveis, respeitando, contudo, os momentos processuais adequados e as preclusões. O assistente poderá, por exemplo, caso assim permita o estágio processual, apresentar reconvenção ou requerer que determinada questão prejudicial seja alcançada pela coisa julgada, na forma do artigo 503, §1º, do Código de Processo Civil.

A figura do assistente litisconsorcial, nas hipóteses de alienação do direito litigioso, é fundamental, pois é uma forma de garantir a plena participação do adquirente caso não seja admitida a sucessão processual. Se, por um lado, o Código de Processo Civil estende a eficácia da sentença e os

²⁶⁷ “Trata-se de verdadeira inversão, porquanto, tirante os casos de alienação do direito litigioso, a doutrina é praticamente pacífica no sentido de que o assistente não pode praticar atos de disposição material, porque o direito material em discussão não pertence a ele. Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco: “como o litígio não é seu, nem seu o direito que ele vem defender, o assistente não tem poderes de disposição sobre o processo ou sobre a relação jurídica substancial controvertida, nem está autorizado a contrariar as estratégias de defesa do assistido”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v.II. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.401).

²⁶⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**. 8.ed. Malheiros: São Paulo, 2009, p.62.

²⁶⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Da assistência. **Revista de Processo**, São Paulo, v.79, 1995, p.201-206.

limites subjetivos da coisa julgada ao adquirente, por outro também deve garantir-lhe ampla possibilidade de participação²⁷⁰ para influenciar no convencimento do julgador. A participação do adquirente no processo, por meio da assistência, não foi condicionada a qualquer autorização das partes originais.

É evidente que, ocorrendo a alienação do direito em litígio e sendo formulado pedido de ingresso do adquirente como assistente, o magistrado deverá obrigatoriamente seguir os trâmites do artigo 120 do Código de Processo Civil, permitindo que as partes do processo possam, eventualmente, apresentar impugnação, se houver motivo para tanto (com a impugnação, o magistrado decidirá o incidente “sem suspensão do processo”). Caberá ao juiz analisar o interesse jurídico do adquirente-assistente, de modo a confirmar se ele é, de fato, o adquirente do direito litigioso.

Ainda que haja impugnação das partes, mas sendo o requerente o verdadeiro adquirente do direito *sub judice*, o juiz não tem outra opção a não ser deferir a intervenção do interessado nessa qualidade. A norma do artigo 109, §2º, não deixa dúvidas ao autorizar a participação do terceiro em tal condição se for ele, de fato, o novo dono do direito material.

Há, ainda, uma possibilidade pouco comum de assistência quando ocorrer alienação do direito litigioso: o requerimento de assistência formulado pelo alienante do direito quando houver sucessão processual.

Pode parecer inusitado – e é – mas essa possibilidade é plausível, pois o resultado do processo poderá produzir efeitos reflexos na esfera jurídica do alienante, mesmo estando ele fora do processo (por exemplo, o alienante pode ter direito a um *upside* do preço de venda²⁷¹ se o valor perseguido em juízo superar um montante pré-determinado ou o direito alienado pode não ser confirmado em juízo, de maneira que o cedente responderia perante o adquirente²⁷²), poderá ele ter o legítimo interesse em continuar participando do feito de alguma forma, contribuindo com a defesa do caso. Nesta situação,

²⁷⁰ “A assistência qualificada, de fato, é o instituto adequado para que as pessoas que poderiam ter sido litisconsortes facultativos unitários ingressem ulteriormente no processo”. (BEGO, Thiago Pucci. O enigmático instituto da assistência litisconsorcial: intrigantes questões. **Revista de Processo**, São Paulo, v.195, 2011, p.71-110).

²⁷¹ Valendo lembrar, contudo, “o puro interesse econômico, pois, não habilita o ingresso do que pretenda ser assistente”. (ALVIM, José Manoel de Arruda. **Manual de direito processual civil**. 13.ed. São Paulo: RT, 2010, p.630). A parte, portanto, deve demonstrar também interesse jurídico.

²⁷² Se o contrato não previsse de forma diversa.

embora perfeitamente admissível a assistência, ela se dará na modalidade simples²⁷³, uma vez que a relação de direito material do alienante é mantida apenas com o adquirente, não mais com a contraparte.

Sobre o tema, destaca-se a lição de Henrique Fagundes Filho:

Por generosa concessão, poder-se-ia admitir o inverso: que o alienante ou o cedente (veja-se, porém, que o §3º em apreço fala exatamente o oposto, ou seja, o adquirente ou o cessionário é que assistem aqueles) ingressasse no feito para assistir, na qualidade de assistente simples, o adquirente ou o cessionário. Isso, sim, seria possível, pois, tendo o alienante ou o cessionário, por hipótese, de assegurar, em proveito do alienante, sob pena de responder pela indenização das respectivas perdas e danos, não pertencer ao adversário a coisa ou o direito litigioso, poderia ele, em tal caso, intervir, mas na qualidade de assistente simples do adquirente ou do cessionário, conforme o caso, desde que, um ou outro, haja ingressado no feito, na qualidade de sucessor inter vivos. A sentença, que reconhecer pertencer a coisa ou o direito litigioso ao adversário do alienante ou do cedente, servirá de fato constitutivo do direito (de parte adquirente ou do cessionário) à indenização por perdas e danos contra aquele transmitente.²⁷⁴

São esses, portanto, os contornos que envolvem o tema da assistência.

7.3 Substituição processual

Diversamente do que ocorre com a sucessão e a assistência, o fenômeno da substituição processual não demanda qualquer tipo de requerimento da parte adquirente para ocorrer. Basta a alienação da *res litigiosa* para a legitimidade do alienante passar, automaticamente, de ordinária para extraordinária. Como a transferência do bem *sub iudice* não depende de autorização judicial para ser implementada, a simples eficácia do instrumento de cessão faz com que, independentemente de qualquer comunicação nos autos, o alienante passe a defender direito alheio em nome próprio.

A substituição processual ocorre justamente quando a parte, no processo, é pessoa distinta do titular do direito material. O instituto reflete essa

²⁷³ “Portanto, na assistência simples, o interesse jurídico que habilita o ingresso do assistente no processo é aferido tendo em vista a influência que a sentença terá em relação a ele. Não importa que exista ou não relação jurídica entre o assistente e o adversário do assistido, como se exige na assistência litisconsorcial. O interesse jurídico, na assistência simples, decorre de uma influência virtual de fato da sentença sobre o conteúdo da relação jurídica a ele pertencente.” (AURELLI, Arlete Inês. Assistência simples – mandado de segurança – não cabimento por ausência de interesse jurídico. **Revista de Processo**, São Paulo, v.46, 1987, p.235-242).

²⁷⁴ FAGUNDES FILHO, Henrique. **A sucessão processual**. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2007, p.159.

não coincidência (legitimação extraordinária²⁷⁵), em franca oposição à chamada legitimação ordinária, quando a figura das partes e dos polos da relação jurídica material é idêntica.

No que diz respeito à alienação do direito litigioso, a principal e mais notável consequência oriunda da substituição processual é a extensão dos efeitos subjetivos da coisa julgada ao substituto, na esteira do artigo 109, §3º, do Código de Processo Civil: “estendem-se os efeitos da sentença proferida entre as partes originárias ao adquirente ou cessionário”. Conforme enuncia o regramento legal transcrito, mesmo sem ter participado do processo, o adquirente do direito litigioso será beneficiado ou prejudicado pela sentença proferida, ainda que ele não tenha participado do processo.

A partir da formação da coisa julgada, portanto, não poderá o adquirente (re)discutir em processo autônomo o mesmo direito debatido no processo anterior²⁷⁶. No limite, observadas as estritas hipóteses legais, poderá o adquirente impugnar a sentença pela via rescisória²⁷⁷.

Essa extensão dos limites subjetivos da coisa julgada ao substituto tem muitas razões de ser. A primeira delas é a de compatibilizar a possibilidade de livre disposição dos bens e direitos (mesmo que controvertidos) com a proteção da contraparte que, em regra, não participa do negócio. Afinal, a permissibilidade à circulação de coisas e direitos litigiosos não pode, jamais, sujeitar a contraparte a manobras que busquem dificultar a defesa ou esvaziar a possibilidade de persecução do mesmo direito em caso de execução do julgado. Noutras palavras, de nada adiantaria permitir a cessão do direito se não fosse possível, depois, executar a sentença, realizando na prática o direito material. A norma não atingiria, assim, sua finalidade.

Por isso, não só a coisa julgada, mas também os efeitos (materiais) da sentença atingem diretamente o adquirente, ainda que não participe do processo:

²⁷⁵ “Há legitimação extraordinária (legitimação anômala ou substituição processual) quando não houver correspondência total entre a situação legitimante e as situações jurídicas submetidas à apreciação do magistrado. Legitimado extraordinário é aquele que defende em nome próprio interesse de outro sujeito de direito.” (DIDIER JUNIOR, Fredie. Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo código de processo civil: a legitimação extraordinária de origem negocial. **Revista de Processo**, São Paulo, v.232, 2014, p.69-76).

²⁷⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. t.I. 3.ed. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.452-453.

²⁷⁷ BRASIL. Código de Processo Civil. Artigo 967, I.

A hipótese de sucessão no direito litigioso (na *res de qua agitur*), no curso da litispendência pois, poderá ocorrer por causa de morte ou por ato entre vivos. Na primeira hipótese a transmissão do direito (da *res*) importará a "substituição" do falecido pelo espólio ou pelos sucessores (artigo 43). Na segunda, a transferência poderá decorrer de ato negocial, bem como de imposição do Poder Público (expropriação ou algo semelhante). Incidirá, então; a regra do artigo 42, que assegura a intervenção do sucessor no processo a fim de nele tomar, daí por diante, o lugar que antes cabia ao sucedido (no todo ou em parte, conforme a extensão do ato ou negócio). Inserido no processo (ao menos tem a oportunidade de nele ingressar), o sucessor passa a ser parte também na relação processual e ficará naturalmente sujeito à eficácia da sentença e à autoridade da coisa julgada²⁷⁸.

Quanto ao alienante-substituto processual, ficará ele submetido apenas à eficácia processual da coisa julgada (como, por exemplo, o pagamento de custas processuais), na medida em que não mais possui o direito material em jogo. O §3º do artigo 109, repetindo o que pronunciava o antigo artigo 42, §3º, não diz que o alienante e o adquirente estarão submetidos à eficácia material da sentença ("estendem-se os efeitos da sentença proferida..."). Embora o artigo 506 do Código de Processo Civil indique que "a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada", é mais correto entender que a noção de parte, aqui, deva ser a parte no seu sentido material. O substituto é parte para todos os demais efeitos da sentença, menos para os seus reflexos materiais, que atingirão apenas o substituído.

7.4 Considerações finais

Apesar de o artigo 109 do Código de Processo Civil estabelecer a *perpetuatio legitimationis*, quando menciona que "a alienação da coisa ou do direito litigioso por ato entre vivos, a título particular, não altera a legitimidade das partes", é admissível a ocorrência da sucessão processual.

É certo que, nos casos tratados pelo artigo em questão, só ocorrerá a sucessão processual se (i) o adquirente manifestar vontade a esse respeito e (ii) a contraparte consentir com o requerimento. Não concorrendo essas duas manifestações²⁷⁹, não haverá sucessão.

²⁷⁸ MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Observações sobre os limites subjetivos da coisa julgada. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.625, 1987, p.7-26.

²⁷⁹ Embora haja quem defenda uma "tripla" autorização.

Isso ocorre porque a simples exclusão do alienante da relação jurídico processual poderá acarretar consequências maiores no processo. Trata-se, antes de tudo, de questão estratégica que deve ser bastante sopesada pelos litigantes. A exclusão da parte originária representa, ao mesmo tempo, na impossibilidade de execução da sentença contra ele (naquilo que lhe for pertinente), e na desvinculação dessa mesma pessoa quanto ao pagamento das verbas sucumbenciais arbitradas pelo *decisum*. Eventuais exceções pessoais que digam respeito à pessoa do alienante também não poderão mais ser suscitadas.

Muitas vezes, por conta exatamente dessas questões, as partes envolvidas em litígios cujo direito foi alienado não pleiteiam (e, quando requerido, as contrapartes não concordam) a sucessão processual. Ainda que não se tenha conhecimento de um estudo empírico a esse respeito, a prática forense evidencia que a regra costuma ser a participação do adquirente (quando muito) como assistente, mantendo-se as partes originais no feito.

Não há, em regra, muita preocupação com a participação do adquirente no processo, justamente porque a norma do artigo 109, §3º garante a extensão dos limites subjetivos da coisa julgada “ao adquirente ou cessionário”. Como a presença de um novo sujeito do processo implica no atraso da marcha processual – além de outros inconvenientes de ordem prática²⁸⁰ – esse evento acaba, muitas vezes, sendo negligenciado. Ocorre que, a despeito da norma legal expressa e de todas as garantias conferidas à contraparte, não é saudável prescindir da participação, em juízo, do titular do direito sobre o qual se contende.

