

# Capítulo 1

## INTRODUÇÃO

A um só tempo problema e solução, contemporaneamente estimulada e vigiada, a circulação de bens e direitos sempre despertou a atenção da ciência jurídica, interessada em garantir, por seus diversos ramos, o êxito desta fundamental atividade, pela qual historicamente se assegura a distribuição do produto do labor humano entre os que melhor podem utilizá-lo. Para avaliar sua importância, dizia Carnellutti<sup>1</sup>, não é necessário recorrer aos livros de economia: “*basta che ci guardiano attorno*”. Em suas palavras, é suficiente notar como nossas necessidades mais elementares restariam insatisfeitas se os bens não circulassem: “*quanti fra i beni, dei quali ci serviano ogni giorno, sono prodotti con le nostre mani?*”

Como sempre ocorre, a circulação contrapõe interesses diversos: interesse de que o direito transmitido exista, de que pertença ao alienante, de que seja gozado em sua plenitude mediante a desejada contraprestação. Recorrendo uma vez mais a Carnellutti<sup>2</sup>, é preciso atentar a três perspectivas fundamentais: liberdade, para que os interessados escolham os bens de seu aprazimento; aparência, não no sentido de tutela do 3º de boa-fé, mas no de garantia da visibilidade do fenômeno circulatório perante a sociedade; segurança, para que o adquirente possa efetivamente gozar as vantagens provenientes desta mesma movimentação.

Confiada em grande parte ao direito material, nem por isto deixa de ocupar-se da circulação o direito processual. Assim ocorre, p.ex., quando miramos bens e direitos enquanto garantia do cumprimento das obrigações, preocupação maior do artigo 813 do Código de Processo Civil.

Para os fins deste trabalho a circulação entra sob outra perspectiva. Trata-se de fixar as conseqüências para o direito da pendência de processo em que se discuta sua própria existência ou seus contornos. E ao revés, importa igualmente saber se a mudança de titularidade deste possível direito, possível porque ainda não declarado, proporcionará algum

---

<sup>1</sup> *Teoria Giuridica della Circolazione*, pg. 1.

<sup>2</sup> Op. cit., pg.12.

reflexo sobre a relação jurídica processual, com toda sua autonomia, conformando o modo de atuar das partes e do juiz.

Nesta tarefa não contaremos com significativo auxílio do legislador. A disciplina do Código de Processo Civil resume-se a poucos artigos, introduzidos com a reforma de 1973, através da qual importamos solução alcançada em outras plagas. Fundamental será o recurso ao elemento histórico e ao direito comparado, sem prejuízo de introduzirmos novas contribuições onde não satisfizerem as respostas sugeridas por quem já se dedicou a semelhante estudo.

Interessam-nos, portanto, os artigos 41 a 43 do Código de Processo Civil, contidos no capítulo IV do Título II, sob o título “Da Substituição das Partes e Dos Procuradores” - expressão infeliz pela confusão que gera com outro distinto instituto, qual seja o da já consagrada substituição processual.

A palavra “substituição” é ali empregada em seu sentido vulgar de troca de uma parte por outra. Traz consigo a idéia de movimento, de saída e ingresso, hipótese considerada pelo Código absolutamente excepcional: como regra, diz o artigo 264, são as partes imutáveis após a citação.

Além do embaraço terminológico, o título ainda peca por sugerir a disciplina de todas as situações em que se opera a troca dos protagonistas, quando, ao contrário, podemos localizar em outras normas traços do mesmo fenômeno: pense-se no ingresso do nomeado em lugar do nomeante nas hipóteses dos artigos 62/69 do Código. Ou mesmo a substituição do autor popular pelo Ministério Público em caso de desistência do primeiro, nos moldes do artigo 9º da Lei 4717.

Feitas tais ressalvas, podemos antecipar algumas informações essenciais à compreensão dos passos seguintes. Sobre a “substituição de partes” é lícito dizer que por vezes, mas nem sempre, vem ela a reboque de uma correspondente sucessão no direito controverso.

São exemplos de substituição sem correspondente sucessão no direito controverso as hipóteses mencionadas acima, de nomeação à autoria e desistência da ação popular. Mas há

outros: pense-se na morte do substituto processual, a ser sucedido na condução do processo por seus herdeiros, aos quais seguramente não se transferiu o direito material posto como objeto do litígio.

A simples modificação subjetiva na relação processual será suficiente a gerar substanciais conseqüências práticas, venha ou não precedida de mutações também no plano material. Basta pensar no regime de impedimentos e suspeição de juízes e serventuários. De modo que não é por falta de interesse dogmático que se faz a opção, implícita no título deste trabalho, pelos casos específicos dos artigos 42 e 43 do CPC, a cujo regime é inerente a sucessão no próprio direito controverso.

O fator determinante da escolha está na curiosidade gerada por este eterno contraste entre a necessidade de tutela de circulação de bens e direitos e a incerteza devida ao estado de litigiosidade, contraste inexistente nos excepcionais casos de substituição sem sucessão.

Ressalte-se ainda que o mesmo elemento atrativo justificará a parcialidade confessada de dedicar mais atenção, dos dois artigos citados, ao primeiro deles (artigo 42 do CPC), sem descurar de todo do dispositivo posterior. Foi a alienação entre vivos do direito litigioso aquela dentre as hipóteses de substituição que mais atraiu a atenção da doutrina e jurisprudência.

## Capítulo 2

# SUCESSÃO NO DIREITO LITIGIOSO

## EVOLUÇÃO HISTÓRICA

### 2.1 – O Direito Romano

Inexistia no direito romano das XII Tábuas qualquer vedação à disposição da coisa ou do direito litigiosos, genericamente considerados. Nesta quadra primitiva daquela civilização, o que se vê nascer é a proibição de consagrar bem controverso<sup>3</sup> à divindade.

O texto de Gaio em que se baseia esta afirmação dizia textualmente: “*Rem de qua controversia est prohibemur in sacrum dedicare ...*” ( D. 44.6.3).

A *dedicatio in sacrum* consistia em uma cerimônia religiosa pela qual o magistrado destinava à divindade, de modo perpétuo, o bem selecionado por seu proprietário. Com este expediente dizia-se que a parte foi traída (*Traditus*) pela inserção no conflito de um “*potentior adversarius*”, vale dizer a própria divindade a quem foi o bem consagrado<sup>4</sup>.

Na prática isto “significava a impossibilidade de desenvolvimento do processo” ou a inexecutabilidade da sentença, frustrando o elementar princípio de que a parte não pode, por comportamento próprio, tornar inútil a iniciativa de seu oponente<sup>5</sup>.

Nem sempre fora assim. Inicialmente eram livres as consagrações, até se tornarem tão numerosas, e tão vultosos os gastos com a manutenção dos bens consagrados, que foram sendo introduzidas paulatinas formas de controle, até limitar a possibilidade de disposição pelos particulares dos próprios bens imóveis<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Por bem controverso entendia-se exclusivamente o bem corpóreo, móvel ou imóvel, submetido à reivindicação. V. De Marini Avonzo. *I Limiti Alla Disponibilità della “Res Litigiosa” nel Diritto Romano*, pg. 52.

<sup>4</sup> De Marini Avonzo, op.cit., pg. 13.

<sup>5</sup> De Marini Avonzo, op. cit., pg 16.

<sup>6</sup> De Marini Avonzo, op. cit., pg 42.

A sanção para o descumprimento do comando não se passava no plano da eficácia ou da validade do ato dispositivo. Ao alienante impunha-se apenas o dever de arcar com a *poena dupli*: “*alioquin dupli poenam patimur ...*”<sup>7</sup>.

No que interessa ao nosso estudo, conheceu o direito romano um segundo momento particular durante o império de Augusto, do qual nos chegou o famoso *Fragmentum de iure fisci*. 8: “*Qui contra edictum divi Augusti rem litigiosam a non possidente comparavit, praeterquam quod emptio nullius momenti est, poenam quinquaginta sestertiorum fisco repraesentare compellitur. Res autem litigiosa videtur, de qua lis apud suum iudicem delata est. Sed hoc in provincialibus fundis prava usurpatione optinuit.*”

A guinada legislativa veio em momento de absoluta convulsão social e conturbação fundiária. Em 42 aC os veteranos do exército de César exigiam o cumprimento das promessas de prêmios em terra e dinheiro, forçando Augusto a confiscar e distribuir áreas em dezoito cidades italianas de molde a assentar um total de 170.000 soldados<sup>8</sup>.

Inúmeros foram os processos surgidos do embate entre os primitivos possuidores e os beneficiários da expropriação. Mas somente após 23 aC, quando seu poder incontrastável não mais sofria ameaças, voltou Augusto suas energias para a solução definitiva dos conflitos em questão.

Havendo à época beneficiários do confisco que ainda não lograram obter a posse da terra, seja porque jamais a tiveram, seja porque a perderam em algum momento, proibiu-se que estes, e somente estes, dispusessem do próprio direito, ao que normalmente se seguiria o abandono da causa e a repositura da ação pelo adquirente e novo legítimo proprietário.

O desejo de alienação dos reivindicantes em semelhante panorama explica-se por mais uma razão. Talvez a maior estivesse na incapacidade, motivada pelo impasse jurídico, de decisão dos litígios, deixados simplesmente sem julgamento. Ao mesmo tempo, eram freqüentes os casos dos veteranos carecedores de qualquer experiência na vida do campo, para quem as áreas confiscadas atraíam apenas por seu possível valor de mercado<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> D.44.6.3

<sup>8</sup> De Marini Avonzo, op. cit., pg.186.

<sup>9</sup> De Marini Avonzo, op. cit., pg. 199 e 204.

Do quanto resumido percebe-se o alcance restrito da proibição imposta por Augusto. Voltava-se ela aos autores de ação reivindicatória de terras das quais, naturalmente, não fossem possuidores. A preocupação era pôr cobro a uma dificuldade específica e conjuntural.

É questionável a imputação da pena de nulidade ao contrato celebrado em contravenção ao veto de Augusto. A uma porque inicialmente a única sanção aplicável, e a única efetivamente prevista no comando, consistia no dever de pagamento pelo alienante ao fisco de uma multa. Porém mesmo após, quando se mostrou insuficiente sua força inibitória, o que se previu, por obra do pretor, foi uma *exceptio peremptoria* contra o comprador, através da qual o possuidor impedia a propositura de uma nova ação sobre o mesmo objeto<sup>10</sup>.

Fato é que não tendo os reivindicantes como obter uma sentença favorável ante a incapacidade de superação pelos pretores do elemento político, e proibida na prática a disposição do direito litigioso, terminou-se por privilegiar os possuidores em detrimento da massa que àquela altura, consolidado o poder central, não representava qualquer risco para o sistema.

A última fase segue de Constantino a Justiniano. Com o primeiro acentua-se a publicização do processo e, como conseqüência, a preocupação com uma série de incidentes capazes de interromper ou retardar a marcha processual, dentre as quais avulta a disposição da coisa litigiosa, exatamente por isto proibida, seja quando proveniente do autor sem a posse, nos moldes de Augusto, seja quando de iniciativa do próprio possuidor<sup>11</sup>.

A Justiniano competirá a modelagem final da matéria, aprimorando-se o sistema proposto por Constantino. No plano material cominou-se pela primeira vez a pena de nulidade ao contrato versando coisa litigiosa, enquanto no plano processual era ordenada a permanência das partes originais, sem prejuízo de hipóteses específicas em que a transferência continuava sendo admitida<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> De Marini Avonzo, op. cit., pg 264.

<sup>11</sup> De Marini Avonzo, op.cit., pg 371.

<sup>12</sup> De Marini Avonzo, op.cit., pgs.386/387.

## 2.2 – Os Códigos Europeus do Século XIX

Nada dispunha o Código de Napoleão, ao menos de maneira expressa, sobre a disposição da coisa litigiosa. O que havia eram preceitos regulando o destino do processo quando em seu curso operava-se a transmissão do direito litigioso pela morte de uma das partes; hipótese em que se daria a suspensão do processo salvo se a causa se achasse em condições de ser julgada.

Partindo alguns, embora nem todos, da premissa de que as causas de suspensão eram taxativas e que desta somente se cogitava no caso de morte da parte, chegou-se à conclusão de que a transmissão *inter vivos* seria permitida e não exercia qualquer influência sobre a marcha processual, prosseguindo-se o feito entre os litigantes originais<sup>13</sup>.

Tal posicionamento propunha agora um novo desafio. Seguindo o processo sem a participação do sucessor, restava indagar da oponibilidade a este último da sentença proferida e de sua vinculação à coisa julgada. A respeito contaram-se manifestações por uma absoluta vinculação ou por uma absoluta exclusão, temperadas pela sempre presente posição intermediária, no sentido de que tudo estaria a depender do conhecimento ou da ignorância da litigiosidade do bem<sup>14</sup>.

De pronto afastou-se a solução mista, prevalecendo do embate entre as propostas sobranes aquela segundo a qual restava o adquirente submetido à autoridade da coisa julgada, até porque o contrário importaria a subtração de qualquer eficácia à atividade processual posterior à sucessão. Constituiria nítida contradição optar pelo prosseguimento do processo com as partes originais e, ao mesmo tempo, negar à sentença proferida qualquer oponibilidade ao adquirente<sup>15</sup>.

No que pertine à Itália pré-unitária<sup>16</sup> e aos códigos dos diversos estados, vivia-se sob a influência do Ordenamento francês, de modo que também lá partia-se da disciplina da sucessão *mortis causa*, para concluir no sentido da liceidade da transferência do direito

---

<sup>13</sup> Lorenzetto Peserico, *La Successione nel Processo Esecutivo*, pg 69.

<sup>14</sup> Lorenzetto Peserico, *op.cit.*, pg.72.

<sup>15</sup> Lorenzetto Peserico, *op.cit.*, pg 78.

<sup>16</sup> Lorenzetto Peserico, *op.cit.*, pg 80 e seg.

litigioso com extensão ao adquirente estranho ao processo da autoridade da coisa julgada. Não contavam estes diversos códigos com qualquer regência especificamente voltada à disciplina do fenômeno.

Quadro este que não se alterou substancialmente com o Código de 1865, o primeiro após a unificação do país. Muito embora já dispusesse da experiência pré-unitária, e talvez por se considerar pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial, preferiu-se nada dispor acerca da possível sucessão por ato entre vivos no direito litigioso<sup>17</sup>.

O grande marco legislativo, no tocante à alienação do direito litigioso, consistiu na promulgação, a pouca distância um do outro, dos Códigos de Processo Alemão e Austríaco, cujos parágrafos 265 e 234, respectivamente, admitiam expressamente a possibilidade de transferência.

Diz, com efeito, o primeiro deles, que “A litispendência não retira de nenhuma das partes a faculdade de alienar o objeto litigioso ou o direito reclamado. A alienação ou a cessão não produz efeitos sobre o processo. O adquirente não pode, sem o consentimento do adversário, assumir o processo como parte principal em lugar do alienante ou propor oposição. Se o sucessor se apresenta como assistente, não se aplicará o § 69. A decisão de mérito produz efeitos executórios contra o adquirente.”

Percebe-se que nada é novo no preceito tedesco: a transmissibilidade dos direitos litigiosos achava-se já absorvida, assim como a permanência das partes originais, conhecida desde o Império Romano. O grande mérito da ZPO, e de sua congênere austríaca, repousa na sistematização expressa com a introdução em um código, pela primeira vez, de algo deixado até então ao sabor dos humores jurisprudenciais.

Consoante se verá no próximo capítulo, foi enorme a força irradiadora da ZPO neste ponto, servindo de paradigma para uma infinita série de códigos de processo mundo afora, dentre os quais o brasileiro de 1973.

---

<sup>17</sup> Lorenzetto Peserico, op.cit., pg 83.



### 2.3 – Portugal e Brasil pré-1973

As Ordenações Filipinas continham alguns preceitos disciplinando, de uma forma ou de outra, a disposição da coisa litigiosa. A soma de todos eles sinalizava claramente, segundo Alvaro de Oliveira<sup>18</sup>, no sentido de uma dúplice ineficácia do ato dispositivo, verificada a um só tempo nos planos material e processual.