Afinal, o exercício do poder jurisdicional tem sua legitimidade assegurada justamente em virtude da oportunidade de participação dos sujeitos que podem ser alcançados pelas suas decisões.

Embora sabido que, nos casos de alienação do direito litigioso, a substituição processual consista em mecanismo indispensável para garantir o desenvolvimento válido do processo, será sempre útil a participação (ou ao menos a intimação para participar) daquele que é o verdadeiro titular do direito material, até mesmo para melhor legitimar²⁸¹ a sentença e evitar que, mais à

²⁸⁰ O dobro de recursos, mais petições protocoladas, novos advogados constituídos no feito, etc.

²⁸¹ Assegurando a oportunidade de se envolver no processo de convencimento do magistrado.

frente, surja qualquer discussão sobre a extensão dos efeitos subjetivos da coisa julgada²⁸² (naqueles casos de terceiros adquirentes de boa-fé, por exemplo) ou a respeito de eventual condução deficiente do processo (neste caso, entre sucessor e sucedido)²⁸³.

O certo seria que, em todos os casos de alienação do direito litigioso, fosse imposto ao alienante o dever de comunicar ao juízo sobre a ocorrência da transmissão. Dessa forma, a contraparte poderia requerer – ou mesmo o magistrado, *ex officio*, determinar – a cientificação do adquirente, para o fim de lhe assegurar o contraditório.

Só assim seria possível admitir que foi dada a oportunidade do contraditório, legitimando a extensão da coisa julgada.

A estrutura concebida pelo Código de Processo Civil passa a nítida impressão de que o modelo de substituição processual teve como objetivo beneficiar mais a contraparte do que o próprio substituído. Quanto a isso, talvez ninguém dissinta. Mas será que a proteção da parte adversária, no que diz respeito à preservação do processo e à garantia de “não esvaziamento” do feito (v.g. a solvência para eventual pagamento das verbas sucumbenciais²⁸⁴) é mais importante do que a participação do terceiro adquirente na formação do convencimento do magistrado que irá decidir sobre o seu direito substantivo? O devido processo legal tem *status* constitucional²⁸⁵; é certo que “ninguém será privado [...] de seus bens” sem ele. Não estaria, assim, o artigo 109, §3º, do Código de Processo Civil eivado de inconstitucionalidade?

Dessa forma, sempre que houvesse transmissão de direito litigioso, o correto seria que a parte que tivesse conhecimento do fato – pelo menos o

²⁸² “Sujeitar o titular da relação jurídica à coisa julgada oriunda de processo ao qual não lhe foi dado comparecer e, nele, defender seu interesse importa em barrar-lhe o acesso ao Poder Judiciário, o que nem a lei nem ninguém poderá fazer. Porém, se ficar assegurada a intervenção do substituído – (a quem é inegável a posição de assistente do substituto) – no processo, a tempo de defender adequadamente seu interesse, mudam-se os dados do problema”. (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Sentença e coisa julgada**: exegese do Código de Processo Civil (artigos 444 a 475). n.208. v.II. Rio de Janeiro: ALDE, 1992, p.302).

²⁸³ “A eventual pretensão do sucessor por perdas e danos, em virtude de má condução do processo pelo antecessor, resolver-se-á exclusivamente de acordo com o direito material, em outra demanda”. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Alienação da coisa litigiosa**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.199).

²⁸⁴ “O Código outorga a este (adversário do alienante) o poder de exigir que as partes continuem as mesmas, para resguardá-lo de possível fraude consistente em transferir o bem a um insolvente que depois não possa arcar com os encargos do processo”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v.II. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.281).

²⁸⁵ BRASIL. Código de Processo Civil. Artigo 5º, LIV.

alienante²⁸⁶ – em respeito aos deveres de cooperação²⁸⁷ e boa-fé²⁸⁸, comunicasse a sua ocorrência em juízo e requeresse a intimação do adquirente para decidir sobre sua participação no feito.

Embora se respeite a decisão do legislador, outras saídas menos radicais poderiam ter sido criadas – v.g. estabelecer uma solidariedade legal entre adquirente e alienante no que diz respeito ao pagamento dos ônus sucumbenciais, a obrigatoriedade de comunicação em juízo quando há a transmissão do direito litigioso – mitigando, com isso, os prejuízos advindos do julgamento da causa sem que o terceiro adquirente da *res litigiosa* participe. Preferiu a lei, contudo, admitir que esse adquirente sempre esteve ciente da relação litigiosa, mas, mesmo assim, optou, *sponte propria*, por não participar do feito, aceitando ser atingido – à revelia – pelos efeitos da sentença judicial a ser proferida.

²⁸⁶ Até mesmo o juízo, de ofício, caso o fato fosse notório.

²⁸⁷ BRASIL. Código de Processo Civil. Artigo 6º.

²⁸⁸ BRASIL. Código de Processo Civil. Artigo 5º.

8 EFEITOS PROCESSUAIS

8.1 Introdução

O exame dos efeitos processuais decorrentes da transferência do direito litigioso é outro tópico que merece estudo.

É certo que, em regra, a maioria dos reflexos processuais apenas será sentida quando (i) a parte alienante decida comunicar a transferência do direito litigioso ou (ii) o adquirente postule o seu ingresso no feito, seja na qualidade de sucessor, seja como assistente litisconsorcial. Não ocorrendo nem uma nem outra, a marcha processual tenderá a seguir o seu curso normal, livre de influências externas.

Ocorrendo, por outro lado, as situações indicadas nos itens 'i' e 'ii', não há dúvida em afirmar que o processo civil será afetado. No mínimo porque sofrerá (algum, mesmo que breve) solução de continuidade. A comunicação da alienação do direito, pelo alienante, demandará obrigatoriamente manifestação da contraparte. O requerimento de ingresso do adquirente também obrigará as partes (notadamente a contraparte) a se manifestarem sobre a questão, inobstante a modalidade pretendida.

Uma vez acolhida a assistência ou deferida a sucessão, outros reflexos acabam se irradiando para dentro do processo. Alguns, reconheça-se, dependerão sempre do caso concreto (como é o caso de eventual deslocamento da competência); outros são sentidos em absolutamente todos os casos em que o terceiro adquirente participar – pouco importando a sua qualidade. A seguir, serão apresentados os reflexos processuais mais comuns advindos da alienação do direito litigioso.

8.2 Deslocamento da competência

Em regra, em virtude da *perpetuatio iurisdictionis*, a aquisição do direito litigioso e o ingresso do adquirente como sucessor ou assistente da parte não têm o condão de alterar a competência do juízo, mesmo em se tratando de demanda fundada em contrato com cláusula de eleição de foro (Código de Processo Civil, artigo 63, §2º): “o foro contratual obriga os herdeiros e sucessores das partes”.

Também é irrelevante, para deslocamento da competência, que o sucessor seja domiciliado em lugar diferente do alienante. O processo deve permanecer em curso no juízo original, na medida em que a competência relativa é, como se sabe, prorrogável (artigo 65²⁸⁹).

A alteração de competência pode ocorrer quando houver previsão legal de competência absoluta de outro foro para processar e julgar causas em que o adquirente seja parte ou interessado. Essa é a hipótese, por exemplo, em que o novo titular do direito seja a União, os Estados, alguma empresa pública (Federal, Estadual ou Municipal) ou mesmo quando o particular adquire direitos litigiosos desses entes²⁹⁰. Nestas situações, há o excepcional deslocamento da competência, independentemente do estágio em que tramita o processo.

Uma dúvida, entretanto, é a seguinte: nos casos em que haveria o deslocamento da competência (conforme visto acima), o magistrado apenas estaria autorizado a declinar da sua competência se o adquirente postular a sua participação no feito ou, ao revés, bastaria a notícia da transferência?

Para responder, é importante analisar, primeiramente, o interesse jurídico em discussão: seria do substituído ou do substituto? A doutrina majoritária, citando aqui Araújo Cintra e Arruda Alvim, entende que o substituto age no seu próprio interesse e não no interesse do substituído, de modo que, no que tange à determinação da competência, dever-se-ia analisar a questão sob a perspectiva do substituto, pois ele é a parte formal no processo²⁹¹.

O desembargador Eduardo Gusmão Alves de Brito, ao tratar do tema em dissertação de mestrado, informa estar “convicto de que a extensão dos efeitos da sentença e da coisa julgada, prevista no §3º do artigo 42, exige o julgamento da causa pelo juízo privativo ou pela justiça competente para os feitos em que é parte o sucessor”. São as seguintes suas considerações:

O primeiro e mais simples seria simplesmente reconhecer que o objetivo de toda norma, constitucional ou não, versando competência em razão da pessoa, é o de atribuir a certo órgão do Poder Judiciário a decisão acerca dos conflitos titularizados por esta mesma pessoa, donde ser impossível vinculá-la a uma coisa julgada formada em

²⁸⁹ “Artigo 65. Prorrogar-se-á a competência relativa se o réu não alegar a incompetência em preliminar de contestação.”

²⁹⁰ Como, por exemplo, crédito de instituições financeiras pertencentes ao Estado.

²⁹¹ “Não é difícil perceber, *prima facie*, que a determinação da competência territorial será fixada tendo em vista a condição ou situação jurídica do substituto e não do substituído”. (MOURA, Mario Aguiar. Substituição processual. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 14.ed. São Paulo: RT, 2014, p.240).

processo conduzido pela justiça comum ou pela vara residual. A Constituição, e de resto os demais textos, não cogitou da rara substituição processual em que substituída pessoa de direito público. Paralelamente a esta solução encontramos outra, de bastante acolhida, mas que sempre me pareceu forçada, qual seja a de considerar parte também o sucessor²⁹².

Não há como concordar com o entendimento acima. Ao mencionar que seria “impossível” vincular determinada pessoa “a uma coisa julgada formada em processo conduzido” por outro “órgão do Poder Judiciário”, esquece-se o autor da possibilidade de a sucessão do direito litigioso ocorrer após o trânsito em julgado. Nesta hipótese, o ente que dispõe da prerrogativa de foro ficaria vinculado à coisa julgada proferida por outro órgão julgador. O “impossível”, aqui, é relativo.

A se aceitar o pensamento em apreço, todo o estudo envolvendo a figura do substituto processual (e da competência para processar e julgar feitos em que o fenômeno ocorre) seria inútil, pois, para entes públicos essa regra, sem qualquer razão legal aparente²⁹³, não seria válida.

A análise sobre o deslocamento da competência, quando não há formalmente o ingresso daqueles que dispõem de prerrogativa de foro, deve partir da figura do substituto processual, pois, no fim, é nesta qualidade que atua o alienante.

8.3 Reconvenção

A temática que envolve a reconvenção tem, igualmente, algumas vertentes interessantes.

A primeira delas, conquanto pareça relativamente simples, não é trivial: se adquirido o direito litigioso do autor durante o decurso do prazo de contestação, poderia o réu (contraparte) apresentar reconvenção com base na relação jurídica mantida com a parte alienante, agora substituta processual?

A regra do artigo 343, §5º, do Código de Processo Civil de 2015, parece ter sanado essa dúvida, bastante presente no regramento anterior. Referido

²⁹² BRITO NETO, Eduardo Gusmão Alves. **Sucessão no direito controverso**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2008, p.121.

²⁹³ Observe-se que a competência da Justiça Federal, por exemplo, está prevista na Constituição Federal. O artigo 109, I, é claro ao dispor: “as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes”. Se fosse a União a adquirente do direito, impossível o deslocamento da competência pela simples notícia da transferência, pois o ente público não seria autor, réu, assistente ou oponente.

artigo é claro ao vedar a reconvenção de pretensão própria contra a pessoa do substituto, devendo o reconvinte “afirmar ser titular de direito em face do substituído, e a reconvenção deverá ser proposta em face do autor, também na qualidade de substituto processual”.

A solução processual é correta e está de acordo com a doutrina, afinal, como se sabe, “a representação processual é a relação jurídica pela qual o representante age em nome e por conta do representado. Seus atos aproveitam apenas ao representado, beneficiando-o ou prejudicando-o”²⁹⁴. No mesmo sentido, os ensinamentos de Barbosa Moreira:

Na ação originária pode haver substituição processual ativa ou passiva. Ora, o substituto é parte (autor ou réu), conquanto deduza relação jurídica de que não é titular. Não seria admissível, todavia, reconvenção em que se quisesse postular direito do substituto-réu contra o autor ou direito do réu contra o substituto-autor, porque tal reconvenção jamais seria idônea, mesmo em tese, para ‘modificar ou excluir pedido’²⁹⁵.

Em artigo específico sobre o tema, Rita Ganesini adiciona o seguinte – e interessante – ingrediente à questão: “havendo substituição passiva, o substituto (réu) poderá reconvir por (suposto) direito do substituído contra o autor, desde que a legitimação extraordinária de que se acha investido se estenda a esse limite”²⁹⁶.

Em outras palavras, como a legitimação extraordinária decorre de lei, é possível que o substituto processual não seja capaz de representar o substituído em todas as situações, de modo que não se poderia aceitar a substituição processual válida para toda e qualquer reconvenção. A análise à luz do caso concreto será sempre fundamental. Portanto, por exemplo, em determinada ação na qual se persegue a devolução de um bem móvel – bem esse alienado a terceiro – pode ser que o substituto não detenha legitimidade para representar o mesmo adquirente (substituído) em demanda reconvenicional, proposta pelo réu, na qual se postula o pagamento de crédito conexo a essa alienação.

²⁹⁴ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 14.ed. São Paulo: RT, 2014, p.247.

²⁹⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Reconvenção. In: **Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro**, v. XLV, Rio de Janeiro: Borsoi, 1965, p.93-94.

²⁹⁶ GIANESINI, Rita. Alguns aspectos da reconvenção. **Revista de Processo**, v.8, p.79-97, jul.-dez. 1977.

Conquanto tenha solucionado tema palpitante vigente à época do Código de 1973, a regra do artigo 343, §5º, não conseguiu resolver uma questão particularíssima, que diz respeito apenas aos casos de alienação de direito litigioso: quando a alienação não é noticiada nos autos, poderia o réu apresentar reconvenção contra a pessoa do autor (que, agora, é apenas substituto)? Considerando que, a partir da alienação, o alienante se torna automaticamente substituto processual – na medida em que a convação da legitimidade de ordinária para extraordinária se observa quando da cessão ocorrida na esfera do direito material²⁹⁷ – como se soluciona a legitimidade passiva?

Para que a alienação não noticiada não se torne mecanismo tendente a frustrar o direito da contraparte, é necessário mitigar o alcance da norma comentada, interpretando-a à luz do artigo 109 do Código de Processo Civil, segundo o qual “a alienação da coisa ou do direito litigioso [...] não altera a legitimidade das partes” e dos demais artigos de lei que prestigiam a boa-fé, a cooperação e a lealdade das partes no processo. Sendo assim, apenas neste caso particular, seria admissível a propositura de reconvenção contra a pessoa do substituto processual, eis que a ausência de notícia, por desídia (ou má-fé) da parte alienante, não pode prejudicar a contraparte. Ninguém pode alegar em seu benefício a própria torpeza (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*).

Ademais, como as regras da sucessão de partes previstas no artigo 109 do Código de Processo Civil buscam, principalmente, evitar prejuízos à posição processual da contraparte, geralmente alheia ao negócio translativo, a admissão à propositura da reconvenção, nestes casos, seria mais uma medida protetiva.

8.4 Ação rescisória

Transitada em julgada a sentença e adquirido – antes ou depois – o direito objeto do litígio, é certo afirmar que, em caso de ação rescisória, terá

²⁹⁷ “Na medida em que ocorra a transferência do objeto mediato do processo, e sem que ocorra a sucessão no processo, dá-se o fenômeno da substituição processual, passando o alienante a postular em juízo sobre direitos alheios”. (FORNACIARI JUNIOR, Clito. Sucessão processual. **Revista de Processo**, São Paulo, v.24, 1981).

legitimidade para propor a ação “quem foi parte no processo ou seu sucessor a título universal ou singular”²⁹⁸.

A redação deixa evidente que, mesmo não ocorrida a sucessão no âmbito do processo encerrado, o adquirente do direito poderia ajuizar ação rescisória (“ou seu sucessor”)²⁹⁹. Entretanto, quando o Código de Processo Civil cita, em momento anterior, a legitimidade da “parte no processo”, estaria o legislador tencionando fazer referência à parte formal ou material?

Em outras palavras, o substituto processual, alienante do direito litigioso, poderia ajuizar, em nome do substituído, também a ação rescisória? A substituição processual continuaria viva após o fim do processo no qual ocorreu a substituição?

Tal hipótese soa bastante inusitada, pois, com o fim do processo, não haveria mais interesse a ser defendido por um legitimado extraordinário. A doutrina sobre o tema também é escassa. Pedro Henrique Torres Bianchi, em tese de doutorado sobre a substituição processual, informa que, se o substituto ainda figurava como parte no processo encerrado, “nessa situação, a substituição processual é estendida e contínua, porque o substituto era a parte na demanda originária e, portanto, tem legitimidade *ad causam* ativa ou passiva para a ação rescisória”³⁰⁰.

O entendimento parece acertado, sobretudo porque o substituto foi parte na ação e a sentença lá proferida, por expressa disposição legal, o atinge.

No que se refere à legitimidade passiva, é certo afirmar, primeiramente, que o Código atual, assim como o antigo³⁰¹, não dispõe de norma expressa a respeito. Contudo, como o princípio geral é o de que deve integrar o contraditório da ação rescisória, todos³⁰² aqueles que eram partes no processo

²⁹⁸ BRASIL. Código de Processo Civil. Artigo 967.

²⁹⁹ “Sendo atingido pela coisa julgada, o substituído pode exercer ação rescisória da decisão proferida no processo do substituto”. (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**. v.3. (Orgs). Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2011, p.455-476).

³⁰⁰ BIANCHI, Pedro Henrique Torres. **Substituição processual e coisa julgada no processo civil** individual. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, 2014, p.57.

³⁰¹ “O Código não contém disposição expressa a respeito da legitimação passiva para a ação rescisória”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil V**. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.173-174).

³⁰² “Entre nós, Ovídio Baptista da Silva afirmou ser a incompleta formação do litisconsórcio necessário e unitário uma questão de *legitimatío ad causam*, ‘sob a consideração de que, sendo única a relação litigiosa, a presença de todos os seus integrantes é condição prévia para que se possa sobre ela controverter, sob a consideração de que a lide é igualmente una e única’”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação rescisória visando à desconstituição de decisão condenatória ao pagamento de verba honorária.

anterior – na medida em que a ação em que se objetiva desconstituir uma relação jurídica (ou decisão judicial) demanda a participação de todos os envolvidos – a resposta inclina-se para a legitimidade passiva do substituto, admitindo-se, ainda, a participação que o substituído seja litisconsorte ou assistente deste:

O princípio geral, parece-nos, é o de que devem integrar o contraditório todos que eram *partes* no feito anteriores, ao ser proferida a sentença (*lato sensu*) rescindenda (a respeito dos casos em que ela resulta da interposição do recurso por um só, ou por alguns, dos litisconsortes unitários, *vide, infra*, o comentário n. 214 ao artigo 509). Não necessariamente, observe-se, todos aqueles para quem ela produziu efeitos no plano material: se, no outro processo, havia substituição processual, ocupando algum legitimado extraordinário a posição de autor ou de réu, e *subsiste a legitimação extraordinária*, é da participação *desse substituto* que se tem de cogitar na rescisória – sem que fique *a priori* excluída a possibilidade de intervir, como assistente, o titular da relação jurídica substantiva deduzida no feito precedente (isto é, a pessoa que nele fora *substituída*)³⁰³.

Vale a menção, aqui, sobre o posicionamento de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

tenha a sucessão, no plano do direito material, ocorrido após o encerramento do processo anterior ou na pendência dele, legitima-se a ação rescisória da sentença proferida entre as partes originárias, ainda que não se tenha inserido no processo ou substituído o antecessor³⁰⁴.

O autor não esclarece se estava tratando apenas de legitimação ativa ou, ao revés, se a legitimação passiva também era objeto da análise. De todo o modo, como a ação rescisória constitui meio de impugnação de decisões judiciais, a definição dos legitimados passivos deve se dar como nas demandas em geral. Para definir a legitimidade, é preciso atentar para aquele que terá ou poderá ter seus direitos afetados pelo julgamento a ser proferido:

Em sede doutrinária entende-se que todos os partícipes da relação processual oriunda da ação matriz devem ser citados, como litisconsortes necessários, já que o acórdão que será nela proferido, atingirá a esfera jurídica de todos. Se o objeto da ação rescisória só disser respeito a algum ou alguns dos participantes do processo

Necessidade de citação do advogado que atuou no processo anterior. Mandado de segurança. Admissibilidade. **Revista de Processo**. v.148/2007, p.241-268).

³⁰³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.173-174.

³⁰⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Alienação da coisa litigiosa**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.10.

originário, somente esses devem ser citados como litisconsortes necessários e não todos³⁰⁵.

Sendo certo que o substituto processual, em caso de alienação de direito litigioso, é atingido pelos efeitos da sentença proferida, deverá ele integrar o polo passivo, assim como o sucessor, que também sofrerá os efeitos do *decisum* proferido.

8.5 Transação, reconhecimento do pedido e renúncia

O problema em torno da transação, do reconhecimento do pedido e da renúncia do direito *sub judice* só vem a existir quando o alienante não é sucedido, no processo, pelo adquirente. Caso contrário, excluído o alienante do feito, o titular do direito material passará a ser parte também no processo, de modo que não haverá dúvidas quanto à prática destes atos.

Não assumindo o adquirente a posição de parte formal, seja porque não esboçou interesse de ingressar no feito, seja porque não estava ciente do litígio, o tema se altera. Isso porque o alienante, nesta situação, permanecerá como parte formal no processo e, deste modo, titular da atividade processual. Neste caso, o adquirente sempre correrá o risco de ser prejudicado – ao menos – por atitudes desidiosas ou atuações deficientes do seu substituto processual. Por exemplo – sem prejuízo de eventual demanda indenizatória por perdas e danos – “poderá o alienante, inclusive, desistir da ação se for o autor, ou com ela concordar se demandado, porque não ficará afetado o direito litigioso, posto importar a desistência apenas extinção do processo”³⁰⁶.

Algo mais grave pode ocorrer. Sem a comunicação, no processo, de que a alienação do direito litigioso ocorreu, poderia o alienante, de má-fé, celebrar transação, renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação ou reconhecer o direito da outra parte. Em tese, os atos de disposição não poderiam ser praticados pelo alienante, afinal, ele não é mais o detentor do direito. Porém, como a contraparte (sempre imaginando-a agindo de boa-fé), não estava ciente dessa anterior transferência, *quid iuris?*

³⁰⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. v.3. 7.ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p.372.

³⁰⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Alienação da coisa litigiosa**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.199.

O tema é controvertido. Para Carlos Alberto Alvaro de Oliveira,

qualquer ato de disposição do direito litigioso, *lato sensu* considerado, realizado pelo alienante ou cedente, terá plena eficácia, no plano processual³⁰⁷, de modo que qualquer pretensão do sucessor frente ao alienante há de ser resolvida, conseqüentemente, em conformidade com o direito material em outro processo³⁰⁸.

O trecho acima, porém, não explica muita coisa. O que seria, afinal, a “eficácia no plano processual”? O ato de disposição poderia ser causa de encerramento do processo, mas não irradiaria efeitos no âmbito do direito material? O que deveria ser resolvido “em conformidade com o direito material em outro processo”? O autor está tratando apenas das perdas e danos pela extinção prematura do feito?

Não é possível saber ao certo, embora o autor invoque – no mesmo sentido do seu pensamento – as conclusões de Satta, para quem o adquirente, ao decidir não intervir no processo, assume “os prejuízos de sua própria conduta”.

A situação leva a crer que, ao não comunicar a transmissão do direito, o adquirente permaneceria apto a praticar todo e qualquer ato de disposição. Essa conclusão parece mais evidente quando se lê a ressalva do autor:

Hipótese intermediária verifica-se quando o juiz toma conhecimento da alienação ou cessão, sem a inserção do sucessor no processo ou a substituição da parte originária. Aí o transmitente não pode renunciar, transigir ou reconhecer, já que o sucessor, em virtude da aquisição, passa a ser o exclusivo detentor dos poderes materiais sobre a coisa ou o direito litigioso. Assim, o juiz, ciente do ato de transferência, não pode evidentemente aceitar a disposição praticada pelo alienante ou cedente, a não ser com a concordância do sucessor³⁰⁹.

Não há como se concordar com suas conclusões. Não é porque a transferência ocorrida no direito material não foi comunicada no processo que o alienante estaria livre para dispor de direito (já) transmitido. Afinal, desde o momento em que se aliena o direito litigioso, o adquirente passa, automaticamente, a ser o legítimo sucessor da parte (o substituído processual),

³⁰⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Alienação da coisa litigiosa**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.202.

³⁰⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Alienação da coisa litigiosa**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.202.

³⁰⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Alienação da coisa litigiosa**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.203.

estando sujeito aos efeitos da futura sentença de mérito, independentemente de qualquer comunicação a esse respeito dentro do processo. Por isso, neste caso, os atos de disposição do direito material realizados pelo alienante sem autorização estão evitados de um “pecado original”, na medida em que ele não mais detinha poderes para praticar atos de disposição.

Sobre o tema, Francisco Ramos Mendéz, embora reconhecendo as dificuldades inerentes ao assunto, afirma que o direito de transigir, reconhecer o direito ou renunciar a ele cabem exclusivamente ao sucessor, embora fazendo algumas ressalvas:

Em cambio, no puede sentarse la misma aseveración cuando, a pesar de la enajación por acto entre vivos de los derechos sobre la cosa litigiosa, el transmitente continua la dirección del proceso como parte. Em esta hipótesis, como repetidas veces hemos señalado, se produce um descoblamiento entre la titularidade del derecho y su ejercicio procesal, que comporta numerosos problemas téricos y prácticos.