Toda a matéria encontra regência no Livro 4º, Título X, daquele Código, cujo caput sugere para o conceito de “cousa litigiosa” dimensão mais estreita do que a vigente no CPC de 73. É a conclusão a que se chega a partir da parte final da norma: “se sobre ella he movida alguma aução real, assi como se hum homem demandasse a outro alguma cousa, dizendo ser sua.”

Da permanente remissão ao termo “cousa” é lícito concluir que não se cogitava da alienação de direitos de crédito disputados judicialmente, conquanto a perseguição do bem corpóreo pudesse se dar no exercício de uma pretensão real, como indica o primeiro parágrafo, ou pessoal. Dispõe, com efeito, o § 2º do Título X que “se for em juízo movida alguma aução pessoal sobre cousa certa...”

A crença, externada por Alvaro de Oliveira, de que a alienação da coisa litigiosa era, então, inquinada de ineficaz, resulta do § 3º do Título em comento, verbis: “E bem assi o autor não deve vender, nem passar a outrem a aução movida sobre essa cousa: e fazendo-o, a venda, ou escaimbo da cousa litigiosa será nenhuma e de nenhum vigor, e o que a comprar, ou escaimbar, sabendo que he litigiosa, tornal-a-ha àquele, de quem a houve...”

Sucedem que a vedação, assim tão rigorosa na aparência, não era, na prática, de idêntico rigor, a julgar pela opinião de Moraes de Carvalho, Aureliano de Gusmão e Lobão<sup>19</sup>, variando os pontos de vista apenas no tocante à suspensão da “instância”, ou do processo, como consequência da alienação.

---

<sup>18</sup> Op. cit., pg 12.

<sup>19</sup> Apud in Luiz Machado Guimarães, *Estudos de Direito Processual Civil*, pg 58.

Dando sinais de admitir a transferência do direito litigioso, escreveu Pereira e Souza: “Na ação real passa a Instância também para o sucessor singular; não assim na pessoal” e “O cessionário deve vir a juízo habilitar-se em virtude do título da cessão, exceto se a cessão tem a cláusula de procuração em causa própria, porque nesse caso pode, na qualidade de procurador do cedente, prosseguir na causa sem habilitação<sup>20</sup>.”

Na vigência dos códigos estaduais que antecederam o Código de Processo de 1939, todos continham regra semelhante à encontrada no diploma paulista, cujo artigo 456 dispunha: “A cessão e a subrogação não suspendem a instância. O cessionário ou subrogado pode prosseguir na causa, oferecendo o respectivo título e provando a sua identidade, se posta em dúvida<sup>21</sup>.”

Mas isto não impedia que a maioria das legislações processuais dos Estados omitisse a cessão do direito litigioso do rol de hipóteses geradoras de suspensão da instância<sup>22</sup>.

Conclui-se daí que a divergência não se estabeleceu sobre a cessão em si, por todos admitida, mas apenas quanto aos seus reflexos sobre o processo, que para alguns restaria suspenso como consequência da notícia da alienação.

O Código de 39 fazia alusão à transferência do direito litigioso em seu 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<sup>23</sup>”. Lopes da Costa via na dispensa de habilitação – indubitável que a cessão era possível – evidência da teoria da irrelevância dos atos praticados pelas partes e interessando o objeto do litígio. E já sustentava o autor, amparado nas ZPO alemã e austríaca, e à míngua de texto equivalente ao atual artigo 42 do CPC, que sem consentimento do adversário não pode o cessionário assumir a posição do cedente<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> Joaquim José Caetano Pereira e Souza, *Primeiras Linhas sobre o Processo Civil*, 4ª ed., Tomo I, 1836, pg 65/66.

<sup>21</sup> Machado Guimarães, op. cit., pg 58/61.

<sup>22</sup> Machado Guimarães, op. cit., pg 59.

<sup>23</sup> V. Inocêncio Borges da Rosa, *Processo Civil e Comercial Brasileiro*, pg 246/249.

<sup>24</sup> *Direito Processual Civil Brasileiro*, 2ª ed., pg 390.

Inclinava-se a doutrina pela preservação da legitimidade do cedente, mantido no processo como substituto processual do cessionário, certo, de todo modo, que a sentença contra o primeiro proferida estenderia seus efeitos ao segundo<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> José Frederico Marques, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol III, 2ª ed., pgs 232/233.

## **Capítulo 3**

### **OUTROS ORDENAMENTOS PROCESSUAIS**

Ressaltou-se no capítulo antecedente a força precursora da ZPO alemã de 1877 e do Código Austríaco subsequente no que tange ao moderno delineamento da mecânica relativa à sucessão por ato entre vivos no direito controverso. Encontramos artigos versando a matéria em diversos diplomas estrangeiros, vários deles estranhos ao mundo do Civil Law: artigos 35 da Lei 15982 (Código General del Proceso do Uruguai), artigo 44 do Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, artigo 271 do Código de Processo Civil Português, artigos 17 e 18 da Ley de Enjuiciamiento Civil Espanhol, Rule 25, c, das Federal Rules of Civil Procedure Americanas, artigo 111 do Codice di Procedura Civile Italiano e artigo 19 das Civil Procedure Rules Inglesas de 1998.

Convém analisar o pensamento doutrinário em pelo menos alguns destes regimes, dos quais será possível haurir inestimáveis subsídios não só à compreensão do Código de Processo Civil, como também à identificação dos principais dilemas teóricos a serem enfrentados.

#### **3.1 – Direito Italiano**

Dispõe o Codice di Procedura Civile, em seu artigo 111, que *“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, salve le norme sull’acquisto in buona fede dei mobili (C.1153) e sulla trascrizione (C.2643 s., 2652 s.).”*

Percebe-se que a idéia básica não difere em substância da proposta alemã: 1) a qualidade de litigioso do direito ou do bem não impõe óbice à sua livre transmissibilidade; 2) o adquirente do direito controverso não substituirá no processo o alienante, salvo se a isto anuir seu adversário; 3) estende-se a coisa julgada ao adquirente mesmo permanecendo ele alheio à relação processual.

Dedicou-se a doutrina, com bastante vagar, ao objeto do “trasferimento”, expressão que costuma ser aproximada da aquisição derivativa de direitos. Exclui-se que se possam considerar abrangidas pela regência do art.111 as chamadas formas de aquisição a título originário<sup>26</sup>, dentre as quais avulta em importância a desapropriação.

De um modo geral a sucessão será proveniente de um contrato: de compra e venda, de doação, de cessão, etc. Não afasta a doutrina, contudo, o emprego da sistemática em tela às alienações coactas da coisa e direito litigiosos<sup>27</sup>, como a expropriação judicial, desde que, repita-se, de natureza derivada.

Objeto da transmissão, segundo pensa a doutrina peninsular, tanto pode ser um direito real quanto um direito de crédito, tanto um direito sobre bens materiais quanto imateriais, tanto direitos presentes como futuros<sup>28</sup>.

Questão interessante consiste em saber se a transmissão deve abranger exatamente o direito litigioso ou pode operar sobre um novo e diverso direito, decomposto daquele posto em juízo e dele dependente em sua existência: aqui se situam as chamadas aquisições constitutivas e as relações obrigacionais, como as de locação ou comodato da coisa litigiosa.

Em outras palavras, o problema está em saber se é aplicável a mecânica do artigo 111 à constituição de usufruto, uso ou servidão, hipóteses da primeira espécie, isto é, de aquisições constitutivas, bem como se são extensivas ao locatário ou ao sub-locatário a eficácia e a imutabilidade da sentença que discuta o direito de propriedade, claramente prejudicial a uns e outros.

---

<sup>26</sup> *Codice di Procedura Civile* a cura di Nicola Picardi, pg 449. Carlo Maria De Marini, *La Successione nel Diritto Controverso*, pg 58. Proto Pisani, Dell'esercizio dell'azione, in *Commentario al Codice di Procedura Civile* diretto de Allorio. Virgilio Andrioli, *Diritto Processuale Civile*, I, pg 575.

<sup>27</sup> No sentido do texto Federico Carpi, *Commentario Breve al Codice di Procedura Civile*, pg 235, Andrioli, op.cit., pg 579. Contra: Satta, *Commentario Al Codice di Procedura Civile*, Livro I, pg 421.

<sup>28</sup> Carlo Maria De Marini, op. cit., pg 58.

Quanto às relações obrigacionais, opina Carlo De Marini no sentido de não ensejarem a aplicabilidade dos dispositivos em comento. Ao locatário de certo réu citado em ação reivindicatória não se estenderia efeito algum da sentença<sup>29</sup>. Ao justificar-se, diz o autor: “O artigo 111 tem uma natureza puramente processual e não substancial como freqüentemente se crê, preocupa-se ele em regular os efeitos processuais da transferência do direito, sobre o qual se funda a própria legitimação das partes, e não de regular os efeitos substanciais determinados pela negação judicial de um direito, do qual uma parte dispôs ou relativamente ao qual assumiu obrigações”.

No concernente às aquisições constitutivas, malgrado a proximidade com o caso acima, a opinião do mesmo autor é pelo aproveitamento do mecanismo do artigo 111. Diz-se agora “que não se pode negar que aqueles necessariamente dependam e sejam condicionados por este, no sentido que os direitos sobre coisa alheia são destinados a cair defronte a quem venha a ser reconhecido titular de uma plena e livre propriedade<sup>30</sup>.”

A diferença no tratamento das duas situações repousaria na natureza puramente obrigacional, de eficácia *inter partes*, presente na primeira e ausente na segunda, em que “è *lo stesso diritto reale controverso che viene profondamente modificato*”<sup>31</sup>.

É de grande curiosidade a observação deste exemplo porque propõe abertamente a aplicação disjuntiva do 1º e do 4º parágrafos do artigo 111: de mudança das partes, com a autorização do adversário, somente seria lícito cogitar se o direito litigioso fosse objeto de transferência em sua integralidade, episódio que pelos princípios norteadores do exercício do direito de ação amputaria a legitimidade do alienante. Isto não impediria, contudo, fossem estendidos aos titulares dos direitos dependentes, constituídos ao longo do processo, a coisa julgada e a carga executória da sentença.

Por ora não convém esmiuçar esta proposta, ou dedicar muita tinta à casuística da sucessão no direito controverso: falência de um dos contratantes, cessão de crédito, subrogação, cessão de contrato, assunção de débito, alienações não-negociais, etc. Sendo nosso

---

<sup>29</sup> Op. cit., pg.62.

<sup>30</sup> Op.cit., pg.63.

<sup>31</sup> Carlo De Marini, op.cit., pg 64. *Contra a abrangência das alienações constitutivas pelo artigo 111*, Proto Pisani, op.cit., pg 1232.

objetivo, nesta quadra, traçar os contornos gerais do ordenamento jurídico italiano, importa salientar dois pontos específicos desta normativa, até o momento marcada pela manutenção da legitimidade do alienante.

Disposta a manutenção das partes originais e a extensão ao adquirente da coisa julgada, seria necessário prever-se algum contra-peso capaz de permitir ao 3º influenciar o julgado, ainda que sua vinculação à sentença não dependesse da prévia ciência do processo e, *a fortiori*, daquela mesma intervenção.

Eis o motivo da previsão de que o sucessor “*può intervenire*”. Caso saiba do processo e veja negada a porta ao ingresso em lugar do alienante, por veto da parte adversária, pode o 3º pleitear sua admissão como assistente, nos moldes do regulado pelo legislador alemão. Ressalte-se que, à diferença do Código Tedesco, onde fica expressa a natureza simples da assistência, como resultado da não-aplicação do § 69, nada dispôs o Codice Italiano sobre a forma simples ou qualificada desta assistência, sem esquecer aqueles que enveredam por uma terceira via, tipo de intervenção insuscetível de ser abordada pelos figurinos tradicionais.

Por uma solução alternativa manifestaram-se Carlo Maria De Marini<sup>32</sup>, Satta<sup>33</sup>, Andrioli<sup>34</sup> e Proto Pisani<sup>35</sup>. Assistente simples não seria o adquirente porque, mais do que titular de uma relação jurídica dependente daquela deduzida em juízo e afetada pela denominada eficácia reflexa da sentença, ostenta a qualidade de titular do próprio direito material, sujeito, portanto, à eficácia direta do julgado. E de assistência litisconsorcial não se poderia cogitar, vez que classicamente incluem-se nestas categorias os co-legitimados à propositura de uma ação, ou litisconsortes facultativos unitários, que desejem aderir a uma ação proposta por pessoa dotada de *legitimatío ad causam*, qualidade faltante ao alienante, ou concedida apenas em caráter excepcional<sup>36</sup>.

Ao lado da forma de intervenção, desperta especialíssimo interesse o 4º parágrafo do artigo 111 já transcrito, segundo o qual a extensão ao adquirente dos efeitos da sentença

---

<sup>32</sup> Op.cit., pg 207: “*Dobbiano dunque concludere che l'intervento volontario del successore a titolo particolare non può essere compreso in nessuna della tre categorie in cui viene distinto l'ordinario intervento nel processo.*”

<sup>33</sup> *Commentario*, cit., vol 1, pg 424.

<sup>34</sup> Op. cit., pg 585.

<sup>35</sup> Op. cit., pg 1238.

<sup>36</sup> De Marini, op. cit., pg 206, chega a sustentar que o alienante seria dotado de uma mera *legitimatío ad processum*, observação de questionável acerto. Ao alienante não falta legitimidade para agir.

proferida na sua ausência deve obedecer às normas relativas à aquisição de boa-fé dos móveis (Código Civil, art.1153)<sup>37</sup> e à transcrição (Código Civil, artigos 2643 e 2652 e seg).

Nos longos artigos 2652 e 2653, procura o código peninsular descobrir difícil ponto de equilíbrio entre estes dois interesses conflitantes que são o do autor de certa ação em curso e aquele do adquirente de coisa ou direito dependentes.

O tema mereceu mais de um livro da doutrina italiana, de maneira que não colhe reproduzir na integralidade os artigos em jogo e as diversas situações por eles disciplinadas. Basta tecer algumas considerações úteis para o momento em que se passar ao estudo da nossa Lei de Registros Públicos.

Não parece haver dúvidas de serem os artigos 2652 e 2653 aqueles referidos pelo Codice di Procedura na preocupação de resguardar as regras sobre a transcrição. Porém é de se reconhecer certa perplexidade na previsão, mormente no artigo 2652, de uma série de circunstâncias em que não há uma sucessão no direito controverso segundo a opinião de quem estudou a matéria.

À guisa de exemplo, tomemos o número 1 do artigo 2652, onde se prevê o ônus de registro das ações de resolução e rescisão contratual. Para que se cogitasse de um nexos com o artigo 111 seria necessário que, no curso da demanda visando a desconstituição de um contrato de compra e venda, ou outro análogo, dispusesse uma das partes do bem objeto do contrato, transferindo-o a terceiro, caso em que o registro de seu título anteriormente ao registro da própria ação o poria a salvo dos efeitos da sentença.

Ocorre que, como mencionado acima, resiste a doutrina em confundir o direito potestativo ao desfazimento do contrato com o direito de propriedade sobre o bem objeto deste mesmo contrato. Na venda da coisa, consoante o exemplo citado, não se teria sucessão no verdadeiro direito litigioso, o direito ao “desfazimento”, donde se concluir que de modo algum seria legítimo supor a aplicação do próprio artigo 111, e muito menos das normas relativas à transcrição nele indicadas.

---

<sup>37</sup> *Effetti dell'acquisto del possesso – Colui al quale sono alienati beni mobili da parte di chi non ne è proprietario, ne acquista la proprietà mediante il possesso, purchè sia in buona fede (c.art.1147) al momento della consegna e sussista un titolo idoneo al trasferimento della proprietà (c.563)."*



Esta a opinião de Proto Pisani<sup>38</sup>, para quem a coordenação do artigo 111 do Codice di Procedura com os artigos 2652 e 2653 do Codice Civile somente seria possível diante de uma ação real. Em consequência haveria de se afastar a tentação de aplicar o artigo 111 nas hipóteses do artigo 2652, números 1, 2, 3, 4, 5 e 6, bem como do artigo 2653, números 3 e 4, todos versando ações de natureza pessoal, em que impossível cogitar de uma sucessão no direito litigioso.

Foi também Proto Pisani quem chamou atenção para a função do ato registral nestas ações em que aplicáveis os artigos 2652 e 2653. A seu ver, e isto é de fundamental importância, seria equivocado o ponto de vista de quem supusesse ser a anterior transcrição do ato de disposição suficiente a garantir a posição do adquirente no plano material.

A lei não exige, posto de outra forma, que a ação reivindicatória seja proposta e registrada antes que o possuidor *a non domino* a transfira a terceiros e proceda ao registro do ato de alienação, sob pena de assegurar-se a propriedade deste último.

Em sua opinião a falta do registro da ação e o precedente registro do ato dispositivo patenteariam a boa-fé do terceiro submetendo-o ao regime do usucapião ordinário, nada mais, sem qualquer sacrifício para o verdadeiro *dominus*<sup>39</sup>. A lei não quis que a aquisição *a non domino* fosse sepultada apenas por força da maior rapidez do adquirente.

A bem da verdade não é a posição de Pisani a única concebível para a coordenação entre o artigo 111 e o Codice Civile. Há quem sustente ser a expressa referência pelo artigo 111 do CPC dos artigos 2652 e seguintes do CC indicação segura de que a extensão dos efeitos da sentença não se restringe à transmissão do próprio direito litigioso, abarcando outrossim aquelas outras posições que, conquanto diferentes, mantenham com o objeto do processo nexo de prejudicialidade/dependência<sup>40</sup>. Por esta vereda a venda do bem na pendência de ação destinada ao desfazimento do anterior contrato de compra e venda põe em movimento o mecanismo do artigo 111: desfeito o contrato, não subsistem as transmissões sucessivas que tinham naquele ato prévio seu fundamento jurídico.

---

<sup>38</sup> *Dell'esercizio dell'azione* cit, nº 11, pg 1247 e *La Trascrizione della Domande Giudiziale*, pg 146.

<sup>39</sup> Proto Pisani, *La Trascrizione* cit., pgs 178/179.

<sup>40</sup> Nicola Picardi, *Codice di Procedura Civile* cit., pg 452.

### 3.2 – Direito Português

Coube ao artigo 271 do Código de Processo Civil Português a regência da sucessão processual, o que foi feito a partir das linhas mestras traçadas pelo ZPO<sup>41</sup>. Mantém-se a legitimidade do alienante do direito litigioso, faculta-se sua intervenção e admite-se a substituição de partes havendo o consentimento do adversário. E à feição do Código Italiano põe-se a salvo a posição do adquirente que haja registrado seu título antes da tomada de semelhante providência pelo autor da ação original.

Quem se dedicou ao estudo desta sistemática no ordenamento luso<sup>42</sup> mostrou-se inclinado por uma interpretação do art. 271 feita a partir da parte final de seu primeiro parágrafo e seu parágrafo segundo.

A transmissão do direito litigioso, para os fins daquele artigo, seria somente a que determinasse, segundo os princípios gerais da Teoria Geral do Processo, a perda da legitimidade do alienante, preservada, em caráter excepcional, em obséquio ao interesse da parte adversária no prosseguimento do processo sem sobressaltos.

Evidências desta perspectiva podem ser encontradas na exclusão das chamadas alienações constitutivas do mecanismo do art. 271, ao menos quando o novo direito não determinasse, ao nascer, a perda da legitimidade do alienante. Assim, e o exemplo não é nosso<sup>43</sup>, “se na pendência da ação de reivindicação de um imóvel, que o proprietário intentara contra o possuidor, aquele constitui usufruto ou hipoteca sobre o imóvel reivindicado” não se tem uma amputação da legitimidade do alienante que justifique o mecanismo em comento.

---

<sup>41</sup> 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 ação estar sujeita a registro e o adquirente registrar a transmissão antes de feito o registro da ação.

<sup>42</sup> Paula Costa e Silva, *A Transmissão da Coisa ou Direito em Litígio*.

<sup>43</sup> Paula Costa e Silva, op.cit., pg 75. O que ficara implícito é explicitado nas conclusões finais da obra: “A coisa e o direito serão litigiosos sempre que constituírem o ponto de referência da legitimidade das partes na ação.”

Não se quis condicionar a aplicação do artigo 271 à transmissão do direito litigioso, e do direito litigioso em sua totalidade, consoante exsurge de outro passo da mesma autora. Ao seu aviso, se na pendência de ação condenatória o credor empenha seu direito, perdendo a legitimidade para a cobrança, transferida ao credor pignoratício, revela-se necessária a utilização do art. 271 como antídoto contra o risco de que o processo seja encerrado com uma sentença de carência de ação por ilegitimidade do alienante<sup>44</sup>.

Tal qual se dá na doutrina do Codice di Procedura, recusa-se também em Portugal que se estendam os efeitos da sentença, ou se permita a substituição de partes, nas hipóteses de aquisição originária, por terceiros, do direito litigioso, quando a rigor se deveria extinguir o feito sem análise do mérito<sup>45</sup>. O direito do 3º é novo e independente do anterior, não houve transmissão alguma e nenhum efeito da sentença lhe pode ser estendido.

O último ponto de destacado interesse na forma como se vem interpretando o artigo 271 diz com seu parágrafo 3º, e a intangibilidade da posição do terceiro que registrar seu título antes do correspondente registro da ação.

Pode parecer, à primeira vista, que em obséquio à boa-fé do terceiro e à necessidade de favorecer o dinamismo nas relações jurídicas o art. 271 assumia uma função de direito material, de salvaguarda ou imunidade de quem primeiro efetuou o registro. Ao contrário, porém, é textual a doutrina: “o art. 271, nº 3, não pretende (nem poderia) estabelecer uma situação de aquisição originária do direito por parte do transmissário, que procede ao registro de transmissão, antes de ser promovido o registro da ação. Aquela norma visa apenas conferir uma proteção processual ao adquirente que está de boa-fé em face da ação ... Se ele não vem a ser atingido pela sentença proferida na acção, cuja pendência desconhecia, ele estará directamente vinculado aos efeitos da decisão, que venha a ser proferida numa acção, que a parte estranha à transmissão contra ele intente<sup>46</sup>.”

Dito de outra forma, o registro da ação antes do registro do título do adquirente é condição da extensão a este último da coisa julgada formada no processo sem a sua participação. Negar a extensão, todavia, não significa atribuir o direito, em definitivo, ao

---

<sup>44</sup> Op.cit, pg 75.

<sup>45</sup> Op. cit., og 79.

<sup>46</sup> Paula Costa e Silva, op. cit., pg 293.

adquirente, mas remeter os interessados a um novo processo em que, citado o primitivo adquirente, lhe será assegurado o pleno exercício do direito de defesa.

### 3.3 – Direito Argentino

O Código Procesal Civil y Comercial de la Nación disciplina a substituição da parte por seus herdeiros em caso de morte no art. 43, completando o regime da alteração das partes no art. 44 com previsão de que a alienação do bem objeto do litígio não autoriza o adquirente a “*intervenir como parte principal sin la conformidad expresa del adversario*”<sup>47</sup>.

Silencia o legislador sobre a extensão ao adquirente da coisa julgada, o que não impediu a doutrina de dedicar-se ao tema, em grande parte por influência Italiana. Palacio<sup>48</sup>, p.ex., sustenta que “*cualquiera que sea la forma en que se haya producido la sucesión procesal a título singular, los efectos de la sentencia alcanzan al transmitente del derecho y al sucesor.*”

O mesmo Palacio, contudo, não se ateve a definir, nas várias páginas escritas sobre o tema, qual o objeto desta sucessão, se exatamente o direito litigioso ou igualmente outro dele dependente.

### 3.4 – Direito Americano

Sobrevive nos Estados Unidos um incomum modelo de Federalismo, costurado para se ajustar aos interesses das unidades recém independentes mas desejosas de preservar seu elevado grau de recíproca autonomia. Dentre as peculiaridades constitucionais americanas, reflexo deste anseio por independência, está a coexistência de códigos diversos para a disciplina dos principais ramos do Direito, dentre os quais o Processo Civil. Ao lado da União

---

<sup>47</sup> O art.44 dispõe expressamente: “*Si durante la tramitación del proceso una de las partes enajenare el bien objeto del litigio o cedere el derecho reclamado, el adquirente no podrá intervenir en él como parte principal sin la conformidad expresa del adversario. Podrá hacerlo en la calidad prevista por los artículos 90, inciso 1º y 91., primer párrafo.*”

<sup>48</sup> Lino Enrique Palacio, *Derecho Procesal Civil*, Tomo III, pg 336.

e da legislação processual voltada à regência da jurisdição prestada pelas cortes federais, resistem os códigos estaduais como diplomas disciplinadores da jurisdição estadual.

No plano federal o processo civil é regido pelas Federal Rules of Civil Procedure, cuja importância, contudo, transcende os limites das cortes federais, para influenciar o legislador de diversos estados, seja com sua adoção pura e simples, seja com o empréstimo de institutos e artigos e sua inserção nos textos locais.

A temática relacionada à substituição das partes vem tratada pela Rule 25, cuja letra “c” regula o chamado “Transfer of Interest<sup>49</sup>”. De seus termos infere-se a alienabilidade do direito litigioso, aos moldes do ordenamento brasileiro, bem como a manutenção da legitimidade do alienante, ressalvado, em todo caso, o direito do sucessor de pedir sua admissão em lugar da parte original.

Lá como aqui discute-se se o adquirente restaria vinculado à coisa julgada formada entre as partes originais caso não requeresse a intervenção no processo. A regra em matéria de coisa julgada, decorrência do Princípio do Due Process, é a de que “*only persons who were parties or who are in privity with persons who were parties in the first action may be bound*<sup>50</sup>.”

Como não seria parte na hipótese aventada, restaria fixar se o adquirente está em *privity* com o alienante. A respeito afirmou Justice Lurton quando externou a opinião da corte em *Bigelow v. Old Dominion Copper Mining and Smelting Co.* (225 vs 111): “Que é *privity*?” No sentido empregado quando se discute o “*estoppel*” de um julgamento, *privity* denota mútua ou sucessiva relação no mesmo direito de propriedade<sup>51</sup>.”

---

<sup>49</sup> *In case of any transfer of interest, the action may be continued by or against the original party, unless the court upon motion directs the person to whom the interest is transferred to be substituted in the action or joined with the original party. Service of the motion shall be made as provided in subdivision (a) of this rule.*

<sup>50</sup> Jack H. Friendenthal, *Civil Procedure*, 2ª ed, pg. 683.

<sup>51</sup> *What is privity? As used when dealing with the estoppel of a judgment, privity denotes mutual or successive relationship to the same right of property. Litchfield v. Goodnow, 123 v.s. 549. The ground upon which privies are bound by a judgement, says Prof. Greenleaf, in his work upon Evidence, 13th ed., vol.1, § 523, “is that they are identified with him in interest; and wherever this identity is found to exist, all are alike concluded. Hence, all privies, wheter in estate, in blood or in law, are estopped from litigating that which is conclusive upon him with whom they are in privity.”*

Friedenthal destaca que “*The historic and most common situation in which privity is found is when a person acquires an interest in the subject matter of the suit after it was filed or decided*<sup>52</sup>”. Vê-se, por estas palavras, a tendência de estender ao adquirente, à semelhança dos ordenamentos de *civil law*, a autoridade da coisa julgada formada no processo em que aquele não foi parte.

### 3.5 – Direito Inglês

As Civil Procedure Rules inglesas de 1998 dedicaram sua Parte 19 ao tema de Addition and Substitution of parties. No item 19.2, em especial, cuidou o legislador de regular a substituição de uma das partes: (4) “*The court may order a new party to be substituted for an existing one if – (a) the existing party’s interest or liability 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*<sup>53</sup>.”

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.

Quanto à vinculação do sucessor à coisa julgada utiliza-se também o conceito de *privity*: “*Res Judicata estoppels operate for, or against, not only the parties, but those who are privy to them in blood, title or interest. Privies include any person who succeeds to the rights or liabilities of the party upon death or insolvency, or who is otherwise identified in estate or interest*<sup>54</sup>.”

---

<sup>52</sup> *Civil Procedure*, pg 685.

<sup>53</sup> Sobre a Substituição de Partes sob as CPR de 1998 ver Adrian Zuckerman, *Civil Procedure*, pg 441 e Ian Grainger e Michael Fealy, *The Civil Procedure Rules in Action*, pg 68.

<sup>54</sup> George Spencer Bower, *The Doctrine of Res Judicata*, pg 119.

## Capítulo 4

### CONCEITO DE DIREITO LITIGIOSO

**4.1.** Estabelecido que o Direito Brasileiro acolhe, na orientação modernamente vencedora, a disposição do direito litigioso, surge de forma quase automática a dúvida que tanta energia drenou dos escritores: e se o alienante vier a ser derrotado? Que terá ele transferido ao terceiro?

Originalmente havia a doutrina clássica referido à questão *en passant*, como se infere de texto de Chiovenda em que este admite ser a sucessão na relação processual, em alguns casos, fruto da sucessão no próprio direito material<sup>55</sup>. Passou despercebido, ou não mereceu enfrentamento, o contraste entre a alienação de um lado e a posterior declaração, pela futura sentença, da inexistência do direito transferido.

Não tardou a doutrina italiana a refletir sobre a hipótese, autores havendo que identificaram uma solução processual para o dilema, enquanto outros perseveraram em sustentar a efetiva transferência de uma posição material, seja o próprio direito, seja algo novo.

Carnelutti foi um dos primeiros a se manifestar a respeito<sup>56</sup>, introduzindo no debate seu conceito de lide: “*Naturalmente poichè, secondo me, il contenuto del processo è la lite, questa successione, dalla quale dipende spesso, se non sempre, la successione processuale è non già la successione nel rapporto giuridico, ma la successione nella lite.*”

Ao lado de críticas direcionadas à própria idéia de lide<sup>57</sup>, notável resistência enfrentou a intenção de elevá-la a objeto do processo<sup>58</sup>, em particular pela presença de causas

---

<sup>55</sup> Chiovenda, Principii, pg. 873: “*Come in ogni rapporto giuridico, può aversi successione nel rapporto processuale. Ma mentre in alcuni casi la successione nel rapporto processuale non è che la conseguenza necessaria della successione nel diritto sostanziale che è oggetto della lite, in altri casi il rapporto processuale si mantiene indifferente rispetto all’avenuta successione sostanziale.*”

<sup>56</sup> Appunti Sulla Successione nella Lite, in *Rivista di Diritto Processuale Civile*, nº 1, 1932, pg. 3 e seg.

<sup>57</sup> V. Emilio Betti, Ragione e azione, in *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1932, 1ª Parte, pg. 205, que contrapõe ao “*conflitto di interessi*” carneluttiano o seu “*conflitto fra due apprezzamenti unilaterali*”,

em que inexistente o tal conflito de interesses, do que são destacado exemplo as chamadas ações constitutivas necessárias. Havendo processos sem lide, é lícito sustentar, ao menos, que nem sempre a sucessão do direito litigioso configura, em verdade, sucessão na lide.

Porém o argumento definitivo, corretamente observado por Alvaro de Oliveira, reside na natureza verdadeiramente sociológica do conceito de lide, útil apenas se circunscrito à função descritiva de algo pré-processual. Qualquer tentativa de apontá-la como objeto da sucessão padeceria de evidente artificialismo.

Gostaria aqui de recordar elegante passo de Carnelutti<sup>59</sup>, a meu ver totalmente aplicável à espécie, em que o autor polemiza com Liebman sobre a natureza do Título Executivo. Perguntava o primeiro ao segundo, diante de um título: “*Cosa ci vedete?*”. E a seguir advertia “*a non perdere mai il contatto con la realtà.*”

Pois bem, quando uma das partes celebra com 3º, estranho ao processo e do qual sequer tem notícia, contrato de compra e venda do imóvel reivindicado, transferindo-lhe imediatos posse e gozo do bem, indaga-se se seria legítimo vislumbrar na operação uma rele mudança no pólo passivo do conflito.