[...]

Sin embargo, em el terreno de la práctica, y especialmente em las hipótesis em que la sucesión no es aprobada por motivos estrictamente procesales, hay que acudir a otras soluciones intermediarias que ayudan a resolver la mayoría de los problemas concretos. Respecto de la renuncia, el allanamiento y la transacción el adquirente de la cosa litigiosa puede prestar su conformidad o cooperación da la conclusión de negocio dispositivo; también puede exigir responsabilidade al transmitente por el mal uso de facultades dispositivas que no le corresponden; sin olvidar sus posibles relaciones extraprocesales com la contraparte.

Em resumen, em matéria de negócios dispositivos las facultades correspondem al sucesor, siempre que las haga valer através de la sucesión em el proceso. Em otro caso, las soluciones a tales problemas oscilan desde la absoluta irrelevância procesal de la transmisión y por lo tanto la plenitude de facultades em el presunto transmitente, aunque sólo a efectos procesales, hasta las soluciones intermedias que em cada caso hemos señalado y que pueden servir para resolver la mayor parte de los supuestos que se presentan em la práctica.³¹⁰

³¹⁰ MENDÉZ, Francisco Ramos. **La sucesión procesal**. Barcelona: Editorial Hispano Europea, 1974, p.265-266. Tradução livre: Por outro lado, não pode ser feita a mesma afirmação quando, apesar da alienação por ato entre vivos dos direitos sobre a coisa litigiosa, o transmitente continua a direção do processo como parte. Nesta hipótese, como repetidas vezes assinalamos, ocorre um desdobramento entre a titularidade do direito e seu exercício processual, que comporta numerosos problemas teóricos e prácticos. [...] Não obstante, no terreno da prática e em especial nas hipóteses em que a sucessão não é aprovada por motivos estrictamente processuais, deve-se recorrer a outras soluções intermediárias que ajudam a resolver a maioria dos problemas concretos. Com relação à renúncia, à aquiescência e à transação, o adquirente da coisa litigiosa pode dar sua conformidadade ou cooperação da conclusão de negócio de disposição; também pode exigir responsabilidade ao transmitente pelo mau uso de facultades de disposição que não lhe cabem, sem esquecer suas possíveis relações extraprocesuais com a contraparte. Em suma, em matéria de negócios de disposição, as facultades cabem ao sucessor, sempre que as fizer valer através da sucessão no processo. Em outro caso, as soluções para tais problemas vão desde a irrelevância processual da transmissão e, portanto, a plenitude de facultades no alegado transmitente, ainda que apenas para fins processuais, até as soluções intermediárias que em cada caso indicamos e que podem servir para resolver a maior parte das hipóteses que se apresentarem na prática.

No mesmo sentido se posiciona Paola Widmann, ao afirmar que a transferência do direito litigioso afeta imediatamente a capacidade do alienante celebrar outros negócios dispositivos:

Non v'è dubbio, invero, che le parti originarie del giudizio conservino in tal caso immutati, nonostante la successione intervenuta in corso di causa, i propri poteri processuali; piuttosto, il sopraggiunto trasferimento della titolarità del diritto litigioso si ripercuote, immediatamente, sulla facoltà di disporre, in via – per così dire - “extraprocessuale”, del diritto fatto valere: in particolare, per effetto dell’alienazione spetta all’acquirente - e, non più, all’alienante - il potere di porre in essere quegli atti di disposizione del rapporto giuridico controverso la cui portata si esaurisca sul piano del diritto sostanziale (è il caso, ad esempio, della rimessione del debito)³¹¹.

Inobstante esses posicionamentos, é claro que, dentro do processo, o ato de disposição produzirá os efeitos pertinentes. Celebrada a transação, por exemplo, o processo fatalmente será julgado extinto, embora a problemática do direito material não tenha sido solucionada. O fato de o alienante ter transmitido o mesmo ativo por duas vezes deflagrará nova disputa em torno do bem da vida, desta vez envolvendo o próprio alienante e os outros dois adquirentes, conforme atesta Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto:

O conflito nascido da dupla disposição, de um lado aquela feita ao terceiro e de outro a oriunda da transação ou renúncia favorável ao adversário, deve ser dirimido sem o auxílio do Código de Processo e com o emprego dos mesmos métodos usados quando o problema se põe fora do ambiente processual³¹².

Estando todos os adquirentes agindo de boa-fé, a tendência é a desconstituição do segundo ato de disposição, inválido, pois praticado *a non domino*. Apenas quando impossível o retorno ao *status quo* o primitivo adquirente fará jus a uma indenização pelos prejuízos causados pelo alienante.

³¹¹ WIDMANN, Paola. **La successione a titolo particolare nel diritto controverso**. Trento: Università degli studi di Trento, 2015, p.65. Tradução livre: “Não há dúvida, de fato, que as partes originárias do processo mantenham, neste caso, inalterados, não obstante a sucessão ocorrida no curso da ação, seus poderes processuais; por outro lado, a subsequente transferência da titularidade do direito litigioso incide, imediatamente, na faculdade de dispor por via, assim chamada “extraprocessual”, do direito que fez valer: em particular, em razão da alienação que cabe ao adquirente – e não mais ao alienante – o poder de implementar aqueles atos de disposição da relação jurídica controversa, cujo alcance se exaure no plano do direito substantivo (é o caso, por exemplo, da remissão da dívida)”.

³¹² BRITO NETO, Eduardo Gusmão Alves. **Sucessão no direito controverso**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2008, p.127.

8.6 Fraude à execução

Instituto de direito processual, a fraude à execução consiste na alienação ou oneração de determinado bem ou de bens pelo devedor, a fim de causar prejuízo ao credor³¹³. A declaração de fraude à execução tem por consequência a ineficácia daquela alienação, mantendo-se o bem em apreço sujeito a atos executivos. O artigo 774 do Código de Processo Civil considera a fraude ato atentatório à dignidade da justiça.

O artigo 792 do Código de Processo Civil entende que a alienação – ou oneração – de um bem representa fraude à execução quando (i) sobre ele pender ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória, desde que a pendência do processo tenha sido averbada no respectivo registro público, se houver (inciso I); (ii) tiver sido averbada, no seu registro, a pendência do processo de execução, na forma do artigo 828 (inciso II); (iii) tiver sido averbado, no seu registro, hipoteca judiciária ou outro ato de constrição judicial originário do processo onde foi arguida a fraude (inciso III); (iv) ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência (inciso IV), além dos demais casos expressos em lei³¹⁴ (inciso IV).

O primeiro inciso do referido artigo (item 'i') trata, notadamente, de alienação de bem litigioso. Especificamente nesse ponto, o legislador considera fraudulento o ato, praticado pela parte, que torna inviável uma prestação de entregar coisa certa (quando sobre o bem pende ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória), desde que a pendência do processo tenha sido averbada no respectivo registro público, se houver.

Não à toa, a norma do artigo 790, que complementa a regra do artigo 792, informa que “são sujeitos à execução os bens do sucessor a título singular, tratando-se de execução fundada em direito real ou obrigação reipersecutória” (inciso I):

Ligado ao artigo 790, I, o dispositivo sob comento [artigo 792, I] passou a abranger as demandas que visam à entrega de coisa, seja qual for o seu fundamento: direito real ou pessoal. É o exemplo da alienação da coisa litigiosa objeto de uma demanda reivindicatória. Em tal caso, o autor postula o reconhecimento do direito à

³¹³ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito processual civil**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.1.008-1.009.

³¹⁴ Como, por exemplo, o artigo 185 do Código Tributário Nacional.

propriedade do bem e a sua efetiva transferência. Se não fosse considerada fraude à execução, a alienação do bem implicaria a ineficácia do provimento final, se o pedido for julgado procedente. Afinal, transmitido o domínio da coisa a um terceiro, ela não integraria mais a esfera patrimonial do executado, salvando-se da atividade satisfativa. Ao reconhecer o caráter fraudulento do negócio, o juiz retirará o efeito translativo da propriedade em relação ao terceiro, voltando a coisa a estar sujeita à execução³¹⁵.

A partir da leitura dos artigos de lei que regem a alienação do direito litigioso (artigo 109) e a fraude à execução (artigos 790 e 792), uma aparente antinomia salta aos olhos: se a lei (artigo 109) permite a livre transmissão de bens litigiosos, como é que o mesmo regramento pode considerar fraudulenta essa circulação, inclusive a reputando como “ato atentatório à dignidade da justiça”? (artigo 774).

Ciente dessa contradição, Everaldo Cambler, em artigo específico sobre fraude à execução – ainda sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973 – defende uma suposta complementaridade dessas regras:

No inciso I, do artigo 593, considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração do bem quando sobre ele pender ação fundada em direito real. A primeira observação que nos parece relevante fazer diz respeito à situação processual daquele que aliena o bem litigioso. Nos termos do artigo 42 do Código de Processo, a alienação da coisa litigiosa não altera a legitimidade das partes, ocorrendo o fenômeno processual da legitimação extraordinária, figurando o alienante como substituto processual do adquirente, em verdadeira defesa em nome próprio de direito alheio. A fórmula processual, por si só, bastaria para resguardar interesses do credor, desde que combinada com um perfeito sistema registral, nos moldes existentes em outros ordenamentos jurídicos, mormente diante do que dispõe o parágrafo 3º, do artigo 42, que estende os efeitos da sentença proferida entre as partes originárias do processo por sobre o adquirente ou cessionário da coisa ou do direito litigioso. Contudo, tal não ocorre em consequência das dimensões continentais de nosso país e das condições sociais de nosso povo, ficando comprometida a desejável confiabilidade do nosso sistema de registros públicos. Desta forma, torna-se necessária a manutenção de um mecanismo que venha auxiliar o credor, garantindo a satisfação de seu direito, e o Estado, garantindo efetividade à atividade jurisdicional³¹⁶.

José Manuel de Arruda Alvim Netto também justifica a existência do artigo que autoriza a alienação do direito litigioso – e a submissão do

³¹⁵ CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. (Coords.) Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.1.140.

³¹⁶ CAMBLER, Everaldo. Fraude de execução. **Revista de Processo**, v.58, abr.-jun., 1990, p.157-161, abr.-jun.,1990.

adquirente à sentença e aos efeitos subjetivos da coisa julgada – como um fator adicional de proteção ao credor lesado, a despeito da redação dos artigos 592, 593 e 626 do Código (atuais artigos 790, 792 e 808³¹⁷):

Em face dos artigos 42, *caput*, 42, §3º e 626, citados, a sentença pode ser executada contra o terceiro, mesmo que este esteja de boa-fé, e, mesmo que a demanda não tenha sido inscrita, eis que, à não inscrição não se liga a consequência que significaria a ilegitimidade do terceiro adquirente de bem litigioso, na execução de sentença, ou que diga com a inadmissibilidade da execução em tal hipótese.

A implicação ou serventia da não inscrição de que *pode decorrer* a boa-fé do adquirente de bem litigioso, a *non domino*, portanto, é a de que este poderá alegar a sua boa-fé; nada mais. Não se poderá pretender, todavia, sua ilegitimidade para a execução.

Disto se segue: 1º) não é ônus do credor, nos autos da execução, o de alegar e comprovar a má-fé do adquirente, eis que, mesmo de boa-fé, o terceiro-adquirente sofre a eficácia da sentença (artigo 42, §3º), concretizável pela expedição de mandado contra ele (artigo 626); 2º) quem pode ulteriormente alegar e provar sua boa-fé – nunca para o fim de ilegitimidade de parte passiva – é o terceiro³¹⁸.

Por seu turno, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, percebendo essa sobreposição de regras, apresenta uma explicação mais consistente, separando os institutos para declarar que “a fraude de execução refere-se à pretensão de executar”³¹⁹, enquanto na alienação da coisa ou do direito litigioso, “transfere-se a posição decorrente do título executivo, ou direito ou a coisa litigiosa, suscetíveis todos de serem alcançados pela sentença”³²⁰:

O que o alienante transfere, em se tratando de fraude de execução, não é mais atingível por sentença, ou não o será quando do julgamento dos embargos de devedor; ele transfere, sim, bem ou direito suscetível de ser alcançado por algum ato de execução forçada e por isso mesmo fraudada a execução!³²¹

Essa, portanto, a diferença fundamental entre os dois institutos. Enquanto um regula os atos de transmissão praticados antes da formação do

³¹⁷ “Artigo 808. Alienada a coisa quando já litigiosa, será expedido mandado contra o terceiro adquirente, que somente será ouvido após depositá-la”.

³¹⁸ ALVIM NETTO, José Manoel Arruda. 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. **Revista de Processo**, v.31, jul.-set., 1983.

³¹⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Alienação da coisa litigiosa**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.145.

³²⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Alienação da coisa litigiosa**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.145.