Algo naquele contrato traz consigo a aptidão genérica de transmitir, ou servir de título à transmissão, do direito material. Na falta de sensibilidade sobre este ponto termina-se sem conseguir explicar como, ao fim do processo, vencedor o alienante, com sentença de improcedência, ostentará o adquirente a condição de novo titular do bem, salvo se se prosseguir forcejando para sustentar que à lide adere o possível direito material, etc...

**4.2.** Dentre os próceres de uma solução material destaca-se Carlo De Marini<sup>60</sup>. Dizia ele “que o direito litigioso, exatamente enquanto litigioso, é alguma coisa de menos que o direito subjetivo perfeito. O direito, uma vez que tenha sido contestado, torna-se simplesmente um direito pretendido, que deve obter o reconhecimento jurisdicional para ser

---

reconhecendo, porém, “*che il significato in cui intendo la lite è assai meno lontano dal concetto del Carnelutti...*”

<sup>58</sup> V. Piero Calamandrei, Il concetto di “lite” nel pensiero di Francesco Carnelutti, in *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1928, 1ª Parte, pg 3. V. Tb. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, op. cit., pg 40.

<sup>59</sup> Titolo Esecutivo, in *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1931, pg 313.

<sup>60</sup> *La Successione nel Diritto Controverso*, pg 46.



atuado integralmente. Enquanto, portanto, o titular do direito controvertido pede sua tutela jurisdicional, este direito pretendido aparecerá sob um aspecto diverso, sob o aspecto de uma manifestação do querer, sob o aspecto, isto é, de uma pretensão. A pretensão não é o direito controverso, mas diria que é sua projeção dinâmica; este não tem natureza processual, mas substancial.”

O recurso ao conceito de pretensão, por De Marini, dá-se com total independência do sentido normalmente atribuído ao termo pela doutrina, em particular a alemã, como que a procurar uma vereda entre a perspectiva processual preconizada por Wach, e o tradicional viés material, inaugurado por Windscheid.

A pretensão no sentido emprestado por este último autor foi a que veio a ser acolhida pelo BGB. Trata-se, a Anspruch, de algo, a meio caminho do direito subjetivo e o direito de ação, consistente no direcionamento de um poder contra alguém, inerente a todo direito de crédito, mas que somente poderia ser visualizado, nos direitos absolutos, quando de sua violação<sup>61</sup>, momento em que o direito de abstenção contra todos dirigido concentra-se em uma pessoa determinada.

Wach, a seu turno, junta a esta pretensão material uma segunda, a chamada pretensão de tutela jurídica “*es decir, la pretensión del demandante, o en su caso del demandado, de que se conceda tutela jurídica procesal*”<sup>62</sup>. “*Es la pretensión que el derecho vincula al hecho-tipo extraprocesal y que se ejerce frente al Estado para que satisfaga frente al demandado el interés de tutela jurídica en la forma establecida por el ordenamiento procesal, la pretensión que se plantea frente al adversario para que éste tolere el acto de tutela.*”

Sem aprofundar a análise do pensamento de Wach<sup>63</sup>, tão próximo do direito de ação e ao mesmo tempo visto por outros como equiparável ao direito de demandar, importa aqui somente destacar o ineditismo de De Marini quando toma a pretensão por sinônimo de direito subjetivo questionado. E por aí podem começar as críticas. Com efeito, não faz sentido

---

<sup>61</sup> José Carlos Moreira Alves. Direito Subjetivo, Pretensão e Ação, in *Revista de Processo*, nº 47, pg 109 e seg.

<sup>62</sup> *Manual de Derecho Procesal Civil*, vol.1, pg 42. Buenos Aires: EJEJA, 1977.

<sup>63</sup> Sobre o pensamento de Wach sobre a pretensão, no Brasil, ver André Fontes. *A pretensão como Situação Jurídica Subjetiva*, pg 40 e Maria Berenice Dias, Observações sobre o conceito de Pretensão, in *Revista de Ajuris*, vol 35, pg 84/96.

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

Abandonada a sugestão de De Marini pela impertinência do próprio conceito, nem por isto fica afastada, de todo, a possibilidade de que se pudesse enxergar na pretensão de direito material, no sentido clássico de Windscheid, a natureza do direito litigioso.

A questão assumiu nova e destacada relevância com o advento do Código Civil de 2002, cujo art.189 associa a prescrição ao efeito extintivo operado pelo tempo, não mais sobre o direito em si, mas sobre a pretensão. E esta, reza o texto citado, nasce com a violação do direito.

Até o momento vinha relutando a doutrina nacional, com honrosas exceções, em queimar as pestanas com instituto tão próprio do ordenamento tedesco. Já agora, compreendê-lo passa a ser vital para a melhor interpretação dos temas que lhe são correlatos.

A esta tarefa dedicou-se Barbosa Moreira em recente artigo<sup>64</sup>, quando acolheu os ensinamentos da doutrina clássica para definir a pretensão como o poder de exigir de outrem uma determinada prestação, nascido este poder da violação de um direito existente. Neste sentido, pretensão seria somente a fundada, “aquela que se baseie num genuíno poder de exigir.”

Tomando estas lições como verdadeiras, não passará despercebido ao leitor mais atento sua absoluta incapacidade de vencer o verdadeiro dilema em que nos pusemos ao início do tópico. De fato, acolher a pretensão como direito litigioso apenas mudaria o centro dos debates, enfrentando-se em novo sítio as mesmas dúvidas originais. Em outras palavras, se

---

<sup>64</sup> José Carlos Barbosa Moreira. Notas sobre Pretensão e Prescrição no Sistema do Novo Código Civil Brasileiro. *Revista Forense*, nº 366, pg.119.

objeto da sucessão no curso do processo é a pretensão, e pretensão para o direito brasileiro é apenas a fundada, que terá sido transferido se a parte alienante sair vencida?

Outras razões somam-se a esta. Iniciemos com a chamada autonomia da pretensão: parte da doutrina admite seja esta objeto de renúncia, cessão ou qualquer outra forma de disposição, independentemente do direito subjetivo do qual se originou<sup>65</sup>. Naturalmente, para tais autores a exigibilidade não constitui, ela mesma, integrante essencial do direito subjetivo, de modo que este não perderia tal condição como simples consequência da extinção da pretensão a ela adjeta.

Ocorre, e a respeito é Pontes quem adverte, que, quanto às pretensões pessoais, “cedê-las importa em ceder-se o crédito”, ao contrário do que se dá com as chamadas pretensões reais. E por esta via, facilmente se percebe, volta-se ao ponto de partida: se a sentença concluir contrariamente ao alienante, não terá havido pretensão (porque pretensão, a rigor, só a fundada) ou direito material, mas um quê de diferente.

Por último, como argumento final contra a tese de “pretensão”, constata-se que de sua própria estrutura resulta a impossibilidade de com ela cobrir todas as várias modalidades de relações deduzidas judicialmente. Com efeito, consiste a pretensão no poder de exigir do devedor certa prestação, a quem corresponderá, portanto, um dever.

Onde não existir um dever, qual ocorre nos chamados direitos potestativos, e nas ações a eles referentes, não se poderá cogitar de uma pretensão, e por conseguinte de sua transferência.

**4.3.** Seguindo a linha de Carnelutti e buscando uma explicação processual para o fenômeno, dedicou Nicola Picardi<sup>66</sup> um livro inteiro ao estudo da matéria, para ao final concluir que o assim chamado direito controverso nada mais seria que o direito à sentença de mérito, categoria por ele construída ao longo do trabalho.

---

<sup>65</sup> André Fontes. op. cit., pg.33. Pontes de Miranda. *Tratado de Direito Privado*, vol V, pg 473.

<sup>66</sup> *La Successione Processuale*, pgs 159 e seg.

Verdadeiro *tour de force* foi empreendido quando se propôs o autor a extremar este direito à sentença de mérito do antigo direito de ação, podendo ser o raciocínio exposto da seguinte forma: o juiz tem o dever de prestar jurisdição regulado por duas diferentes ordens legislativas, uma constitucional, outra processual. No plano constitucional, do direito de ação, coloca-se o juiz em relação ao Estado como seu devedor, constituindo a iniciativa das partes não o “*rovescio del dovere del giudice*”, e sim o pressuposto desta atuação. A ação, como sugere o nome, engloba uma série de comportamentos ativos das partes, e por isto, também, não se amolda perfeitamente à postura do réu. No plano processual a posição de vantagem das partes, de ambas, é essencialmente “*inattiva, in quanto non implica una condotta del titolare...*”<sup>67</sup>.

Assim como a pretensão, o direito à sentença de mérito seria transferível e objeto de sucessão autônoma. É o que ocorre quando os herdeiros do autor em investigação de paternidade assumem seu posto em caso de morte: transferida não teria sido outra coisa além do mero direito à sentença de mérito<sup>68</sup>.

A leitura atenta de Picardi deixa entrever os motivos de sua preferência por esta linha processual. Também são compreensíveis, conquanto duvidosos, os argumentos postos na tentativa de construir a posição jurídica do direito subjetivo à sentença de mérito. Inobstante, sente-se nitidamente a falta de qualquer argumento para demonstrar a tese, à qual se chega por exclusão das demais teorias às quais se dedica a combater.

Quando muito colhe-se, aqui e ali, um ou outro indício da conclusão final, notadamente a convicção de que o assim denominado direito à sentença de mérito têm as partes, ambas, independente do resultado final do processo ou da atribuição a qualquer uma delas do direito material disputado, sendo este o grande atributo a fazer desta orientação, dentre todas, a melhor opção, ao ver do autor.

**4.4.** Convém trazer à colação uma outra tese, outra tentativa de encontrar, fora do direito material, a resposta a tantas indagações.

---

<sup>67</sup> Picardi, op. cit., pg 149.

<sup>68</sup> Picardi, op. cit., pg 168.

Elio Fazzalari<sup>69</sup>, posteriormente secundado por Roberto Marengo<sup>70</sup>, propõe que o artigo 111 do Codice di Procedura Civile, grosso modo equivalente ao 42 do Código de Processo Civil, não tem como pressuposto a efetiva transferência, por uma parte a um terceiro, do próprio direito subjetivo, mas pura e simplesmente o advento de uma “*fattispecie sostanziale... astratamente idonea, per tipo e contenuto (per ciò in cui essa consiste), a provocare quel trasferimento.*” Enfim, continua o autor, a *fattispecie* “sucessão a título singular no direito controverso” mutua um fenômeno do direito civil, sem exigir, contudo, real transmissão do direito material.

Até aqui estamos de pleno acordo. Para que o adquirente pleiteie sua admissão como assistente, caso haja falhado na tentativa de obter o “de acordo” do adversário ao seu ingresso, ou para que lhe sejam estendidos os efeitos da sentença, não é realmente necessária a transmissão do direito material, satisfazendo-se o código com o figurino abstratamente apto a operá-la.

Somente quando se aprofunda na leitura das palavras de Fazzalari é que se atenta para a presença do mesmo artificialismo contagiante das demais propostas. “*Dedotto in lite – diz o autor – il diritto sostanziale si riduce ad un schema, ad una ipotesi intorno alla quale si affaccendono, fino all’esito del giudizio, parti e giudice.*”

Após a sentença, continua em outra parte, “*l’avente causa diviene titolare della situazione sostanziale, nuova e di nuovo contenuto, creata dalla sentenza costitutiva .... altrettanto si verifica in ordine alla situazione sostanziale, nuova, ma di contenuto omologo rispetto a quella pregressa, creata dalla sentenza di condanna ...*”

Com efeito, uma coisa é dizer que a transferência não é necessária à deflagração do mecanismo do artigo 42 do CPC, outra é sustentar que esta mesma alienação é impossível de ocorrer porque com o processo desaparece o direito material, fadado a ser substituído por algo novo criado pela sentença.

---

<sup>69</sup> Elio Fazzalari. Successione Nel Diritto Controverso, in *Rivista Di Diritto Processuale*, 1979, pg 520.

<sup>70</sup> *Enciclopedia del Diritto*, XLIII, 1990, pg 1393

Valem aqui, portanto, as mesmas críticas lançadas na direção das demais propostas. Em especial, nada adianta reconhecer a transmissibilidade dos direitos questionados em Juízo e contemporaneamente pregar sua desnaturação ao longo do processo.

**4.5.** Há ainda autores que reafirmaram aquilo que Chiovenda deixara meramente implícito, sustentando ser o próprio direito material o objeto da alienação. Satta foi um deles; Mandrioli, outro.

Sobre o primeiro deve-se reconhecer, com Fazzalari<sup>71</sup>, a especificidade de sua visão acerca do ordenamento jurídico, em verdadeira hipertrofia do processo a ponto de quase esvaziar o direito material como realidade autônoma. Diz efetivamente aquele autor<sup>72</sup> que “na vida, e portanto na experiência jurídica, existem interesses que nós concebemos como direitos enquanto sejam tutelados e tuteláveis. A propriedade, por exemplo, é definida no artigo 832 CC. como direito de gozar e de dispor, mas é claro que essa também é a ação de reivindicação, a ação negatória, a ação demarcatória: e quando a minha propriedade é contestada, quando a coisa minha é possuída por um outro, que a tem como sua, há um interesse ao reconhecimento e à recuperação do bem como meu, e este interesse é o meu direito, porque eu posso exercê-lo diante do Juiz, porque tenho ação ... E não existe qualquer importância que a ação seja fundada ou infundada: porque se é fundada o Juiz me reconhecerá o direito de propriedade; se é infundada, me privará de minha propriedade, daquele interesse que era o meu direito no momento em que o exerci, e que agora já não titularizo mais.”

Mandrioli, a seu turno, leciona que o direito material não deixa de ser direito apenas por se encontrar em meio a controvérsia, circunstância em que ele se apresenta, concretamente, como uma mera esperança ou expectativa de direito<sup>73</sup>, expressões que não são próprias mas foram mutuadas, confessadamente, de Proto Pisani<sup>74</sup>.

Pisani sustenta que o direito substancial vive em permanente estado de incerteza até ser acertado judicialmente, hiato durante o qual o ordenamento se contenta em atribuir ao

---

<sup>71</sup> *Successione nel Diritto*, cit.

<sup>72</sup> *Comentario Al Codice di Procedura Civile*, Livro I, pg 416/417.

<sup>73</sup> *Corso di Diritto Processuale Civile*, vol I, 11ª ed., pg 348.

<sup>74</sup> Dell' esercizio dell' azione, in *Commentario del Codice di Procedura Civile*, diretto da E. Allorio, vol I, pgs 1219/1253. V.Tb. do autor: *La Trascrizione Delle Domande Giudiziali*, pg 26 e seg.

afirmado ou hipotético titular os poderes, deveres e faculdades processuais que daquela posição são derivados.

Sucedo que esta especial posição jurídica não se equipararia, a seu ver, ao próprio direito material, constituindo em verdade “uma *terza ipotesi*” entre o “*diritto e il non diritto*”<sup>75</sup>.

**4.6.** No Brasil coube a Alvaro de Oliveira<sup>76</sup> a idealização de uma nova proposta. Inicia o jurista este mister fixando no espaço o direito litigioso, situado entre o momento do exercício da pretensão à tutela jurídica e a sentença, quando será inexoravelmente superado e substituído pelo direito material declarado, com o qual não se confunde.

Fruto desta sua natureza dinâmica, é o direito litigioso marcado pela precariedade, achando-se desestabilizado, à espera da concretude que lhe proporcionará a sentença, ponto final do processo onde, por princípio, não existem relações permanentes.

Deixa clara sua opção por uma perspectiva dual: direito litigioso e direito material seriam realidades distintas. E a sucessão ocorreria “no direito litigioso e, *a fortiori*, no vir a ser do direito litigioso.”

Valem aqui algumas das considerações anteriormente tecidas. Os direitos nascem quando do encontro de fatos e norma, e não deixam de existir pelo simples advento do processo. Diria até que os artigos 42 e 43 do Código de Processo Civil vieram para enfatizar esta realidade, qual seja a de que o processo não traduz qualquer inovação jurídica, e muito menos importa o desaparecimento momentâneo do direito material.

Sustentar a transmissão do direito litigioso como entidade autônoma e inconfundível com o direito material significa, na prática, afirmar a indisponibilidade do direito questionado em Juízo, algo que contraria toda a evolução do Processo Civil: de fato, nenhuma diferença substancial existe entre negar esta transmissibilidade e assegurá-la para,

---

<sup>75</sup> *La Trascrizione...cit.*, pg 34, nota 62.

<sup>76</sup> *Alienação da Coisa Litigiosa*, 2ª ed., pg 59 e seg.

ao mesmo tempo, defender o transitório desaparecimento do direito material ou sua latência até o fim da crise de certeza. Chegar-se-ia sempre ao mesmo resultado: o direito material, ele próprio, restaria imobilizado, ou desapareceria, em detrimento desta nova figura do direito litigioso.

Soa artificial este efeito mutante sugerido. Um direito material que é, deixa de ser, torna a existir e a desaparecer, ao infinito, e a cada vez que se aventurem a desafiá-lo judicialmente. Um direito frágil, que questionado não pode ser objeto de alienação.

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.

#### **4.7. Conclusão**

Todas as construções de natureza processual, bem como a explicação mista sugerida por De Marini, externam a confessada perplexidade com a possibilidade de se conceber a transferência de um direito inexistente, ou existente mas não titularizado pelo alienante. E todas elas, aí incluída a de Alvaro de Oliveira, cedem à tentação de apresentar um esquema original, particular.

A condução do raciocínio, na espécie, deve, a meu juízo, partir da indagação consistente em saber se o problema cuja solução se busca é privativo dos direitos litigiosos ou, ao revés, é comum a toda e qualquer transmissão de direitos. Porque caso se conclua pela segunda hipótese ficará clara a desnecessidade do recurso a um novo conceito, paralelo aos tradicionais e usuais.

Quanto à titularidade do direito transmitido, ou mais precisamente à ausência de titularidade, há muito revelam os ordenamentos jurídicos sinais claros de que admitem como uma realidade prática a possibilidade de que a circulação de determinado direito tenha início por iniciativa de terceira pessoa que não o verdadeiro titular, pois foi justamente para reger o conflito de interesses surgido entre o alienante, o adquirente e o titular prejudicado que o



Código Civil disciplinou a evicção, garantia que grava tanto a transmissão de direito reais quanto de direitos pessoais<sup>77</sup>.

Mas também não passou despercebida ao legislador a ocorrência de transmissões inexistentes, sobre o que é expresso o artigo 295 do Código Civil (artigo 1073 do Código de 1916). Na cessão a título oneroso<sup>78</sup> o cedente garante a existência e a titularidade do crédito no momento da transferência. E embora a expressão traga consigo perceptível contradição em termos, porquanto não se cede ou transfere o inexistente, tem a serventia de sinalizar a permanente insegurança decorrente do comum divórcio entre a vontade e a aparência de um lado, e o mundo do direito de outro.

Ao tema têm se dedicado os civilistas, em particular os curiosos da chamada Teoria da Aparência, vista como Teoria *Dell’Affidamento Legittimo*, isto é, como teoria que faz repousar a proteção do adquirente de certo direito na confiança proporcionada por concretos sinais exteriores<sup>79</sup>.

No comércio jurídico as situações são percebidas e julgadas, quanto à sua existência e titularidade, por uma série de fatos e elementos estranhos ao próprio tipo concebido pelo legislador. Não se cuida, portanto, de opções conscientemente feitas ou de critérios de valoração previamente eleitos. A confiança na existência do direito provém da presença daqueles indícios, empiricamente percebidos pela sociedade como associados em regra a determinado direito. São as circunstâncias “que acompanham a existência do direito, e portanto, em princípio, que normalmente constituem as conseqüências sobre a realidade material<sup>80</sup>”. Tudo porque, nas palavras de quem se deteve sobre o ponto, “A aparência jurídica, *Rechtsschein*, não tem a pretendida acepção vulgar, exprimindo, bem ao contrário, a imagem da realidade jurídica” (grifo nosso)<sup>81</sup>.

O processo, destarte, exerce influência meramente relativa sobre a existência do direito. Primeiro, porque seu início não inibe o direito original, substituindo-o por algo novo qual o sugerido “direito litigioso”. Segundo, porque há de ser rechaçada a tese de que “Todo o

---

<sup>77</sup> V. Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de Direito Civil*, vol III, 7ª ed, nº 219.

<sup>78</sup> Orlando Gomes. *Obrigações*, 7ª ed., pg 252.

<sup>79</sup> Raffaele Moschella, *Contributo Alla Teoria Dell’Apparenza Giuridica*.

<sup>80</sup> Raffaele Moschella, op. cit., pg 64.

<sup>81</sup> José Gomes Bezerra Câmara, Contribuição para o Estudo da Aparência, in *Estudos Jurídicos e de História*, pg 65.

Direito é Direito criado por Juiz”, como se antes da sentença nada houvesse<sup>82</sup>. Terceiro, porque a eficácia declaratória da sentença é comprimida pelos limites subjetivos da coisa julgada, sempre permanecendo aberta a porta para novas investidas dos terceiros estranhos ao processo desejosos de ver reconhecida titularidade sobre o direito atribuído a *outrem*.

A expressão “direito litigioso”, em síntese, não sinaliza a existência de figura jurídica nova. Limita-se a revelar o instante de especial incerteza vivido pelo direito, incerteza esta freqüentemente gerada a partir de outras circunstâncias da vida, que do processo podem diferir no grau, mas não na natureza.

Por isto que a derrota do alienante propõe dúvida em tudo igual àquela verificada quando, fora do processo, apura-se a inexistência do direito transmitido ou sua pertinência a terceiros. Neste sentido tem razão Mandrioli, no trecho já citado: o problema da natureza do direito litigioso é um falso problema, ou ao menos um falso problema processual.

---

<sup>82</sup> Sobre a visão de J. C. Gray no sentido de que inexistente Direito antes da decisão judicial, Hans Kelsen, *Teoria Geral do Direito e do Estado*, pg 217.

## Capítulo 5

### ALTERAÇÃO SUBJETIVA NO DIREITO MATERIAL

5.1 - Não falta em doutrina, consoante ressaltado por ocasião do relatório sobre os ordenamentos estrangeiros, quem associe a aplicação do art. 42 a todo tipo de mudança na titularidade da relação jurídica geradora de perda de legitimidade da parte primitiva. De modo que todos os atos jurídicos outros, incidentes sobre o direito material mas insuscetíveis de romper com as ordinárias regras de legitimidade, escapariam do campo aplicativo do dispositivo mencionado, onde se cuida, afinal, da substituição das partes.

Em sendo isto verdadeiro, o termo “alienação”, empregado pelo legislador brasileiro, teria sido utilizado como sinônimo de sucessão, por sua vez equivalente a aquisição derivada translaticia, caracterizada pelo transporte “intacto de um direito de um titular anterior para um sujeito atual.”<sup>83</sup> Porque somente quando a transferência do direito ocorrer em sua integralidade será lícito cogitar a perda da legitimidade do alienante.

Saliente-se que o conceito de sucessão aqui esposado amolda-se à preferência da doutrina de perfil restritivo, segundo a qual um de seus elementos essenciais residiria justamente na imutabilidade objetiva do direito transmitido<sup>84</sup>. Não falta, contudo, quem adote postura mais larga, abrangendo no conceito de sucessão as hipóteses da chamada alienação constitutiva<sup>85</sup>, em particular pelo fato de que aqui, como lá, vale a regra de que “*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet.*”

Pois bem, a associação do mecanismo do artigo 42, ou seus equivalentes nas legislações estrangeiras, à sucessão em sentido restrito e à perda de legitimidade traz embutida a crença da aplicação necessariamente conjunta do *caput* e do § 3º daquele dispositivo, como se um existisse em função do outro. A lógica seria a seguinte: porque o

---

<sup>83</sup> Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, pg 318.

<sup>84</sup> Savigny, *Sistema Del Diritto Romano Attuale*, vol III, pg 8, acentuou, para que de sucessão se cogite, a necessidade de manutenção da identidade da relação jurídica, somada a uma “conexão intrínseca” entre os dois momentos daquela mesma relação. Em igual sentido, Windscheid, *Diritto delle Pandette*, vol 1, § 66 e Rosario Nicolò, *Successione nei Diritti*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol XVIII, pg 605.

<sup>85</sup> Evaristo de Moraes Filho, *Sucessão nas Obrigações e a Teoria da Empresa*, vol I, pg 57 e seg.; Andreas Von Tuhr, *Derecho Civil*, vol II, pg 39; Paul Oertmann, *Introduccion al Derecho Civil*, pg 183; Enneccerus, Kipp y Wolff, *Tratado*, vol I, Tomo II, pg 21.

*caput* pretendeu excetuar as regras ordinárias em tema de legitimidade, elevando o alienante à condição de substituto processual<sup>86</sup>, e porque o § 3º traduziria a contrapartida deste regime de exceção, lá onde não houvesse perda de legitimidade faltaria sentido em dispor a tangibilidade do adquirente e sua vinculação aos efeitos da sentença.

**5.2** -Desvendar a função do artigo 42 significa inseri-lo no mecanismo de definição dos limites subjetivos e objetivos da coisa julgada.

É cediço que o artigo 472 do Código de Processo disse menos do que queria ao restringir subjetivamente a coisa julgada às partes entre as quais é dada a sentença. Há terceiros, poucos é verdade, acerca dos quais estão de acordo doutrina e jurisprudência em estender-lhes a imutabilidade do julgado. Assim o substituído, na substituição processual, ou o sucessor, a título universal ou singular<sup>87</sup>.

Na Itália a inclusão do sucessor encontra previsão expressa no artigo 2909 do Codice Civile, segundo o qual “*L’ accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa*”. Compreende-se nesta última expressão, “*aventi causa*”, todos aqueles que sucederem a parte. No Brasil, na falta de dispositivo equivalente, é comum encontrar a afirmação, coroada pelo próprio Liebman, no sentido de que o “sucessor não é um terceiro<sup>88</sup>.”

De maneira que o § 3º do artigo 42 complementa o artigo 472, explicitando a inclusão do sucessor no curso da lide no rol dos vinculados à coisa julgada ainda por se formar.

Até aqui, contudo, estamos lidando com sucessores no sentido clássico, ou seja, daqueles ocupantes da relação jurídica objetivamente idêntica à existente na pessoa do

---

<sup>86</sup> Está longe de ser pacífica a qualidade de substituto processual do alienante. Há quem prefira reconhecer a presença de uma legitimidade anômala. Na verdadeira substituição, dizia Kohler (apud in Edoardo Garbagnati, *La Sostituzione Processuale*, pg 3), há uma relação de natureza substancial entre o substituído e o substituto, para cuja tutela ampliam-se os limites da legitimidade. Posto de outra forma: a substituição é permitida no interesse do substituto. Já o escopo do art. 42 repousaria na tutela da parte contrária ao alienante, condenado a permanecer vinculado ao processo mesmo contra sua vontade, algo inconcebível em se cuidando de vera substituição (Carlo Maria De Marini, op. cit., pg 172).

<sup>87</sup> Ada Pellegrini Grinover em notas a Enrico Tullio Liebman, *Eficácia e Autoridade da Sentença*, 3ª ed, pg 114.

<sup>88</sup> *Eficácia e Autoridade da Sentença*, 3ª ed, pg 96.

sucedido. Mas como operará o artigo 472 defronte aos terceiros titulares de relações jurídicas dependentes, isto é, aqueles adquirentes de posições decompostas do objeto do processo?

Começemos por aquilo que Von Thur denomina de sujeito múltiplo. Não creio existam dúvidas de que assim como pode dispor do direito litigioso em sua integralidade também poderá a parte alienar somente uma fração, transformando terceiros em coproprietários ou co-titulares. Do mesmo modo, total há de ser o consenso sobre a viabilidade de se dividir o direito, hipótese distinta da mera alienação de frações. Aqui o direito original é transformado em dois: assim se dá com o loteamento e a atribuição a cada lote de uma identidade registral própria e titular distinto<sup>89</sup>.

Tomemos emprestados ainda, retornando à alienação constitutiva mencionada anteriormente, exemplos emprestados por Carlos Alberto da Mota Pinto<sup>90</sup>, lembrando que nesta modalidade aquisitiva, o novo direito forma-se às custas do anterior, limitando-o ou comprimindo-o. Pense-se, portanto, no caso do proprietário de certo prédio que sobre ele constitui servidão, direito real de gozo ou de garantia. Pondere-se, igualmente, os chamados subcontratos, em que o contratante concede a outro (p.ex., sublocatário) a possibilidade de usar a posição contratual “que para o primeiro resulte de um contrato principal, ao qual este último continua ligado.”

Que grau de vinculação à coisa julgada sofrerá este terceiro titular de relação jurídica que mantém com o objeto do processo nexo de prejudicialidade-dependência<sup>91</sup>?

Fato é que os exemplos são quase infinitos, como infinitas as formas pelas quais duas relações jurídicas podem se entrelaçar criando este vínculo condicionante entre elas.

**5.3** – Antes de atacar o objeto de nossa indagação inicial, e decifrar como reage a coisa julgada a estas inovações sucessivas na relação jurídica, convém lembrar que o

---

<sup>89</sup> Von Tuhr, *Derecho Civil*, vol I, pg 295.

<sup>90</sup> *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª ed, pg 363.

<sup>91</sup> Não custa lembrar, com Allorio, que este nexo de prejudicialidade-dependência pode dar-se entre os mesmos sujeitos ou sujeitos diversos: “a relação de débito é prejudicial à relação de garantia existente entre as mesmas partes, no que tange ao penhor ou à hipoteca que o devedor tenha constituído para o credor; mas é também prejudicial à garantia existente entre o credor e um terceiro, que se constituiu fiador ou dador de penhor ou hipoteca, para aquela obrigação.”

denominado vínculo de prejudicialidade-dependência esteve no centro das atenções da doutrina preocupada durante anos em fixar os limites subjetivos da coisa julgada.

Buscava-se, então, conciliar a necessidade de harmonização de todas as relações jurídicas entrelaçadas com a garantia do contraditório e o princípio, de matriz constitucional, de que ninguém pode ser privado de seu direito sem a oportunidade de influenciar o convencimento judicial.

A atenção da comunidade científica foi despertada para o tema das relações dependentes a partir do famoso estudo de Jhering<sup>92</sup> sobre os chamados efeitos reflexos, definíveis como “a reação que um fato jurídico ou econômico exerce sobre os terceiros, ao lado de sua ação própria estabelecida pela lei ou prevista dentro da intenção de seu autor ou do sucessor”. *Sont les mouvements involontaires*, de fato ou de direito, vantajosos ou prejudiciais, transitórios ou perpétuos gerados pela marcha, ou pela inércia, de um outro direito.

Assim, a interrupção da prescrição aquisitiva por um dos co-proprietários a todos aproveita, embora não fosse este um efeito necessariamente previsto ou desejado. Do mesmo modo, a extinção do débito importa a extinção da hipoteca que o gravava. E a renúncia à herança altera por completo a ordem sucessória, atribuindo a terceira pessoa, a despeito de sua vontade, e até mesmo contra esta, os direitos compreendidos no monte.

No que concerne à coisa julgada, debatia-se se o contorno dado pela sentença transitada em julgado à relação jurídica condicionante, ou prejudicial, seria de algum modo vinculante para todos aqueles titulares de posições dependentes, preexistentes ao processo.

Concretamente, que ocorrerá com a hipoteca se, ao julgar ação declaratória movida por terceiro em face do devedor hipotecário, declarar o juiz a inexistência, ou impertinência subjetiva, da propriedade, de cuja costela nasceu aquele ônus, considerando que só o vero proprietário está legitimado a constituí-lo?

---

<sup>92</sup> R. Von Jhering, Des Effets Réflexes, in *Études Complémentaires de L'Esprit du Droit Romain*.