³²¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Alienação da coisa litigiosa**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.145.

título executivo³²², o que é perfeitamente admissível, respeitados os reflexos processuais pertinentes (como a *perpetuatio legitimationis* e a extensão dos efeitos da sentença e dos limites subjetivos da coisa julgada sobre o adquirente) o outro objetiva tutelar a execução voltada para a entrega de certo bem, mitigando os riscos que possam ser causados à atividade satisfativa e estabelecendo que os bens do sucessor estão sujeitos à execução, tratando-se de execução fundada em direito real ou obrigação reipersecutória. Somente assim seria possível “conciliar a aparente contradição”³²³ entre as normas apontadas.

³²² Não à toa, a sucessão das partes, no processo executivo, está prevista em outro artigo legal (artigos 778 e 779).

³²³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Alienação da coisa litigiosa**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.147.

9 SENTENÇA E COISA JULGADA

9.1 Limites subjetivos da coisa julgada

Por meio da sucessão, por ato entre vivos, ocorrida no curso do processo, é certo afirmar que o conjunto de direitos e deveres do alienante é transferido ao adquirente, que passa, então, a ser o novo titular do direito *sub iudice*. Por força da regra do artigo 109, §3º, o adquirente, em qualquer hipótese (tenha ele participado do processo ou não), ficará sujeito à eficácia da sentença e aos limites subjetivos da coisa julgada.

Esse é o tema que será tratado neste capítulo.

Embora a regra do artigo 506 do Código de Processo Civil, que cuida dos limites subjetivos da coisa julgada, seja bastante clara ao tratar do instituto (“a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros”)³²⁴, não é possível afirmar que tal cominação possa ser aplicada a 100% dos casos³²⁵. Nas situações em que há substituição processual ou sucessão a título universal ou singular, é possível afirmar que a sentença e os limites subjetivos da coisa julgada atingirão, sim, terceiros:

Da regra romanística de limitação da coisa julgada às partes, particularmente quando ela fosse formulada em termos rígidos e absolutos como no artigo 472 do Código de Processo Civil brasileiro, poderia emanar a impressão de que jamais alguém que não fora parte no processo receberia o vínculo inerente à *auctoritas rei iudicate*. Mas a realidade mostra que as coisas se passam de modo diferente e a razão está com Couture, na observação de que essa proposição revela somente um princípio e compete ao direito positivo disciplinar a expansão da coisa julgada até a órbita jurídica de alguns terceiros (sucessores, devedores solidários)³²⁶.

Em regra, a restrição à extensão dos limites subjetivos da coisa julgada a terceiros (para prejudicá-los) busca preservar o sagrado direito de defesa dessas partes. O artigo de lei, conforme anotado pela doutrina, “inspirou-se nas garantias constitucionais da inafastabilidade da jurisdição, do devido processo

³²⁴ Vale destacar, por oportuno, que o Código de Processo Civil de 2015 inovou ao apenas proibir que a coisa julgada possa prejudicar terceiros.

³²⁵ Conforme leciona Paula Costa e Silva, esta regra “conhece, no entanto, inúmeras exceções”. (SILVA, Paula Costa e. **Um desafio à teoria geral do processo**. Repensando a transmissão da coisa ou direito em litígio. Ainda um contributo para o estudo da substituição processual. Coimbra: Almedina, 2009, p.287). No mesmo sentido: ARMELIN, Donald. **Legitimidade para agir no direito processual brasileiro**. São Paulo: RT, 1979, p.128.

³²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Intervenção de terceiros**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.20.

legal, do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, XXXV, LIV e LV, CF)³²⁷. Afinal, se elas não puderam ser ouvidas no processo judicial e, desta forma, jamais tiveram a oportunidade de deduzir argumentos contrários à pretensão formulada, como poderiam ficar vinculadas ao desenlace negativo de uma ação judicial?

Há certos casos, contudo, em que essa restrição, em prol do bom funcionamento do sistema, deve ser mitigada. Segundo Eduardo Talamini, alguns critérios merecem ser observados para se admitir essa excepcional extensão:

(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 legitimidade a outrem para atuar em juízo e vincular o substituído [...]; (ii) se o sujeito tinha (ou, conforme parâmetros de razoável diligência, deveria ter) ciência do processo em que ocorria a substituição, também é legítimo que a coisa julgada o atinja, (iii) especialmente nessa segunda hipótese, a extensão da coisa julgada ao substituído fica ainda condicionada à possibilidade de ele, querendo, participar do processo como assistente.³²⁸

Quando há a substituição processual (ulterior) do adquirente do direito litigioso, por exemplo, é possível dizer que os interesses do adquirente acabam sendo resguardados, pois o alienante (que permanece no processo) poderá continuar defendendo em nome próprio o direito alheio. Terá ele, à disposição, todas as faculdades processuais necessárias para influir na formação da convicção do julgador. Além disso, a lei também assegura ao adquirente a possibilidade de intervir no processo – seja como sucessor³²⁹ processual do alienante, seja como assistente litisconsorcial – hipótese em que deterá os poderes equivalentes aos da parte originária. Afinal, ele é o legitimado ordinário inserido na relação jurídica processual. O adquirente que atua como assistente litisconsorcial possui até mais poderes que o assistido (o alienante), pois somente o adquirente pode confessar e praticar atos de disposição, por exemplo.

³²⁷ CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. (Coords.) Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.778.

³²⁸ TALAMINI, Eduardo. Partes, terceiros e coisa julgada (os limites subjetivos da coisa julgada). In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins**. São Paulo: RT, 2004, p.222-225.

³²⁹ “É evidente que, neste caso, fica reforçada a força e eficácia da sentença em relação ao adquirente”. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Alienação da coisa litigiosa**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.243).

A regra especialíssima do §3º do artigo 109 reflete justamente o que acima de expôs. O adquirente, embora terceiro, é alcançado pela coisa julgada produzida no processo, seja para lhe beneficiar, seja para lhe prejudicar, justamente porque ele tem a oportunidade de participar do processo, ao mesmo tempo em que outrem também detém a capacidade de amplamente lhe defender em juízo.

Ademais – e esse ponto é de suma importância – a extensão dos efeitos da sentença e dos limites subjetivos da coisa julgada ao adquirente se justifica para proteger a contraparte, pois o alienante – em conluio ou não com o adquirente – não pode se valer do princípio da livre circulação de bens e direitos para lesar o direito alheio e a efetividade processual:

Quando nos interrogamos acerca da vinculação do transmissário ao caso julgado formado numa acção, em que ele não interveio, aquela vinculação parece-nos uma necessidade.

Na verdade, se a função principal do artigo 271º consiste na proteção da parte estranha à transmissão, esta proteção só poderá obter-se se os efeitos da sentença se repercutirem sobre o titular da relação material deduzida em juízo³³⁰.

Por isso, é válido entender que a norma do artigo 109, §3º, do Código de Processo Civil complementa a regra geral do artigo 506. O sucessor decorrente da alienação do direito litigioso por ato entre vivos, a título particular, deve ser incluído no rol das pessoas vinculadas aos efeitos subjetivos da coisa julgada formada no processo.

Por fim, é válido mencionar que os efeitos da coisa julgada também vinculam o alienante. Conquanto, a partir da alienação (total do direito, evidentemente), passe ele a figurar como mera parte formal – litigando, em nome próprio, direito alheio – os efeitos processuais da sentença continuarão a atingi-lo, nos limites de sua qualidade como parte formal. Ou seja, a obrigação de pagamento dos ônus sucumbenciais – honorários e reembolso de custas – serão também de obrigação do alienante, que não poderá se furtar dessa obrigação (a não ser que, antes da sentença, tenha ocorrido a sucessão de partes).

³³⁰ SILVA, Paula Costa e. **Um desafio à teoria geral do processo**. Repensando a transmissão da coisa ou direito em litígio. Ainda um contributo para o estudo da substituição processual. Coimbra: Almedina, 2009, p.310.

É incorreto dizer, portanto, que o alienante estaria vinculado aos demais efeitos (materiais) da sentença e da coisa julgada. Esses efeitos pressupõem a condição de parte material daquele litigante, o que não mais ocorre a partir do momento em que o direito é (totalmente) alienado a terceiro.

9.2 Terceiros de boa-fé

Em regra, a parte que adquire determinado direito litigioso conhece e assume os riscos inerentes ao negócio realizado. Não à toa, o preço do negócio celebrado nestas condições reflete justamente essa situação especial do ativo.

Ao adquirir um bem jurídico *sub judice*, o adquirente também assume os riscos inerentes a essa particular condição jurídica do bem³³¹. Presume-se – até porque ninguém pode alegar o desconhecimento da lei – a ciência do adquirente quanto à possibilidade de participar do processo e os ônus decorrentes de uma decisão judicial futura contrária aos seus interesses.

O caso a ser tratado no capítulo em referência tem a ver justamente com a situação em que o adquirente, ao celebrar o negócio translativo, ignora a existência da litigiosidade que recaía sobre o bem – e, conseqüentemente, os consectários legais dessa peculiar circunstância. Trata-se, com efeito, de tema que desperta acaloradas discussões doutrinárias e, no âmbito jurisprudencial, até uma certa comiseração dos julgadores, sensíveis à situação do adquirente que não tinha ciência da existência do litígio.

O tema tem profunda relação com os efeitos subjetivos da coisa julgada. Afinal, nessa situação específica, a sentença e os efeitos subjetivos da *res judicata* proferidas poderiam afetar esse terceiro de boa-fé?

O tema, como antecipado, é palpitante. A doutrina apresenta visões antagônicas a esse respeito. Relevante parcela adota o entendimento de que a regra do artigo 109, §3º, não é absoluta. A circunstância de o adquirente não ter ciência (ou não ter condições de ter ciência) sobre o litígio pode ser considerado fator impeditivo à extensão dos efeitos da sentença e da coisa julgada.

³³¹ Embora se saiba que o negócio translativo possa pactuar formas de proteção ao adquirente.

A esse respeito, algumas das vozes mais importantes são as de Eduardo Talamini³³², José Rogério Cruz e Tucci³³³ e Egas Dirceu Muniz de Aragão³³⁴:

Nem sempre, contudo, os fatos transcorrem em termos de normalidade como na descrição acima. Casos há em que a sucessão no chamado "direito litigioso" acontece sem que o interessado (o sucessor) tenha tido prévia notícia da existência do litígio, ou porque lhe haja sido ocultado ou porque não tenha, ou não lhe foi possível ter, diligenciado no sentido de bem informar-se. Nessa hipótese, o sucessor pode nem saber que o é; desconhecedor da existência do processo em curso, ficará, em relação a ele, em posição similar à de terceiro.

Teoricamente, tal hipótese pode ser afastada, pois há mecanismos publicitários capazes de expor o processo ao conhecimento de todos, como sucede, em geral, com as normas alusivas a distribuição e ao registro, que se aplicam sem exceção a todos os processos (artigo 251), bem como (para os casos a que são destinadas) as que figuram na Lei de Registros Públicos a propósito do registro, tanto da citação inicial, nas chamadas "ações reais" e também nas "pessoais reipersecutórias relativas a imóveis" (artigo 167, I, n. 21), quanto de variados atos nela igualmente disciplinados (artigo 167, I, n. 2, 3, 5, 7, 9, 23-28 e 34). Na prática, porém, pode dar-se de este registro não ter sido feito, apesar de a lei declará-lo obrigatório (artigo 169); ou de não haver sido consultada a distribuição (ou, ainda, não ser exigível que o fosse, como sucederia, p. ex., com processos em curso em foro diverso do da residência ou do domicílio do réu). O problema, então, terá de ser solucionado por outros meios. Deve ser desde logo considerado, porém, que qualquer pessoa prudente não deixaria de informar-se perante o Distribuidor e o Registro Público; se deixou de

³³² TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: RT, 2005, p.111.

³³³ "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 artigo 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. Esclareça-se, ainda, que se impõe, como pressuposto da extensão da coisa julgada ao sucessor, o conhecimento da litispendência. Na doutrina brasileira, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira procurou 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 conseqüência, obstado a participar do processo. Nesse caso, não se afigura admissível sujeitá-lo à autoridade da coisa julgada. Assim, dada esta inofismável realidade, entendo que deve ser acrescentada uma ressalva no projetado artigo 97, §3º, passando então a ter a seguinte redação: "A sentença proferida entre as partes originárias estende os seus efeitos ao adquirente ou ao cessionário, desde que razoavelmente possível o conhecimento, por estes, da pendência do processo". (TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia constitucional do contraditório no projeto do CPC (análise e proposta). **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, v.7, n.38, Porto Alegre, set.-out., 2010, p.23).