A opinar sobre o tema tínhamos de um lado os adeptos da chamada doutrina substancial da coisa julgada, de outro os seguidores da doutrina processual. Os primeiros acreditavam que o julgado modificava o estado de direito imprimindo à relação jurídica uma nova configuração. Os segundos, ao contrário, sustentavam que a sentença não altera a situação material e exaure sua eficácia na formação de um preceito processual que veda ao juiz, nos juízos futuros, o reexame daquilo que foi decidido.

Exemplo confesso do primeiro grupo era Enrico Allorio, segundo quem *“L'accertamento del rapporto pregiudiziale influisce sul rapporto dipendente per questa via: che quella parte della fattispecie del rapporto dipendente, che è costituita dal rapporto pregiudiziale, resta fissata secondo le linee tracciate nella sentenza. La discussione su tutti gli altri elementi della fattispecie è tuttora aperta...<sup>93</sup>.”*

Esta irradiação da sentença por todas as relações interligadas seria consequência natural da nova configuração dada à relação prejudicial. *“Poichè le sorti dei due rapporti giuridici sono inscindibilmente legate, eccezionale è che il rapporto dipendente non reagisca, non che reagisca alle variazioni intervenute nel rapporto pregiudiziale<sup>94</sup>”.*

Para Allorio soa supérfluo falar em limites subjetivos da coisa julgada. O que existe é simplesmente um problema de legitimidade e de limites objetivos. Proferida a sentença entre os legítimos contraditores, e fixado o conteúdo da relação, deve esta mesma relação receber interpretação conforme por absolutamente todos. Os dispositivos que aparentemente procuram restringir às partes a coisa julgada teriam função diversa, de impor limites objetivos à imutabilidade.

Allorio não passou imune com sua teoria. Em um ataque já nem tão recente, expôs outro processualista italiano<sup>95</sup> que “aquelas mesmas normas substanciais, das quais se extrai a existência do nexo de prejudicialidade-dependência entre as relações, não dispõem de fato que o acerto contido na sentença passada em julgado em torno da relação jurídica condicionante seja oponível, imutável e incontrovertível para o terceiro, titular de uma relação condicionada”. Em outros termos, continua o autor, *“quel nesso è una soltanto delle*

---

<sup>93</sup> *La Cosa Giudicata Rispetto Ai Terza*, pg 71.

<sup>94</sup> Allorio, *op.cit.*, pg 79.

<sup>95</sup> Girolamo A. Monteleone, *I Limiti Soggettivi Del Giudicato Civile*, pg 31.

*condizioni, in presenza delle quali potrà affermarsi che il giudicato sul rapporto pregiudiziale è opponibile anche nei confronti del terzo titolare del rapporto pregiudicato.”*

Ao lado deste liame entre as relações seria preciso algo mais, como um texto de lei dispondo a extensão aos terceiros, quando em verdade o que se tem é exatamente o oposto, vale dizer, um artigo restringindo às partes a imutabilidade da coisa julgada.

O mesmo crítico ainda demonstra a contradição intestina da tese. Se o que existe é um limite objetivo do julgado proferido na presença das partes legitimadas, vincular os terceiros titulares das relações dependentes significa cobrir com a imutabilidade algo estranho ao discutido no processo anterior, e estranho mesmo ao pedido precedente. O objeto do primeiro processo é completamente diverso do objeto tratado no feito relativo à relação condicionada.<sup>96</sup>

Não se vá menosprezar o prestígio da doutrina de Allorio e supor que estas críticas foram capazes de lhe subtrair todo interesse. Evidência da vitalidade de seus ensinamentos pode ser identificada em escrito da década de setenta, da autoria de prestigiado processualista. Federico Carpi<sup>97</sup> defendeu a extensão da coisa julgada aos titulares de relações dependentes com uma particular leitura do artigo 2909 do Codice Civile, antes transcrito, onde por “*aventi causa*” se deveria considerar todos os sujeitos “*che traggono la ragione-giustificazione del loro diritto dalle dimensioni di quello accertato in giudizio...*”

Entre os adeptos da chamada doutrina processual destacou-se Liebman, autor da Teoria com maior aceitação no meio jurídico brasileiro e por isto mesmo de essencial importância para aqueles que pretendem compreender como foi a questão, afinal, solucionada. Liebman, em seu clássico *Eficácia e Autoridade da Sentença*, apontou para a coexistência de dois distintos fenômenos.

Por eficácia da sentença compreende-se a obrigatoriedade natural de que ela, como ato de império emanado de um dos Poderes do Estado, seja obedecida por absolutamente toda a sociedade, independentemente da efetiva qualidade de parte.

---

<sup>96</sup> Girolamo A. Monteleone, op.cit, pg 35.

<sup>97</sup> *L'Efficacia “Ultra Partes” Della Sentenza Civile*, pg 295.



Não há diferença alguma na eficácia que atinge as partes ou os terceiros. Muda apenas a imutabilidade dos efeitos, ou do conteúdo, conforme a orientação que se siga. Para as partes agrega-se a esta eficácia natural a imutabilidade da essência da coisa julgada.

Ao analisar como opera a extensão dos efeitos aos terceiros titulares de relações dependentes, diz Liebman que “a sentença que decide da relação que é pressuposto da relação do terceiro, embora seja *res inter alios iudicata* e, portanto, privada da autoridade da coisa julgada com respeito a ele, projeta a sua eficácia natural em relação a todos, e o terceiro não poderá evitar o “prejuízo” que ela produz também para ele, senão demonstrando sua intrínseca injustiça<sup>98</sup>”. E em outro trecho completa. “... poderá dizer-se que tem a sentença para as partes eficácia de presunção *iuris et de iure*; para os terceiros, pelo contrário, de presunção *iuris tantum*.”

Os instrumentos de que dispõem os terceiros, na prática, para provar a injustiça da sentença são vários, consoante ensina Ada Pellegrini Grinover<sup>99</sup>. Podem fazê-lo em defesa, em réplica, em recurso de terceiro interessado, em ação rescisória ou “por ação própria.”

Pondo à prova sua doutrina em circunstâncias concretas, sustenta Liebman que a declaração de nulidade ou a anulação do ato jurídico agem retroativamente e, em consequência, podem opor-se aos “terceiros que tenham auferido direitos à coisa alienada, ainda anteriormente à sentença que pronuncia a nulidade e a anulação, com estrita aplicação da regra *resoluto iure dantis, resolvitur ius accipientis*,” ressalvando-se a estes a contestação da procedência e a repulsa aos meios de prova que, válidos entre as partes, não têm valor contra estas.

A opinião mantida acerca deste tema de crucial importância conformará a opinião de diversos institutos conexos, dos quais se destaca claramente a própria assistência.

Tal como explicita o artigo 50 do CPC, a intervenção como assistente não se defere a qualquer terceiro. Exige-se que seja ele titular de um interesse jurídico, sem especificar precisamente no que este consiste.

---

<sup>98</sup> Eficácia e Autoridade da Sentença, pg 148.

<sup>99</sup> Notas ao § 7º, nº 5, de Eficácia e Autoridade cit.

Uma linha interpretativa<sup>100</sup> adota modelo que se pode denominar “fechado”, em que a intervenção é estritamente ligada à necessidade de tutela preventiva do terceiro a quem se estenderá, reflexamente ou não, a coisa julgada. Paralelamente, uma segunda tendência, intitulada aberta, atribui a legitimação à assistência não apenas na hipótese de sujeição dos terceiros à coisa julgada, como também em diferentes situações em que o terceiro sofre conseqüências fáticas da sentença.

Entre os “fechados”, portanto, marcham os que crêem na compatibilidade constitucional da extensão da coisa julgada como um fenômeno natural, conseqüência dos vínculos entre as relações jurídicas. Já entre os “abertos”, posicionam-se aqueles, dos quais Liebman é referência, para quem fora casos de todo excepcionais não é dado atrelar terceiros à coisa julgada formada em um processo do qual não participaram, qualquer que seja o entrelaçamento mantido entre a própria posição e a posta a julgamento.

**5.4** – Voltando ao nosso trilho original, do qual se afastou momentaneamente o trabalho, resta claro que, para os adeptos da denominada eficácia reflexa da coisa julgada, pouco importa o momento em que se estabelece o vínculo de dependência. Se a imutabilidade é extensível aos titulares de relações jurídicas dependentes constituídas antes mesmo de iniciado o processo, *a fortiori* há de se considerar vinculados aqueles postos em posições dependentes posteriormente ao trânsito em julgado da sentença.

Porém não pode remanescer dúvida alguma, mesmo para aqueles seguidores da construção de Liebman, que pouquíssima utilidade teria a coisa julgada se as partes não devessem se portar, no plano material, de acordo com a norma concreta emanada da sentença e a interpretação dada pelo juízo ao direito objetivo. Se Caio foi declarado não-proprietário de determinado imóvel, certo que não poderá aliená-lo, ou dele destacar direito de uso, de garantia ou de servidão. Faltaria-lhe legitimidade, que “pressupõe uma relação entre o sujeito e o conteúdo do acto e, por isso, é antes uma posição, um modo de ser para com os outros.”<sup>101</sup>

Idêntica ponderação colhe para o titular de qualquer direito cujo título aquisitivo haja sido desconstituído pela sentença, em anulação, rescisão, declaração de nulidade, etc.

---

<sup>100</sup> V. sobre as diversas variações sobre o tema Augusto Chizzini, *L'Intervento Adesivo*, vol I, pgs 45 e seg.

<sup>101</sup> Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª ed., pg 255.

Após o desfazimento cessa para ele a legitimidade para subcontratar ou onerar seu primitivo direito, ainda que não se possa cuidar propriamente de sucessão, ante a diversidade objetiva entre o direito submetido à apreciação judicial e aquele em seguida criado.

De maneira que as diferenças doutrinárias acerca daqueles titulares de relações dependentes preexistentes ao processo devem necessariamente caminhar para a convergência quando sob análise estiverem os vínculos constituídos após o trânsito em julgado. Aqui não se põe, sob o prisma dos terceiros adquirentes, absolutamente qualquer dilema constitucional fruto da imperativa necessidade de preservação do contraditório ou ampla defesa. Há em verdade preocupação de outra ordem, consistente em não subtrair da sentença aquilo que está em sua essência, aquilo que é sua razão de ser, a vocação para declarar o direito, de forma vinculativa não só para o pretense titular, mas também para todos os que vierem a se colocar na mesma posição ou que titularizem relação de conteúdo diferente mas que guarde com o primitivo nexa de dependência lógica.

Visto que ambas as vertentes chegam a idêntico resultado no concernente às mutações jurídicas posteriores à sentença, e que após o trânsito em julgado é irrelevante se de sucessão em sentido estrito se cuida, resta agora investigar para saber se é correta aquela impressão primitiva já antecipada, no sentido de que o artigo 42, mais do que reger as conseqüências processuais de uma sucessão no direito controverso, tem por escopo estender a rigorosamente todos os titulares de direitos dependentes surgidos ao longo do processo a mesma imutabilidade que resultaria do advento da sentença transitada em julgado.

Já vimos que parte da doutrina italiana nega aplicação do artigo 111 do Codice di Procedura às relações dependentes surgidas no curso do processo ao argumento de que aquela norma pressupõe sucessão em sentido estrito e transmissão da mesma relação jurídica posta em juízo. Mas vimos outrossim existirem autores que abrem exceções à regra em obséquio às peculiaridades do caso ou com base em outras normas que não aquela acima mencionada.

Duas destas normas são os artigos 2652 e 2653 do Codice Civile, o primeiro deles visando a regular as *“Domande riguardanti atti soggetti a trascrizione. Effetti delle relative trascrizione rispetto ai terzi.”*

Conquanto transborde os objetivos deste trabalho a análise minuciosa dos citados artigos, é de todo pertinente uma menção honrosa em consideração ao papel por eles desempenhados na opinião dos que preferem alargar a função do citado artigo 111.

Evidente que o escopo dos artigos foi o de reger a extensão sobre os terceiros da própria autoridade da coisa julgada, e não apenas dos efeitos da sentença, vez que do contrário não haveria necessidade de qualquer preceito expresso na legislação civil. Vejamos o § 1º do artigo 2652: nele está disposta a transcrição das demandas de resolução e de rescisão dos contratos, bem como das demandas de revogação das doações.

Pois bem, após determinar a transcrição das demandas, completa o artigo sua disciplina preceituando que *“Le sentenze che accolgono tali domande non pregiudicano i diritti acquistati dai terzi in base a un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda.”*

Ao discorrer sobre o artigo 2652, em clássica monografia, Proto Pisani nega a existência de qualquer coordenação entre o artigo 111 do Codice di Procedura e o artigo 2653, I, do Codice Civile, porquanto o primeiro pressuporia uma identidade de objeto transmitido faltante no segundo. Literalmente *“Le osservazioni svolte nei precedenti §§ 12-15 valgono ad escludere – senza residui di dubbio – qualsiasi possibilità di coordinamento tra art. 111 ed artt. nn. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 2653 nn. 3,4. Non sussiste, infatti, identità tra situazione giuridica oggetto del processo e diritto ogetto del trasferimento disciplinato dal secondo comma dei numeri summenzionati degli artt. 2652-2653.”*<sup>102</sup>

Mas, e aí o ponto fundamental, Pisani não deixa de reconhecer que os dois artigos utilizam do mesmíssimo expediente com idêntica finalidade: *“Riteniamo, cioè, che il legislatore, per risolvere il conflitto sostanziale fra attore che ha ragione e terzo aventi causa dal convenuto, e per tutelare l’esigenza a che la durata del processo non vada a danno di chi è costretto a servirsi del processo per la tutela del proprio diritto, si sia servito del mezzo tecnico dell’efficacia ultra partes della sentenza. La trascrizione della domanda, in tute le ipotesi enunciate dagli artt. 2652-2653 che non rientrano nell’ambito dell’art. 111 CPC, (ha)*

---

<sup>102</sup> La Trascrizione Delle Domande Giudiziale, pg 146.

*la funzione di assogettare all'efficacia (riflessa) della sentenza i terzi aventi causa del convenuto...*"<sup>103</sup>

O próprio Pisani reconhece, porém, a preferência dos autores, que sobre os artigos 2652 e 2653 se debruçaram, por uma interpretação mais ampliativa, de molde a associar as normas versando transcrição da demanda e sucessão no direito controverso<sup>104</sup>.

Cremos que a solução do problema para o direito pátrio, à míngua de uma disciplina equivalente ao Codice Civile, passa por algumas proposições comprováveis cientificamente.

A primeira delas consiste em determinar se seria lógico conferir às duas situações, uma sucessão em sentido estrito e a criação de um direito dependente objetivamente diverso, tratamento diferenciado. E a resposta parece ser a seguinte: o legislador teria a opção de permitir apenas a sucessão no direito controverso, sem contudo tolerar outras obras de engenharia jurídica que resultassem em direitos derivados do objeto do litigioso.

Invalidando estas últimas alterações, ou sancionando-as com ineficácia absoluta, seria despiciendo cogitar de estender a qualquer terceiro desta categoria a autoridade da coisa julgada. Tudo se passaria no plano do direito material e, fosse qual fosse o resultado final, vencedor ou derrotado o alienante, nada salvaria a sorte do ato jurídico. À diferença de tratamento no plano material corresponderia tratamento também distinto no plano processual.

Todavia nada na lei sugere que a pendência do processo iniba de alguma forma a livre disposição dos direitos em seu sentido mais *lato*. Muito ao contrário, e a realidade mostra isto, assim como são comuns as alienações do direito litigioso, também o são as decomposições, o fracionamento e toda sorte de atos que vem à vida marcados pela estrita dependência do resultado do processo.

---

<sup>103</sup> *La Trascrizione ...cit.*, pg 270.

<sup>104</sup> Assim Nicola Picardi, comentando o art.111 em seu *Codice di Procedura Civile*, segundo quem a giurisprudenza sembra orientate ad attribuire all'espressione diritto controverso un significato piuttosto ampio.

A explicar o fenômeno temos a consciência de que o transitório estado de incerteza não deve constranger a livre circulação de bens e direitos, sob pena de imobilização jurídica e conseqüente asfixia econômica da própria sociedade.

Portanto, se houve por bem o legislador liberar a disposição do direito controverso, em seu mais variado espectro, reconhecendo a estes atos plena validade e eficácia, e equiparando-os para todos os efeitos, não se tem como tratá-los de forma diferenciada no concernente à coisa julgada, que deve vincular não somente os titulares de direitos dependentes constituídos após o trânsito em julgado como também aqueles surgidos ao longo do processo. Diria, como o velho brocardo, que *ubi eadem ratio idem jus*.

Paralelamente a estes argumentos, por si suficientes a ditar a interpretação sugerida inicialmente, é preciso ainda ter em mente a força exercida pela máxima “*per citationem perpetuatur iurisdictio*”, vista por Chiovenda como expressão de um princípio ou tendência geral que se manifesta em todo passo das leis processuais, segundo o qual se deve impedir, na medida do possível, que a necessidade de servir-se do processo para a defesa do direito “*Torni a danno di chi è costretto ad agire o difendersi in giudizio per chiedere ragione.*”<sup>105</sup>

Sobre a “*perpetuatio iurisdictionis*” parece justo dizer que traduz o princípio de que o ordenamento processual seja dotado de instrumentos talhados à garantia de que nenhum comportamento de qualquer das partes subtrairá ao seu adversário o proveito do julgamento de mérito. Sob o aspecto fático as inovações ilegais que comprometam a integridade do bem pleiteado são coibidas pela via do atentado (art. 879 do CPC), cuja sentença de procedência ordena o restabelecimento do *status quo ante*. Quer dizer das mutações jurídicas?

São muitas as referências doutrinárias à necessidade de preservação da utilidade do processo. Demolombe, citado por Chiovenda, já ressaltava que o autor, se sair vitorioso, “deve ser posto na mesma situação em que se encontraria se o réu houvesse, no dia da demanda, reconhecido o direito reclamado”.<sup>106</sup> Laurent, a seu turno, também punha em destaque que o autor deve obter “tudo aquilo que teria obtido se a sentença tivesse sido

---

<sup>105</sup> Sulla “*perpetuatio iurisdictionis*”, in *Saggi di Diritto Processuale Civile*, vol 1, pg 273.

<sup>106</sup> *Saggi*, vol I, pg 276.

pronunciada imediatamente, não devendo ele sofrer prejuízo pela demora do juízo.”<sup>107</sup> Falam alguns em eficácia retroativa da sentença, como se declarasse ela o direito tendo por parâmetro o dia da demanda.

**5.5** – Ao passar em revista a doutrina italiana, parcialmente reproduzida no capítulo 3, constatamos que o esquema aqui sugerido não conta com rigorosamente nenhuma adesão explícita. Satta<sup>108</sup>, p.ex., sustenta que o artigo 111 é aplicável quando se vende a propriedade no curso de ação declaratória de servidão, mas nega esta mesma aplicação quando no curso de ação reivindicatória constitui-se “*un diritto reale limitato (es servitù)*”, conflito a ser resolvido com a aplicação “*delle regole sostanziali*”. Esta também a solução proposta por Proto Pisani, nos textos transcritos.

Andrioli enquadra o artigo 111 como instrumento destinado a “sancionar a irrelevância dos fatos que, de outra forma, privariam alguma das partes originais da legitimação para agir...<sup>109</sup>”, o que não o impediu todavia de, divergindo de outros que partiam da mesma premissa, utilizar o artigo 111 para extensão da coisa julgada à hipótese de constituição de direitos reais limitados, onde dificilmente se poderia cogitar de um problema de legitimidade<sup>110</sup>.

Carlo de Marini, com a autoridade de quem escreveu a mais importante obra sobre o tema, opina no sentido da adoção de posição intermediária. A utilização do artigo 111 não pressuporia a alienação do direito litigioso em sua integralidade, consoante se extrai de sua aplicação às alienações constitutivas. Indispensável, contudo, que tenha havido alguma transferência, daí porque<sup>111</sup> ao locatário seria inimaginável estender a coisa julgada, pelo menos como resultado da aplicação do artigo 111.

Não deve o leitor se deixar impressionar pela tendência mais restritiva resultante das opiniões expostas, incorporando-as sem mais ao ordenamento pátrio, quando são tantas as diferenças no direito positivo de cada país. Destas salientamos em particular os antes citados

---

<sup>107</sup> Apud in Chioevenda, Saggi cit, pg 277.

<sup>108</sup> *Commentario Al Codice di Procedura Civile*, Libro Primo, pg 419.

<sup>109</sup> *Diritto Processuale Civile*, pg 584.

<sup>110</sup> Op. cit., pg 583

<sup>111</sup> *La Successione*, cit., pg 20.

artigos 2652 e 2653 do Codice Civile, que conjugados ou não com o artigo 111 do Codice di Procedura, conforme a preferência de cada processualista, resolvem o problema cuja solução, no Brasil, deve ser encontrada exclusivamente no próprio Código de Processo. Por intermédio de ambos resta coberto por assim dizer, o flanco das situações dependentes que não se enquadrem no conceito de transferência.

De ver, porém, que os artigos do Codice Civile não corporificam o fundamento da extensão, àqueles terceiros de que vimos tratando, da coisa julgada. Sua função parece ser outra, a julgar pelas ressalvas no próprio texto da norma. Diz com efeito o § 1º do artigo 2652, em regra repetida diversas vezes nos demais parágrafos; *“Le sentenze che accolgono tali domande non pregiudicano i diritti acquistati dai terzi in base a un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda.”*

A lei não exige que haja o registro do ato de citação para que se tenha a força expansiva da imutabilidade. Muito ao contrário, esta extensão é natural, decorrência do artigo 111, e somente cede se o ato do terceiro for transcrito anteriormente, o que não é a mesma coisa. Caso a citação não haja sido levada aos registros públicos mas deles também não conste a transcrição do ato do terceiro, que pode destarte anteceder a formalidade tomada pelo autor, dúvida alguma existe de que estará o 3º igualmente vinculado à autoridade da coisa julgada<sup>112</sup>.

Se o ordenamento processual brasileiro desconhece um conjunto de regras com esta função de disciplina da posição do terceiro diante do processo, fora das restritas hipóteses de sucessão ou transferência, ainda que parcial, do direito controverso, nem por isto é lícito cogitar de sacrificar o interesse das partes do processo e o interesse do próprio Estado de que seu instrumento de solução de conflitos por excelência não tenha a eficácia subtraída pela criação de direitos incidentes sobre o objeto controverso.

Pelos motivos expostos nos parágrafos anteriores deste capítulo, se de sucessão propriamente se estiver a cuidar, e for ela plena, isto é, de todo o direito controverso, será dado ao adquirente substituir o alienante, preenchidos os requisitos do § 1º, do artigo 42 do

---

<sup>112</sup> Neste sentido Luigi Ferri, *Commentario* a Cura de Scialoja e Branca cit., pg 241, para quem até mesmo o adquirente anterior ao processo sofre a extensão do artigo 2653 se levar seu título a registro após o registro da demanda.



CPC. É a consequência natural da perda de legitimidade da parte original, considerada a doutrina clássica.

Ao revés, se o ato jurídico nascido na pendência do processo não levar à perda da legitimidade mas de alguma forma comprometer a utilidade do processo, pela introdução de um terceiro qualquer, titular de direito dependente, deve-se aplicar disjuntivamente os parágrafos 1º e 3º do artigo 42, mantidos os litigantes originais mas estendendo-se aos adquirentes os efeitos da sentença e coisa julgada.

## Capítulo 6

### A CASUÍSTICA DO ARTIGO 42 DO CPC

Delineada aquela que a nosso ver constitui a razão de ser do § 3º do artigo 42, é hora de testar o esquema à luz de situações jurídicas concretamente consideradas.

De início cabe negar aplicação do artigo 42 às hipóteses de alienação pelo devedor dos bens que garantem a futura execução, em caso de procedência da ação condenatória em curso<sup>113</sup>.

Em primeiro lugar porque o objeto litigioso é constituído pela existência ou inexistência do crédito, e não da propriedade sobre o bem alienado. Em segundo lugar porque o direito transferido não depende absolutamente do resultado final do processo. Em terceiro lugar porque o Código conhece disciplina específica ao trato do esvaziamento do patrimônio do devedor, tipificado como comportamento ineficaz e como tal inoponível ao credor, nos termos do artigo 593, II.

Do mesmo modo, *mutatis mutandis*, é inconcebível a aplicação do artigo 42 à transferência de direito penhorado, ato este que, mesmo distinto da fraude à execução, traz consigo idêntico rótulo de atentatório ao poder jurisdicional do Estado, do qual resulta também idêntica inoponibilidade ao credor.

A sucessão no direito controverso, no sentido antes sugerido, de perfil amplo e consistente na constituição de relações dependentes, pode se dar por meio de inúmeros instrumentos jurídicos: compra e venda, doação, permuta, subcontrato, criação de direitos reais derivados, como na alienação constitutiva. Objeto da sucessão podem ser direitos reais e de crédito, direitos sobre bens materiais e imateriais, principais e acessórios, presentes e futuros, etc.<sup>114</sup>

---

<sup>113</sup> Neste sentido Alvaro de Oliveira, op.cit., pg 145 e seg.

<sup>114</sup> Ver Carlo de Marini, op.cit., pg 58.

Mas deixemos de lado o consenso, neste instante, para analisar as situações mais polêmicas, fruto da destacada influência exercida pela doutrina italiana, a despeito das nítidas peculiaridades dos ordenamentos de cada país.

#### **6.1 - Ações desconstitutivas do ato jurídico (rescisão, revogação, anulação, etc) e declaratórias de nulidade.**

Ensina Von Tuhr<sup>115</sup>, sobre a transferibilidade de direitos, que não se deve confundir a relação jurídica com os diversos direitos que a compõem. Uma coisa é a relação obrigatória, outra, os créditos: “Se A e B concluíram um contrato de venda, o primeiro pode muito bem transferir a C o crédito que deriva para ele do contrato, porém ele continua como comprador, continua sendo titular das obrigações que nasceram do contrato de venda e também de alguns direitos que não se podem separar da relação jurídica, como, por exemplo, de impugnação, resolução, redibição”. Destaca-se apenas que as próprias partes contratantes poderiam outorgar a qualidade de transferível à relação, dispondo ser facultativa a introdução de um terceiro, de modo que este adquiriria, além do crédito, também os direitos de configuração que “fluem da relação jurídica”.

Em longas páginas sobre os assim chamados direitos potestativos, Carlos Alberto da Mota Pinto<sup>116</sup> leciona existirem direitos desta natureza que são suscetíveis de ser transmissíveis separadamente, à parte do crédito ou da relação contratual a que estão ligados. Exemplo desta espécie seria o direito de preferência.

Ao mesmo tempo, continua o civilista português, sabe-se de vários outros que não podem ser cedidos isoladamente “por não possuírem uma função independente, autônoma, mas estarem, antes, em conexão funcional com uma relação já constituída. É o caso, p.ex., do direito de escolha nas obrigações alternativas, da faculdade de denunciar um contrato, do direito da resolução dos contratos, do direito de actualização do conteúdo das obrigações...”

---

<sup>115</sup> *Derecho Civil*, vol 1, pg 274.

<sup>116</sup> *Cessão da Posição Contratual*, pg 234 e seg.

E mais adiante arremata, após elencar os argumentos científicos em suporte de sua tese, que não se podem considerar abrangidos por uma cessão de crédito o direito à resolução do contrato, o direito de modificação do negócio, o direito de denúncia dum contrato de execução continuada, o direito de revogação, o direito de anulação fundado em erro, dolo, coação, etc. Tendem todos estes direitos a “proteger cada parte contra determinadas vicissitudes que afectam a realização do fim contratual<sup>117</sup>.”

No particular do direito potestativo à anulação, salienta o autor que é aquela manifestação da patologia negocial de carácter pessoal e subjetivo, que se manifestaram na pessoa do cedente. “Constituiria algo incoerente poderem ser invocados pelo cessionário, pelo menos sem um acordo especial da sua passagem para este.”

O reflexo destes ensinamentos sobre o artigo 111 do Codice di Procedura e 42 do Código de Processo é palmar. Com efeito, conforme expusemos anteriormente, há autores que persistem em atrelar a disciplina da sucessão processual à perda de legitimidade do alienante<sup>118</sup>, fenômeno que simplesmente não ocorre quando no curso de ação desconstitutiva é transmitido o crédito, o direito de propriedade, etc., nascido do ato jurídico cujo desfazimento se pretende. E como natural consequência, se não existiu alienação do direito litigioso ou perda da legitimidade, impróprio seria o recurso ao art.111 do Codice, ou 42 do CPC. De modo que, além de serem mantidas as partes primitivas, ao adquirente na pendência de ação desconstitutiva não se estenderia a imutabilidade da coisa julgada.

No Brasil, Alvaro de Oliveira merece o crédito de ter, há vinte anos, propugnado a superação do referencial peninsular e definido o direito litigioso como aquele que pode ser “alcançado pela sentença”, daí advindo a inevitável inclusão das ações desconstitutivas no campo de abrangência do artigo 42. Em suas palavras, “O entendimento restritivo apaga a eficácia da sentença, enquanto momento superador e cristalizador da relação agitada no processo”<sup>119</sup>. Foi aliás o próprio Chiovenda quem, escrevendo antes do vigente Codice,

---

<sup>117</sup> Op.cit., pg 246.

<sup>118</sup> Neste sentido Carlo Maria de Marini, op.cit., pg 49, Satta, *Commentario*, Libro Primo, pg 419, Andrioli, *Diritto Processuale Civile*, pg 581.

<sup>119</sup> *Alienação* cit., pg 158. Em sentido contrário decidiu o STJ no julgamento do Recurso Especial 54578-1, Relator o Ministro Ruy Rosado, de cujo voto colhe-se o seguinte extrato: “Ocorre que a ação de anulação, anteriormente proposta, pelos promitentes vendedores, tinha por objeto o desfazimento do negócio jurídico de promessa de compra e venda, envolvendo direito de natureza pessoal. Não versava sobre o direito real de propriedade do imóvel... Portanto, quando efetuada a transmissão da propriedade, não houve alienação de direito ou bem litigioso.”

sustentou que as alienações de imóveis aos quais “*si riferisce una domanda di revocazione, rescissione, risoluzione, non hanno effetto in danno dell’attore, nemmeno nei casi in cui avrebbero effetto se acquistati prima della lite*”<sup>120</sup>.

Destaque-se que preservada a legitimidade do alienante, ao menos como regra, será inconcebível cogitar de sua substituição pelo adquirente, a quem se defere somente a possibilidade de intervir como assistente e assim influenciar o convencimento judicial, como contrapartida de sua vinculação à futura coisa julgada.

## 6.2 - Usucapião

É trivial a afirmação de que escapariam ao regime do artigo 42 as assim chamadas aquisições originárias dos direitos<sup>121</sup>. Nelas não haveria espaço para considerações sobre a legitimidade de adquirente e alienante, mantida inalterada. A autonomia da posição do primeiro em relação ao titular original asseguraria plena imunidade contra a pretensão de se estenderem os efeitos da sentença, daí decorrendo a inutilidade do prosseguimento do feito, fadado a ser extinto por falta de interesse.

A doutrina costuma ser enfática no ponto, fazendo recair no aspecto da autonomia o traço distintivo da aquisição originária. Caio Mário acentua a desnecessidade de se “cogitar de fase anterior ao instante em que a relação jurídica surgiu para o titular,” enquanto Orlando Gomes<sup>122</sup> sustenta que no modo “originário (de aquisição) o direito transmite-se em toda sua plenitude; se derivado transmite-se nas mesmas condições e com as mesmas qualidades e restrições com que existia em poder do transmitente.”

Mas a questão, conforme se verá, está muitíssimo longe de comportar saída por caminho tão simples, a começar pela própria permissa de que o direito adquirido pelo modo originário fique livre de qualquer vínculo anteriormente pendente sobre o objeto da aquisição.

---

<sup>120</sup> Sulla perpetuatio cit.