³³⁴ Cite-se ainda, dentre as novas vozes do direito processual, o entendimento de Fredie Didier Junior: "Não se deve ignorar, porém, que a boa-fé do terceiro adquirente deva ser protegida, embora o §3º do artigo 42 não mencione o assunto. Mas, ao menos em relação à aquisição do imóvel litigioso, é preciso proteger a boa-fé do terceiro, se a pendência da 'ação real imobiliária' não tiver sido averbada na matrícula do imóvel, como determina o artigo 167, I, n. 21, da Lei n.6.015/1973. Neste caso, não parece ser possível a extensão da coisa julgada ao terceiro, que, diante de um registro imobiliário em que não há notícia da pendência de ação real, não pode ser surpreendido, sob pena de ignorarmos a necessária proteção da confiança no comércio jurídico. O direito material, a quem cabe reger a hipótese, parece exigir, para a incidência do §3º do artigo 42 do CPC, o conhecimento pelo terceiro adquirente da litispendência". (DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. v.1. 11.ed. Salvador, Jus Podium, 2009, p.402).

fazê-lo, terá de arcar com as conseqüências. O mesmo deve prevalecer com vistas ao litigante (autor) que não procedeu ao registro da citação inicial, ou (em relação a ambos) de qualquer outro ato arrolado na disposição da Lei de Registros Públicos. Se ainda assim não for possível resolvê-lo, o problema terá de ser equacionado com base nas regras gerais que, de um lado, protegem a aparência e a boa-fé e, de outro, punem a fraude e a má-fé. Trilhando esse caminho, decerto será possível encontrar solução para quaisquer dificuldades. Reconhecidas a boa-fé do sucessor e a inoponibilidade, a ele, da existência do processo, será tratado como terceiro e amparado pelo disposto na norma ora em exame; caso contrário, sofrerá, por sua própria incúria, os efeitos da autoridade da coisa julgada³³⁵.

Historicamente, aqueles que defendem esse ponto de vista buscam como fonte de inspiração a disciplina de ordenamentos estrangeiros, notadamente o alemão³³⁶, no qual o conhecimento da demanda, por parte do adquirente, é condição necessária à vinculação dos efeitos da sentença. Conforme anota Paula Costa e Silva, em detalhada análise do ordenamento germânico, “as regras [do direito alemão] relativas à aquisição de direitos por terceiros de boa-fé têm aplicabilidade em sede de delimitação subjectiva dos efeitos da sentença das partes na acção”³³⁷. Linhas adiante, prossegue:

Porque o n.2 do §325, ZPO, não pode conter a regulamentação substantiva da aquisição originária fundada em boa-fé, aquele preceito apenas poderá significar que o sucessor de uma das partes não será atingido pelos efeitos da sentença se estiver de boa-fé relativamente ao processo, ou seja, se desconhecer o carácter litigioso do direito que adquire.

Em segundo lugar, nega a doutrina alemã a vinculação do transmissário ao caso julgado sempre que ele não tenha podido intervir na acção – hipótese que se verifica se o transmissário desconhece o carácter litigioso do direito – com fundamento no artigo 103º GG. De acordo com este preceito constitucional, a todos deve ser atribuído o direito de dedução de defesa na acção (Rechtliches Gehör)³³⁸.

³³⁵ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Observações sobre os limites subjetivos da coisa julgada. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.625, 1987, p.7-26.

³³⁶ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira menciona Helio Tornaghi que, de *lege lata*, chegou a “propugnar pela introdução, em nosso direito, de dispositivo semelhante ao §325, 2, da CPO, com vistas à proteção ‘daquele que adquiriu a coisa ou aceitou a cessão do direito ignorando, sem culpa sua, a existência do processo em curso’”. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Alienação da coisa litigiosa**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.246).

³³⁷ SILVA, Paula Costa e. **Um desafio à teoria geral do processo**. Repensando a transmissão da coisa ou direito em litígio. Ainda um contributo para o estudo da substituição processual. Coimbra: Almedina, 2009, p.320.

³³⁸ SILVA, Paula Costa e. **Um desafio à teoria geral do processo**. Repensando a transmissão da coisa ou direito em litígio. Ainda um contributo para o estudo da substituição processual. Coimbra: Almedina, 2009, p.320.

Sucedee, contudo, que, ao contrário do ordenamento alemão, a lei brasileira não estabelece qualquer tipo de condicionante³³⁹ à extensão dos efeitos subjetivos da sentença e da coisa julgada ao sucessor a título individual *inter vivos*. Basta a transmissão válida para a regra do artigo 109, §3º passar a incidir. Caso contrário, a se admitir uma análise casuística sobre toda e qualquer alienação de direito litigioso, estar-se-ia abrindo a possibilidade de surgirem as mais variadas demandas a respeito do tema, criando assim um (indesejado) cenário de instabilidade para os negócios de compra e venda de direitos litigiosos.

É assim que se posiciona, em resumo, a outra parcela da doutrina³⁴⁰, que se opõe à defesa apresentada acima. Paula Costa e Silva, uma dessas vozes dissonantes, invoca uma série de argumentos contrários à análise casuística da boa-fé do terceiro adquirente:

(i) em primeiro lugar, referir-se-á a dificuldade que teria a parte estranha à transmissão em provas que o transmissário conhecia o carácter litigioso do direito, no momento da aquisição³⁴¹; (ii) em segundo lugar, dir-se-á que a sujeição do transmissário ao caso julgado não deve depender de circunstâncias particulares; (iii) o n.3 do artigo 271º³⁴² [...] não toma em consideração a circunstância do transmissário conhecer a pendência da ação³⁴³; e (iv) por último, e no que respeita ao princípio do contraditório, lembrar-se-á que a lei, ao atribuir legitimidade extraordinária ao transmitente, lhe concede a qualidade de legítimo contraditor³⁴⁴.

³³⁹ “Também não se fez remissão no artigo 42, §3º, à boa-fé do adquirente ou à eficácia do registro imobiliário, seja quanto à transmissão da propriedade imóvel, seja quanto à citação promovida na demanda em que se fez litigioso o direito ou a coisa”. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Alienação da coisa litigiosa**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.246).

³⁴⁰ Nesse sentido, Arruda Alvim: “Em face dos artigos 42, *caput*, 42, §3º e 626, citados, a sentença pode ser executada contra o terceiro, mesmo que este esteja de boa-fé, e, mesmo que a demanda não tenha sido inscrita, eis que, à não inscrição não se liga a consequência que significaria a ilegitimidade do terceiro adquirente de bem litigioso, na execução de sentença, ou que diga com a inadmissibilidade da execução em tal hipótese”. (ALVIM NETTO, José Manoel Arruda. 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. **Revista de Processo**, São Paulo, v.31, jul.-set.,1983, p.189-198).

³⁴¹ SILVA, Paula Costa e. **Um desafio à teoria geral do processo**. Repensando a transmissão da coisa ou direito em litígio. Ainda um contributo para o estudo da substituição processual. Coimbra: Almedina, 2009, p.323.

³⁴² Norma semelhante ao artigo 103, §3º, do Código de Processo Civil, com exceção da ressalva legal sobre o registro prévio da alienação anterior: “A sentença produz efeitos em relação ao adquirente, ainda que este não intervenha no processo, excepto no caso de a acção estar sujeita a registro e o adquirente registrar a transmissão antes de feito o registro da acção”.

³⁴³ SILVA, Paula Costa e. **Um desafio à teoria geral do processo**. Repensando a transmissão da coisa ou direito em litígio. Ainda um contributo para o estudo da substituição processual. Coimbra: Almedina, 2009, p.323-324.

³⁴⁴ SILVA, Paula Costa e. **Um desafio à teoria geral do processo**. Repensando a transmissão da coisa ou direito em litígio. Ainda um contributo para o estudo da substituição processual. Coimbra: Almedina, 2009, p.323.

Segundo a autora, a análise da boa-fé do adquirente só seria cabível caso alienante e contraparte tivessem atuado de modo a lesar o adquirente, ocultando de alguma forma a existência da ação. Neste caso – onde ocorre “conluio e simulação processual”³⁴⁵ – defende que “será legítimo atribuir ao transmissário a faculdade de destruir o caso julgado formado na demanda em que não interveio como parte”³⁴⁶.

Para o fim de garantir a necessária segurança jurídica dos atos de transmissão de direitos litigiosos, o entendimento acima registrado parece bastante atraente. Nesse sentido, caso, de fato, o terceiro adquirente se sinta prejudicado no que diz respeito ao negócio realizado, caberia a ele – em qualquer hipótese vinculada aos termos da sentença proferida³⁴⁷ – buscar a justa reparação – alegando erro ou qualquer outro vício de consentimento – contra aquele que lhe transmitiu o direito *sub judice*.

O direito brasileiro, entretanto, parece não admitir essa orientação. Os princípios de direito civil³⁴⁸ e constitucionais³⁴⁹ aplicáveis ao direito processual civil – destacando-se aqueles elencados no artigo 5º (“aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”) e 7º (“É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”) do Código de Processo Civil – direcionam no sentido da mitigação da extensão dos efeitos da sentença e dos limites subjetivos da coisa julgada quando ficar provado que o adquirente não tinha ciência sobre (e nem meios legítimos de conhecer) o caráter litigioso do direito adquirido.

Neste cenário, excepcional³⁵⁰, caberá sempre à parte reclamante fazer prova³⁵¹ nesse sentido, na medida em que a presunção relativa é a de

³⁴⁵ SILVA, Paula Costa e. **Um desafio à teoria geral do processo**. Repensando a transmissão da coisa ou direito em litígio. Ainda um contributo para o estudo da substituição processual. Coimbra: Almedina, 2009, p.325.

³⁴⁶ SILVA, Paula Costa e. **Um desafio à teoria geral do processo**. Repensando a transmissão da coisa ou direito em litígio. Ainda um contributo para o estudo da substituição processual. Coimbra: Almedina, 2009, p.325.

³⁴⁷ Excluídos, evidentemente, os casos de simulação e de conluio indicados.

³⁴⁸ BRASIL. Código Civil (2002). Artigo 422.

³⁴⁹ BRASIL. Constituição Federal (1988). Artigo 5º, LV.

³⁵⁰ Vale lembrar que o silêncio do vendedor a respeito de bem sabidamente litigioso constitui crime de estelionato, na forma do artigo 171, II do Código Penal.

³⁵¹ “A pessoa a quem a presunção desfavorece suporta o ônus de demonstrar o contrário, independentemente de sua posição processual, nada importando o fato de ser autor ou réu”.

conhecimento da litigiosidade do bem. Afinal, as demandas judiciais em regra são públicas e qualquer cidadão tem o direito assegurado de extrair certidões de feitos cíveis perante os Cartórios correspondentes. A boa-fé do alienante no negócio translativo também deve ser presumida – o que também milita contra o adquirente reclamante.

Foi exatamente nesse sentido que o Superior Tribunal de Justiça, em aresto relatado pela Ministra Nancy Andrighi, se posicionou. Conforme destacado no acórdão em referência, “a boa-fé do terceiro adquirente deve ser protegida, mitigando-se a incidência da norma que lhe estende os efeitos da coisa julgada, mas apenas quando for evidenciado que sua conduta tendeu à efetiva apuração da eventual litigiosidade da coisa adquirida”³⁵². Ainda segundo a relatora:

A regra do artigo 42, §3º, do CPC, que estende ao terceiro adquirente os efeitos da coisa julgada, somente deve ser mitigada quando for evidenciado que a conduta daquele tendeu à efetiva apuração da eventual litigiosidade da coisa adquirida. Há uma presunção relativa de ciência do terceiro adquirente acerca da litispendência, cumprindo a ele demonstrar que adotou todos os cuidados que dele se esperava para a concretização do negócio, notadamente a verificação de que, sobre a coisa, não pendiam ônus judiciais ou extrajudiciais capazes de invalidar a alienação³⁵³.

Nesse mesmo sentido, há ainda outros arestos do mesmo Superior Tribunal de Justiça³⁵⁴. Os Tribunais Estaduais³⁵⁵, em uma série de arestos de fundamentação semelhante, firmam posicionamento idêntico.

O desconhecimento do adquirente, embora circunstância excepcional, é algo possível de acontecer. Pode advir, por exemplo, de processos judiciais que tramitam em segredo de justiça, ou de procedimentos arbitrais (que, em regra, também são sigilosos), os quais não são reportados nas buscas perante os Cartórios Distribuidores ou, ainda, de processos em que, embora públicos, a questão prejudicial forme coisa julgada, nos moldes do artigo 503, §1º, do Código de Processo Civil. Neste último caso, considerando que a formação da coisa julgada da questão prejudicial independe de pedido expresso e, ainda,

(MOREIRA, José Carlos Barbosa. As presunções e a prova. **Temas de direito processual**, 1ª série, São Paulo: Saraiva, 1977, p.60).

³⁵² RMS 27.358/RJ, STJ, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe. 25-10-2010.

³⁵³ RMS 27.358/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 25-10-2010.

³⁵⁴ REsp 476.665/SP, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Corte Especial, j.01-12-2004, DJ 20-06-2005, p.112 e RMS 44.560/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, j.01-04-2014, DJe 07-04-2014; REsp 1458741/GO, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j.14-04-2015, DJe 17-04-2015.

³⁵⁵ Apelação 0037606-03.2011.8.26.0576; Rel. Castro Figliolia; Comarca: São José do Rio Preto; Órgão julgador: 12ª Câmara de Direito Privado; j.30-10-2013; Data de registro: 18-11-2013.

considerando que os Cartórios Distribuidores jamais farão a indicação dos temas prejudiciais tratados em demandas ajuizadas, é possível cogitar que o adquirente acabe, de boa-fé, incidindo em erro quando confrontado com a relação de demandas em nome do alienante.

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero complementam a ideia:

[...] impõe-se distinguir as seguintes situações: a) quando a aquisição é feita pelo terceiro, mas o transmitente não foi parte no processo (como ocorre nas sucessivas alienações), ou se deu de forma originária (como na usucapião, ocupação e outras situações similares), o artigo 42, §3º, não incide e assim não se produzirá coisa julgada nem qualquer eficácia contra o novo titular da coisa ou do direito litigioso; b) se a aquisição se deu diretamente da parte processual, mas de tal maneira que o direito material permita ao adquirente defender sua posição a partir de boa-fé, a regra do artigo 42, §3º, somente incidirá se comprovado que o terceiro adquiriu ciente da litigiosidade; c) se, finalmente, no plano do direito material, não há como o adquirente invocar sua boa-fé, o artigo 42, §3º, incide, independentemente da ciência pelo adquirente da litigiosidade recante sobre o bem que lhe foi transmitido durante a litispendência³⁵⁶.

Portanto, a despeito de inexistência de previsão legal expressa (o artigo 109³⁵⁷ é silente), é possível defender que um dos pressupostos da extensão dos efeitos subjetivos da coisa julgada ao adquirente do direito litigioso é o conhecimento da litispendência ou a possibilidade razoável de conhecê-la. A situação do adquirente de boa-fé deve ser protegida pelo ordenamento jurídico, à luz do disposto no direito material (Código Civil, artigo 422) e, principalmente, pelo fato de que a extensão da coisa julgada, estabelecida pelo legislador, só tem razão de ser, pois presume-se garantir ao adquirente o direito de (decidir) participar do processo. Quando, ao revés, por completa e justificável ignorância, o adquirente não tem ciência da litigiosidade do direito, a faculdade de intervenção no processo não lhe foi facultada, então foi violado o devido processo legal.

A garantia constitucional da ampla defesa e do devido processo legal deve ser preservada acima de tudo. Sem que se possa, ao menos, outorgar ao adquirente o direito de decidir se participa – ou não – do feito, não se é

³⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil**. 2.ed. São Paulo: RT, 2010, p.130.

³⁵⁷ Algumas foram as tentativas de incluir disposições nesse sentido no atual Código de Processo Civil. Nesse sentido: TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia constitucional do contraditório no projeto do CPC (análise e proposta). **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, v.7, n.38, Porto Alegre, set.-out., 2010, p.23.

possível, sob qualquer hipótese, estender os efeitos (prejudiciais) da sentença e da coisa julgada ao terceiro adquirente de boa-fé.

10 CONCLUSÃO

Ao fim deste estudo, chega-se a diversas conclusões sobre a alienação do direito litigioso no curso do procedimento comum. Em seguida, destacar-se-ão algumas delas.

Embora o estudo da história do direito encontre esparsas referências ao tema desde o Império Romano – e também no direito medieval – a teoria em apreço, hoje estabelecida, é fruto da evolução do pensamento doutrinário europeu (notadamente o alemão) de meados do século XIX.

O tema ganhou corpo quando, ao invés de simplesmente negar a possibilidade de alienação do direito *sub judice*, a doutrina, ciente da necessidade de permitir a circulação irrestrita de bens e mercadorias, passou a cogitar as repercussões endoprocessuais decorrentes do ato de alienação. Enquanto para certa parcela dos estudiosos a transmissão do direito não teria o condão de provocar quaisquer consequências processuais (essa a base da teoria da irrelevância), para outra, as modificações promovidas pela alienação causariam mutações importantes (teoria da relevância). Ao final, a teoria da relevância mitigada, espécie de meio termo entre as duas bases teóricas mencionadas, ganhou corpo e envergadura entre os estudiosos.

A razoabilidade mostrou que a livre circulação de bens e direitos – uma necessidade do mundo atual – não pode prejudicar o regular andamento processual, notadamente os interesses da contraparte, sujeito que não participou do ato translativo e que, no decorrer do processo, pode jamais ter ciência do ato translativo implementado. Não à toa, os principais ordenamentos jurídicos (Brasil, Alemanha, Itália, etc.) passaram a adotar essa linha de pensamento.

O Brasil vem adotando a teoria da relevância mitigada desde a promulgação do Código de Processo Civil de 1973, muito embora o Código Civil de 1916, sem fazer referência a qualquer teoria, já admitisse transferências de bens litigiosos no curso do processo. O Código de 2015 basicamente repete a redação da antiga lei processual – com alguns ajustes pontuais de redação – (i) permitindo a livre circulação de bens e direito litigiosos, (ii) admitindo a participação do adquirente no processo, seja sucedendo o alienante, seja assistindo-o; e (iii) estendendo os efeitos da

sentença e dos limites subjetivos da coisa julgada ao adquirente, tendo ele ingressado ou não no feito.

Uma vez estabelecido que a alienação do direito *sub judice* acarretaria consequências para o processo, o trabalho em apreço buscou, através de uma digressão sobre diversas teorias, explicar o que seria, de fato, o tal “direito litigioso” transferido. Seria ele o direito material em si? Seria apenas a pretensão da parte? Ou, então, um suposto “direito afirmado no processo”? Como a transmissão de um direito, nestas condições, poderia ser existente, válida e eficaz no plano do direito material se o direito transmitido ainda estaria no plano da discussão, havendo a possibilidade de que, ao final do processo, fosse atribuída sua titularidade ao adversário? As diversas teorias tendentes a explicar o significado de direito litigioso tem origem, basicamente, nesse questionamento fundamental.

Embora a concepção de direito litigioso possa passar a imagem de algo incerto ou duvidoso, seria errado partir dessa premissa para conceber o referido direito como algo novo, uma nova entidade (muitas vezes processual), a merecer definição. Na verdade, com respeito aos pensamentos divergentes, a dissertação conclui que o direito litigioso nada mais é do que o próprio direito material, incerto por natureza, que está sujeito, em maior ou menor grau, a uma declaração judicial. O caráter *sub judice* tem apenas o condão de estabelecer um limite temporal à incerteza que, aliás, é inerente ao direito.

Portanto, eventual sentença que não reconheça a existência de determinado direito litigioso transferido no curso da lide apenas constataria, especificamente quanto ao negócio realizado, uma venda *a non domino*, a qual, segundo a doutrina, é válida e eficaz entre as partes, mas ineficaz em relação ao verdadeiro proprietário.

Considerando que o direito só se torna litigioso quando inserido em meio a um procedimento judicial, o momento em que surge a litigiosidade (ou, tecnicamente dizendo, a litispendência) também chegou a ser objeto de análise. A leitura dos artigos pertinentes da lei processual (artigos 240 e 312) deixa claro que o estado de litispendência se inicia, seja para o autor, seja para o réu, em momentos distintos. Em resumo, o direito passa a ser litigioso para o autor (i) quando protocolada a petição inicial e (ii) para o réu quando recebe a

citação ou comparece espontaneamente no processo. A litigiosidade é encerrada com a extinção do processo.

O estudo da legitimidade processual foi outro tópico tratado nesta dissertação, notadamente a forma da participação do alienante no processo. O terceiro adquirente tem a faculdade exclusiva de decidir participar ou não do processo, seja sucedendo processualmente a parte alienante (se houver consentimento para tanto), seja atuando na qualidade de assistente (litisconsorcial) de quem lhe transmitiu o direito litigioso. A partir da transferência do direito *sub judice*, o alienante transmudaria imediatamente a sua posição no processo para substituto processual, independentemente de comunicação no processo.

O presente trabalho também se debruçou sobre o exame dos outros diversos efeitos processuais decorrentes da transferência do direito litigioso. Temas relacionados ao deslocamento da competência, reconvenção, ação rescisória, transação e fraude à execução foram analisados nas mais variadas vertentes. Diversas questões relacionadas aos temas em apreço foram abordadas, como, por exemplo, a capacidade do alienante de celebrar negócios dispositivos com a contraparte, dentro do processo, sem a aquiescência do novo titular do direito.

O capítulo final, por seu turno, tratou exatamente da regra do artigo 109, §3º, do Código de Processo Civil, segundo a qual o adquirente, em qualquer hipótese (tenha ele participado ou não do processo), ficará sujeito à eficácia da sentença e aos limites subjetivos da coisa julgada. Embora a regra do artigo 506 do mesmo Código seja bastante clara ao dispor que a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros, a norma deve ser temperada em prol da segurança jurídica das transações envolvendo direitos litigiosos.

A extensão dos efeitos da sentença se justifica, pois, quando há a substituição processual, é possível dizer que os interesses do adquirente foram resguardados: o alienante poderá continuar defendendo em nome próprio o direito alheio. A lei também assegura ao adquirente a possibilidade de intervir no processo, hipótese em que deterá os poderes equivalentes aos da parte originária.

A situação em que o adquirente, ao celebrar o negócio com o alienante, ignora a existência do caráter litigioso do bem também foi estudada. O tema tem umbilical relação com os efeitos subjetivos da coisa julgada. A doutrina apresenta visões antagônicas sobre a vinculação do adquirente terceiro de boa-fé à coisa julgada formada no processo do qual não teve a oportunidade de participar. Ainda que uma parte dos doutrinadores entenda a perquirição da boa-fé como despicienda, outros relevantes processualistas adotam a posição de que a regra do artigo 109, §3º, não pode ser lida como absoluta.

À luz do ordenamento jurídico brasileiro, a situação do adquirente de boa-fé deve ser protegida, pois a garantia constitucional da ampla defesa e do devido processo legal deve ser assegurada. Sem que se possa, ao menos, outorgar ao adquirente o direito de decidir se participa ou não do feito, não será possível estender os efeitos (prejudiciais) da sentença e da coisa julgada a esse terceiro reconhecidamente de boa-fé.

Em síntese, a alienação do direito litigioso é uma realidade inquestionável. Atualmente, não há mais espaço para negá-la ou diminuir sua abrangência. Trata-se de instituto consolidado e plenamente adequado às novas tendências do direito, cada vez mais em sintonia com a dinâmica do mundo moderno e capitalista.

Enfim, a permissibilidade de circulação dos bens objeto de litígios constitui pujante instrumento para movimentar a economia e fomentar a livre iniciativa prevista na Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. Universidade, cultura e direito romano. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v.3, 2015.

AURELLI, Arlete Inês. Assistência simples – mandado de segurança – não cabimento por ausência de interesse jurídico. **Revista de Processo**, v.46, São Paulo, 1987.

ALVIM, Arruda. Substituição processual. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**. v.3. (Orgs). Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2011.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v.2. São Paulo: RT, 1975.

_____. **Tratado de direito processual civil**.v.2. 2.ed. São Paulo: RT, 1996.

ALVIM, José Manoel de Arruda. **Manual de direito processual civil**. 13.ed. São Paulo: RT, 2010.

ALVIM, Thereza Arruda. **Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada**. São Paulo: RT, 1977.

_____. **O direito processual de estar em juízo**. São Paulo: RT, 1996.

ALVIM NETTO, José Manoel Arruda. 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. **Revista de Processo**, v.31., São Paulo, jul.-set.,1983.

AMARAL, Francisco. **Direito civil** – introdução. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v.II. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. Observações sobre os limites subjetivos da coisa julgada. **Revista dos Tribunais**, v.625, 1987.

_____. **Sentença e coisa julgada**: exegese do Código de Processo Civil (arts. 444 a 475). n.208. v.II. Rio de Janeiro: AIDE, 1992.

ARAÚJO, Luciano Vianna; BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. v.1. São Paulo: Saraiva, 2017.

ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual brasileiro**. São Paulo: RT, 1979.

ASSIS, Araken de. **Manual de processo de execução**. 5.ed. São Paulo: RT, 1998.

AVONZO, Franca de Marini. **Il limiti alla disponibilità della 'res litigiosa' nel diritto romano**. Univ. Urbino. Fac. Giurispr. v.15, Milão Giuffrè Milano, 1967, VII. Disponível em: <<https://www.degruyter.com>>. Acesso em: 01 nov. 2018.

AYMONE, Priscila Knoll. **A problemática dos procedimentos paralelos: os princípios da litispendência e da coisa julgada em arbitragem internacional**. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo (USP), 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-10092012-160746/pt-br.php>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v.I. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

BEGO, Thiago Pucci. O enigmático instituto da assistência litisconsorcial: intrigantes questões. **Revista de Processo**, v.195, São Paulo, 2011.

BENEDUZI, Renato Resende. **Introdução ao processo civil alemão**. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

_____. **De concurrenibus actionibus e o concurso de demandas**. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-15042013-113135/pt-br.php>> Acesso em: 15 nov. 2018.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v.II. 2.ed. (Coords.) ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. São Paulo: RT, 2018.

BIANCHI, Pedro Henrique Torres. **Substituição processual e coisa julgada no processo civil individual**. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, 2014, p.57.

BIONDI, Biondo. **Istituzioni di diritto romano**. 4.ed. Milano: Giuffrè, 1972.

BLONDEAU, M. **Institutes de l'emperur justinien**. t.II. Paris: Librairie de Jurisprudence de idecoq, 1839.

BRITO NETO, Eduardo Gusmão Alves. **Sucessão no direito controverso**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2008.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Partes e terceiros no processo civil brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Curso sistematizado de direito processual civil**. t.I. v.2. São Paulo: Saraiva, 2014.

BURNHAM, William. **Introduction to the law and legal system of The United States**. United States of America: Thompson West, 2006.

CAIS, Frederico F. S. **Fraude de execução**. São Paulo: Saraiva, 2005.

CALAMANDREI, Piero. **Il concetto di "lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti**. v.1. Napoli: Morano, 1965.

CAMBLER, Everaldo. Fraude de execução. **Revista de Processo**, v.58, abr.-jun., São Paulo, 1990.

CARNELUTI, Francesco. **Sistema de derecho procesal civil**. v.II. Tradução de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, 1944.

_____. **Instituições do processo civil**. v.I. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999.

CARVALHO, Santos. **Código civil brasileiro interpretado**. 6.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**. v.3. (Orgs.). Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2011.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 6.ed. Berkeley: Berkeley Law Books, 2016.

_____. An economic case for comparative negligence, 61 New York, **N.Y.U. Law Review**, 1986.

CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. **Manual de direito romano**. 6.ed. São Paulo: RT, 1988.

CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. (Coords.) Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano**. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil**. São Paulo: RT, 2007.

CUENCA, Humberto. **Processo civil romano**. Buenos Aires: Ejea, 1976.

_____. **Processo civil romano**. n.81. Buenos Aires: Ejea, 1957.

DE LUCCA, Rodrigo Ramina. O mérito do processo e as condições da ação. **Revista de Processo**, v.188, São Paulo, 2010.

DE MARINI, Carlo Maria. **La successione nel diritto controverso**. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1953.

DELGADO, Jaime Guasp. **La pretensión procesal** Madri: Civitas, 1981.

DESCHEEMAER, Erick; SCOTT, Helen. **Iniuria and the common law**. Hart, Oregon, Estados Unidos: Oxford and Portland, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v.II. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Execução civil**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Litisconsórcio**. 8.ed. Malheiros: São Paulo, 2009.

_____. **Intervenção de terceiros**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Curso de direito processual civil**. v.1.17.ed. Salvador: Jus Podium, 2015.

_____. **Instituições de direito processual**. v.II. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. O conceito de mérito em processo civil. **Revista de Processo**, v.34, São Paulo, 1984.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo código de processo civil: a legitimação extraordinária de origem negocial. **Revista de Processo**, v.232, São Paulo, 2014.

_____. **Curso de direito processual civil**. v.1. 11.ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

_____; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. v.3. 7.ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

DOBNER, Ari. Litigation for sale. Pennsylvania, **University of Pennsylvania Law Review**, 1996.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de processo civil do estado da Bahia anotado**. v.I. Bahia: Typhographia Bahiana, 1916.

FAGUNDES FILHO, Henrique. **A sucessão processual**. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2007.

FALCON, Marco. **Il giudice privato nel processo civile romano**. t.3. Padova: Wolters Kluwer, 2015.

FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. 7.ed. Pádua: CEDAM, 1994.

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. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins**. São Paulo: RT, 2004.

FORNACIARI JUNIOR, Clito. Sucessão processual. **Revista de Processo**, v.24, São Paulo, 1981.

FRANÇA, Rubens Limongi. Importância e atualidade do direito romano. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**. v.2. São Paulo: RT, 2011.

FRANK, Jerome. Direito e incerteza. **New York University Law Review**. Tradução de 1988. Buenos Aires: Anchor Books, 1951.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis**. v.II. ed. Fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

FRIENDENTHAL, Jack H., KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. **Civil procedure**. 11.ed. Minnesota: West Academic Publishing, 2013.

GIANESINI, Rita. Alguns aspectos da reconvenção. **Revista de Processo**, v.8, p.79-97, jul.-dez. 1977.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986.

GONÇALVES, Guilherme Leite. **Direito entre certeza e incerteza**. Horizontes críticos para a teoria dos sistemas. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOZZO, Débora. Cessão de direitos. In: PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; JABUR, Gilberto Haddad (Coords.). **Direito dos contratos**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação rescisória visando à desconstituição de decisão condenatória ao pagamento de verba honorária. Necessidade de citação do advogado que atuou no processo anterior. Mandado de segurança. Admissibilidade. **Revista de Processo**, v.148, São Paulo, 2007.

GRUNSKY, Wolfgang. **Die Verausserung der streitbefangenen Sache**. Tübingen: Mohr, 1968.

HOLLANDA FILHO, Marcial Herculino. Substituição processual – ação possessória – alienação da coisa litigiosa – prosseguimento do feito – aplicação do art. 42, do CPC. **Revista de Processo**, v.18, São Paulo, 1980.

KOHLER, Jürgen. Funktionales Recht – Zum Wandel im Rechtsdenken, dargestellt an einem zivilprozessualen Beispiel. **Archiv für die civilistische Praxis** 192, 1992. Disponível em: <<https://www.jstor.org>>. Acesso em: 08 ago. 2018.

LINO, Marcos dos Santos. **Reflexos processuais da alienação da coisa litigiosa**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2013.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho; GOUVÊA, José Roberto; BONDIOLI, Luis Guilherme; FONSECA, João Francisco Neves da (Coords.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. v.II. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil** – comentado artigo por artigo. 2.ed. São Paulo: RT, 2010.

MARTIN, Shaun P. **Substitution**, 73 Tenn. L. Rev. 545, 2006.

MENDÉZ, Francisco Ramos. **La sucesión procesal**. Barcelona: Editorial Hispano Europea, 1974.

MERÊA, Manuel Paulo. **Estudos de história do direito**. Coimbra: Coimbra, 1923.

MILAZZO, Antonino. Res in commercio and res extra commercium: reflections of romans jurists and categories of modern law. **Inönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, v.6, 2015.

MOHN, Paulo. A repartição de competências na Constituição de 1988. **Revista de Informação Legislativa**, n.187, jul.-set., 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão. **Revista de Processo**, v.111, jul.-set., São Paulo, 2003.

_____. As presunções e a prova. **Temas de Direito Processual**, 1ª série, São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. A influência do direito processual civil alemão em Portugal e no Brasil. **Revista da Ordem dos Advogados**, ano 51, Lisboa, 1991.

_____. Reconvenção. In: **Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro**, v.XLV, Rio de Janeiro: Borsoi, 1965.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil V**. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MOURA, Mario Aguiar. Substituição processual. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 14.ed. São Paulo: RT, 2014.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: obrigações**. v.2. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson. Litisconsórcio necessário – eficácia da sentença sobre terceiros. **Soluções Práticas de Direito** v.8. São Paulo: RT, 2014.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015.

_____; ABOUD, Georges. Pontes de Miranda e o processo civil: a importância do conceito da pretensão para compreensão dos institutos fundamentais do processo civil. **Revista de Processo**, v.231, São Paulo, 2014.

NICOSIA, Eleonora. **Studi per Giovanni Nicosia**. v.1. Milão Giuffrè Milano, 2007.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Alienação da coisa litigiosa**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

_____. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fraude à execução**: doutrina e jurisprudência. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

OLIVEIRA, Swarai Cervone de. **Jurisdição voluntária**: perspectiva atual à luz da teoria geral e da instrumentalidade do processo civil reflexos sobre o âmbito de aplicação da discricionariedade judicial. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-10092012-154258/pt-br.php>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

ORDENAÇÕES Filipinas. v.1. Rio de Janeiro: Fundação Calouste Gulbenkian, 1870.

ORIONE NETO, Luiz. Sucessão e substituição processual – traços distintivos. **Revista de Processo**, v.46, São Paulo, 1987.

PICARDI, Nicola. **La successione processuale**. Milano: Giuffrè, 1964.

PINTO JÚNIOR, João José. **Curso elementar de direito romano**. Pernambuco: Typographia Economica, 1888.

PISANI, Andrea Proto. 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**, n.4,1971.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. t.I. São Paulo: RT, 1972.

_____. **Tratado de direito privado**. t.IV. 3.ed. São Paulo, RT, 2013.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. t.I. 3.ed. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. t.I. arts. 1º a 45. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

RAMALHO, Maria Isabel. **Legitimidade para agir**. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2007.

RAMSAY v. Pigram. 118 CLR. 1968. Disponível em:
<[https://jade.io/article/66050?Ramsay+v+Pigram+\(1968\)+118+CLR+271+at+27](https://jade.io/article/66050?Ramsay+v+Pigram+(1968)+118+CLR+271+at+27)>.
Acesso em: 30 out. 2018.

REDENTI, Enrico; VELLANI, Mario. **Diritto processuale civile**. v.I. 5.ed. Milão: Giuffrè, 2000.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito processual civil**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SALAMANCHA, José Eli. A fraude à execução no direito comparado. **Revista de Processo**. v.131, São Paulo, 2006.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v.I. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTOS, Silas Silva. A alienação da coisa ou do direito litigioso no novo CPC. **Revista Brasileira da Advocacia** v.4, São Paulo, ano 2, 2017.

SCHWAB, Karl Heinz. **El objeto litigioso en el proceso civil**. Buenos Aires: Ejea, 1968.

SICA, Heitor. Notas críticas ao sistema de pluralidade de partes no processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, v.200, São Paulo, 2011.

SILVA, Ovídio Baptista da. Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação. **Ajuris**, n.29, ano X, p.102. Porto Alegre: Ajuris, nov.1983.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v.1. 2.ed. São Paulo: RT, 2005.

_____. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: RT, 1997.

SILVA, Paula Costa e. **Um desafio à teoria geral do processo**. Repensando a transmissão da coisa ou direito em litígio. Ainda um contributo para o estudo da substituição processual. Coimbra: Almedina, 2009.

_____; GRADI, Marco. A intervenção de terceiros no procedimento arbitral voluntário nos direitos português e italiano. **Revista brasileira de arbitragem**. n.28, v.7, 2010.

SOARES, Marcos Porto. O collateral stoppel no Brasil. **Revista de Processo**, v.211, São Paulo, 2012.

SOUZA, Antonio José Ferreira Marnoco e. **História das instituições**. Direito romano, peninsular português. 3.ed. Coimbra: França Amado, 1910.

TALAMINI, Eduardo. Partes, terceiros e coisa julgada (os limites subjetivos da coisa julgada). In: DIDIER JUNIOR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins**. São Paulo: RT, 2004.

_____. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: RT, 2005.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. A assistência e a nova lei do mandado de segurança. **Revista de Processo**, v.183, São Paulo, 2010.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Jurisdição voluntária**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

_____. Autoridade eficácia da sentença. Crítica à teoria de Liebman. **Revista dos Tribunais** v.774, São Paulo, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. v.I. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TOLANI, Madeleine. Transfer of interest after pendency – a comparative analysis of the solutions adopted by the american and german civil procedure systems. **Annual Survey of International & Comparative Law**. v.19, Issue 1, Article 13, 2013.

TRUBEK, David M. The cost of ordinary litigation. Los Angeles, **UCLA Law Review**, 1983.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia constitucional do contraditório no projeto do CPC (análise e proposta). **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, v.7, n.38, Porto Alegre, set.-out., 2010.

_____; AZEVEDO, Luiz Carlos. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: RT, 2001.

VERBIC, Fabio. Consumer class actions in Argentina and Brazil – comparative analysis and enforcement of foreign judgments. **Revista de Processo**, v.209, São Paulo, 2012.

WACH, Adolf. **Die Abretung rechtshängiger Ansprüche in ihrem Einflub auf den Prozeb**. Gruchot, 1886.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flavio Renato Correia. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. v.1. (Coord.) Luiz Rodrigues Wambier. 10.ed. São Paulo: RT, 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Da assistência. **Revista de Processo**, v.79, São Paulo, 1995.

WIDMANN, Paola. **La successione a titolo particolare nel diritto controverso**. Trento, Università degli studi di Trento, 2015.

Referências normativas

(Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT)

ABNT NBR 6022: 2018 – Informação e documentação – Artigo em publicação periódica técnica e/ou científica – Apresentação

ABNT NBR 6027: 2012 – Informação e documentação – Informação e documentação – Sumário – Apresentação

ABNT NBR 14724: 2011 – Informação e documentação – Trabalhos acadêmicos – Apresentação

ABNT NBR 15287: 2011 – Informação e documentação – Projetos de pesquisa – Apresentação

ABNT NBR 6034: 2005 – Informação e documentação – Índice – Apresentação

ABNT NBR 12225: 2004 – Informação e documentação – Lombada – Apresentação

ABNT NBR 6024: 2003 – Informação e documentação – Numeração progressiva das seções de um documento escrito – Apresentação

ABNT NBR 6028: 2003 – Informação e documentação – Resumo – Apresentação

ABNT NBR 10520: 2002 – Informação e documentação – Citações em documentos – Apresentação

ABNT NBR 6023: 2002 – Informação e documentação – Referências – Elaboração