<sup>121</sup> Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, op.cit., pg 69; Proto Pisani, *Dell’esercizio dell’azione* cit., pg 1223; Carlo Maria de Marini, op.cit., pg 58; Virgilio Andrioli, *Diritto Processuale Civile*, vol I, pg 575.

<sup>122</sup> *Introdução ao Direito Civil*, pg 250.

Onde a dúvida apresenta maior relevo é na subsistência dos direitos reais sobre coisa alheia, como servidão, usufruto ou hipoteca, quando no curso do processo se opera a aquisição por terceiros dos imóveis sobre os quais aqueles recaem. Intuitivo que a vingar a assertiva de ser a aquisição originária sempre plena, todos estes direitos desapareceriam, libertando a nova propriedade dos ônus sobre ela pendentes.

Mas ao se passar em revista a doutrina que sobre o tema se debruçou descobre-se, de forma até surpreendente, a existência de verdadeira cizânia a respeito, particularmente entre os mais antigos.

Luiz da Cunha Gonçalves<sup>123</sup> afirma “que os poderes jurídicos do antigo proprietário são havidos como extintos desde o início da prescrição, e, por isso, caducam todos os direitos reais por ele posteriormente constituídos a favor de terceiros, e que não perturbaram, nem interromperam a posse do prescribente, ficando salvos somente os actos anteriores à mesma prescrição.” E logo à frente, na página seguinte, arremata: “A coisa fica adquirida *cum sua causa*, isto é, no estado jurídico em que se encontrava ao tempo em que foi iniciada a prescrição, e, portanto, com todos os direitos reais e os encargos que a oneram.”

Azevedo Marques<sup>124</sup> era outro a opinar em semelhante direção. A seu sentir “tornada pública a hypotheca, ninguém, sob qualquer pretexto, pode ignorá-la; e quem adquirir o imóvel, seja por compra, herança, doação ou outros títulos, inclusive a prescrição acquisitiva, adquira-o com o ônus real da hypotheca, ou outro qualquer inscripto.”

Glück<sup>125</sup> assinala sobre o mesmo tema: “*se um terzo possiede la cosa come proprietario bisogna distinguere la prescrizione colla quale egli può acquistare la proprietà dalla prescrizione estintiva dell’azione ipotecaria. La prima non estingue il diritto di pegno e per conseguenza neppure l’azione ipotecaria del creditore contro il possessore perche questi acquiste la cosa cum suo oneri non altrimenti che se l’avesse comprata dal debitore.*”

---

<sup>123</sup> *Tratado de Direito Civil*, vol III, Tomo 2, pg 785.

<sup>124</sup> J.M. De Azevedo Marques, *A Hypotheca*.

<sup>125</sup> Federico Glück, *Commentario alle Pandette*, Livro XX, § 1105.

Windscheid<sup>126</sup> foi mais um dos antigos a opinar a respeito quando dissertou sobre “*il diritto di pegno*”, do qual dizia que “*non si estingue per semplice non uso, e nemmeno per la usucapione della cosa oppignorata, ma esso si estingue solo per via di una usucapione della libertà, rivolta contra il diritto di pegno. Questa ha gli stessi requisiti che l’usucapione della proprietà; soltanto alla buona fede relativa alla cosa deve andar congiunta la buona fede relativa al diritto di pegno...*”

No Brasil mais de um autor foi explícito sobre a matéria. Pontes sustentou que os direitos reais por desmembramento do domínio, ou em garantia, não se extinguem com a transferência ou a aquisição a título originário<sup>127</sup>, esclarecendo em outro trecho<sup>128</sup>: “O usucapiente adquire o direito da propriedade, sem qualquer restrição, se cria que nenhum direito a gravava.” José Carlos de Moraes Sales partiu da premissa de ser retroativa a aquisição por usucapião para afirmar que “os direitos reais constituídos pelo proprietário anterior, ou seja, por aquele que foi atingido pelo usucapião, não podem ser contrapostos ao usucapiente, se não tiverem sido estabelecidos anteriormente ao começo da posse<sup>129</sup>. E há ainda quem distinga entre usucapião ordinário, baseado na boa-fé e no justo título, insuscetível de abater a hipoteca pesando sobre o imóvel usucapido, do usucapião extraordinário, pelo qual se adquire a propriedade livre de todo ônus<sup>130</sup>.”

A afirmação genérica de que o modo de aquisição originário determina, em qualquer circunstância, a extirpação de todo direito real pendente sobre o imóvel adquirido não pode ser aceita, o que mais se evidencia no usucapião ordinário. Quem possui como sua determinada área, confiante em seu título e ciente da incidência de hipoteca e servidão, indicadas naquele documento, continuará a conviver com idênticas restrições ainda que descubra posteriormente ter adquirido o bem *a non domino*. Seria verdadeiramente inexplicável que a invocação da aquisição originária, por si, fosse apta a remover ônus dos quais o adquirente tinha pleno conhecimento.

Tudo ponderado, todavia, não parece que a ressalva seja justificável apenas para o usucapião ordinário. No usucapião extraordinário o objeto da aquisição terá sua extensão

---

<sup>126</sup> *Diritto Delle Pandette*, vol 1, § 248.

<sup>127</sup> Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, Tomo XI, § 1191.

<sup>128</sup> *Tratado*, Tomo XV, § 1693.

<sup>129</sup> José Carlos de Moraes Sales.

<sup>130</sup> Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, *Hipoteca*, pg 150.

fixada pela forma de exercício da posse: se o possuidor respeitou cerimoniosamente a servidão que gravava o bem, permitindo que nela transitasse livremente o dono do prédio dominante, em se cuidando de servidão de passagem, ou que extraísse água da nascente comum, na hipótese de servidão de aqueduto, tem-se a sobrevivência do direito real sobre coisa alheia. O possuidor jamais pretendeu o contrário.

Costuma-se salientar, historicamente, não se aplicarem ao usucapião as máximas *nemo ad alium transfere potest plus iuris quam ipse habet e resolutio iure concidentis, resolvitur ius concessum*. Não se está aqui afirmando o contrário. É absolutamente possível a aquisição pelo possuidor de um direito mais vasto que o de seu antecessor, assim como a impugnação do direito anterior não exercerá qualquer influência sobre o direito segundo sua nova conformação.

Mas suponhamos, concretamente, que o prédio serviente, cujo proprietário embate-se em ação declaratória negativa com o proprietário do prédio dominante, venha a ser adquirido por usucapião, ordinário ou extraordinário. À luz do que já foi exposto, não se dispõe de condições para, abstratamente, afirmar a irrelevância da sentença para o adquirente. A sentença de procedência lhe aproveita. E a de improcedência, provado um comportamento respeitoso no que pertine ao ônus, representará a sobrevivência de uma propriedade limitada, tal como existente antes da aquisição.

Soa apressada, destarte, a afirmação de que ao adquirente originário se apresentam indiferentes os sucessos da ação em curso.

Mesmo para o caso de aquisição de direito de conteúdo idêntico ao objeto litigioso, tudo bem ponderado, encontramos algumas dificuldades teóricas e práticas que comprometem a aceitação confortável da orientação dominante.

Antes de prosseguir, todavia, é preciso fazer uma ressalva. Quando discutimos a aquisição originária temos em mente o terceiro estranho ao processo. Para o réu primitivo opera o artigo 202, parágrafo único, do Código Civil, onde em linhas gerais se repete o preceito do artigo 176 do Código de 1916. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper, regra aplicável à



usucapião por força da remissão operada pelo artigo 1244 do Código Civil. De modo que para ele é inviável cogitar-se de aquisição originária.

É para o terceiro que o problema se põe. Imagine-se que no curso da ação visando a declarar seu direito fosse o autor surpreendido pela aquisição do mesmo por terceiro, aproveitando-se da complacência do réu, sem que inércia alguma lhe possa ser imputada.

Sustentar a imunidade deste terceiro usucapiente, como faz a doutrina em sua integralidade, significa excessiva reverência a dogmas cujos reflexos no cotidiano do processo mostram-se devastadores. Ao lado da posse e sua duração, qualificada pela boa ou má-fé, temos que todo conflito imobiliário ou mobiliário da espécie deve necessariamente atentar para os princípios, para a *ratio* da assim chamada prescrição aquisitiva, e a resultante de seu atrito com os fundamentos inspiradores do artigo 42.

O fundamento ético do usucapião compreende inicialmente a necessidade, nas palavras de Carvalho de Mendonça, citado por Luiz Carpenter<sup>131</sup>, de legitimar o que é contrário ao direito, supondo no titular inerte o abandono de sua posição jurídica. Contemporaneamente, e agora é o próprio Carpenter quem aduz, há a necessidade social de estabilizar as relações jurídicas, dispensando a prova do pagamento, do crédito ou da propriedade cuja origem remonta a fatos distantes.

Os mais modernos continuam a destacar tais elementos, a despeito de uma inclinação mais objetiva, como Caio Mário da Silva Pereira, que aborda a questão pelo prisma da função social da propriedade e da importância de prestigiar o bem usucapido<sup>132</sup>.

Mas em toda construção que se faz ainda merece destaque a inércia de quem assiste preguiçosamente à violação de seu direito ou dele se descarta a ponto de ignorar-lhe os sucessos. E tanto isto é verdade, assinala Tupinambá Miguel Castro do Nascimento<sup>133</sup>, que não corre a prescrição aquisitiva contra os absolutamente incapazes, a quem nunca se poderia acoimar de inertes.

---

<sup>131</sup> *Da prescrição*, 3ª ed, pg 79.

<sup>132</sup> *Instituições de Direito Civil*, vol IV, 7ª ed., pg 104.

<sup>133</sup> *Usucapião*, 6ª ed, pg 11.

Já no artigo 42 do CPC encontramos a antítese do usucapião, encontramos, isto é, a preocupação de bem tutelar aquele que não está inerte e socorreu-se do Judiciário para o reconhecimento de seu direito, e por cuja demora estrutural não deve ser prejudicado.

A tese da intangibilidade do adquirente a título originário, em particular do usucapiente, somente pode ser aceita no que concerne àquele que possuía com *animus rem sibi habendi* antes mesmo de iniciado o processo onde surgida a dúvida acerca da titularidade ou limites do direito objeto da aquisição. Para este o processo do qual não foi parte constitui *res inter alios*, incapaz de interromper a fluência do prazo aquisitivo cuja consolidação viria a consumir-se com a soma do período anterior e posterior à citação. Competiria ao autor esbulhado, p.ex., se de reintegração se cuidasse, apurar a identidade do ocupante de seu imóvel e a ele dirigir sua demanda. E pela omissão que deixou intocado o verdadeiro possuidor é justo que pague com a perda da propriedade em detrimento de quem a adquire após prolongado tempo de posse pacífica.

Idêntica solução não pode ser acolhida ou mesmo tolerada, ao menos de forma automática, quando a posse do usucapiente começa a fluir no curso do processo, o que importaria exigir do autor estrita vigilância sobre as alterações ocorridas não só no tocante à figura do possuidor, como também à natureza de sua posse, tarefa esta, convenhamos, de difícil execução.

Com efeito, ao autor se imporia o fardo de saber quem está em seu imóvel, ou na posse de seu bem móvel, além de investigar a que título dá-se esta ocupação: se por força de ato jurídico equiparável a uma sucessão, e por isto abrangido pela tradicional hermenêutica dada ao artigo 42, ou se em posse *ad usucapionem*, caso em que deveria desistir da primitiva ação, com o inconveniente de não ver declarada frente ao réu primitivo a existência de seu direito, além de voltar-se contra o novo ocupante, e contra o próximo que entrar em seu lugar, em verdadeiro e eterno círculo vicioso.

O fenômeno pode ser sentido facilmente nas ações possessórias, em que com frequência defronta-se o autor com a impossibilidade prática de nomear um a um os diversos invasores de suas terras, ou ainda, quando isto se mostrou viável no início, de acompanhar o fluxo de entrada e saída de pessoas, entre as quais não se verifica sucessão em sentido estrito.

E como o direito existe para a disciplina e o trato do palpável, do real, não fecharam os tribunais seus olhos às angústias do autor, deferindo sistematicamente o mandado de execução para desalijo de todos aqueles, a que título fosse, que se encontrassem de fato na condição de esbulhadores do bem cuja reintegração na posse se busca.

Muito bem, interessa agora saber como opera a litigiosidade do direito: estendendo ao usucapiente a coisa julgada, *ex vi* do artigo 42, § 3º, o que significaria tornar o usucapião inoponível ao reivindicante, ou simplesmente obstando a própria aquisição, no plano material.

A primeira hipótese seria extravagante, isto é, cogitar de uma aquisição originária relativamente ineficaz. Resta a segunda. Tanto no Código Civil (artigo 1239) quanto na Constituição Federal (artigos 183 e 191) encontra-se a exigência de que à posse com *animus domini* acresça-se a falta de oposição. E esta, estou convencido, deve ser aferida à luz do caso concreto, presumindo-a, contudo, da mera existência do processo, cuja litispendência haja sido inaugurada antes do início da posse.

Não há necessidade de que esta “oposição” seja redirecionada a cada novo possível ocupante, a cada novo possuidor, a cada nova ameaça, propondo-se uma também nova ação, o que já se assinalou ser, na prática, virtualmente impossível.

Como regra a “oposição” ao primitivo réu e sua citação bastam e obstam a aquisição por usucapião, a menos que se evidencie, na via própria, que o autor reivindicante estava ciente da existência do novo possuidor e da natureza também originária de sua posse. Não há de ser suficiente que este terceiro alegue o abandono do bem pelo réu original e a ausência de sucessão em sentido estrito para assim pretender adquiri-lo, ao argumento de que a suspensão do prazo aquisitivo ao longo do processo contra a parte primitiva não lhe é oponível. Sua posse há de ser ruidosa, estrepitosa, dada enfim ao conhecimento do adversário.

Proferida a sentença, será ela, então, executada contra quem quer que no bem se encontre, qualquer que seja o título e a duração de sua posse.

Com estas ressalvas, e somente agora, é possível acolher o alerta feito pela doutrina. De fato, alguém que se diga adquirente originário por usucapião não terá legitimidade para substituir qualquer das partes. E se de fato adquiriu, é irrelevante que a

sentença favoreça autor ou réu, de cuja posição jurídica, afinal, não depende. Mas nada disto importa em negar a função protetora do artigo 43, de um lado garantindo que a execução da sentença proferida se fará contra quem quer que na posse do bem se encontre, e de outro constringendo o novo possuidor, no plano material, à prova de que sua posse originária, porque desvinculada da parte demandada, era visível ao reivindicante ou autor da possessória, e como tal a ele oponível.

### 6.3 - Arrematação

Embora divirja, em particular a mais antiga, sobre a natureza da arrematação (contrato, ato do Estado, etc.), é pacífica a doutrina em reconhecer-lhe a qualidade de sucessão a título derivado. E isto significa que a aquisição da propriedade, mormente em se tratando de bens imóveis, depende da existência e dos limites deste direito e sua titularização pelo executado.

Leonardo Greco<sup>134</sup> leciona que o “arrematante é sucessor do executado na propriedade do bem ou na titularidade do direito arrematado, mas não adquire sobre aquele bem mais direito do que o que detinha o executado. Desse modo, o terceiro que se julgar com direito ao bem, não derivado do direito do executado, pode opor embargos de terceiros no curso da execução para anular a arrematação, ou posteriormente, reivindicar o bem em ação direta contra o arrematante.”

A satisfação do débito faz-se com os bens do devedor, destaca Carlos Alberto Alvaro de Oliveira<sup>135</sup> citando o artigo 591 do CPC, e só com eles, de modo que atribuída a outrem a propriedade, ao arrematante estende-se a coisa julgada por força do artigo 42, § 3º<sup>136</sup>. Por aí se vê a utilidade de aplicação de todo o mecanismo do referido artigo, a saber, a licença para a substituição consensual do alienante pelo adquirente ou, em caso de sua impossibilidade, intervenção deste último em assistência cuja modalidade será objeto de oportuna análise.

---

<sup>134</sup> *O Processo de Execução*, vol 2, pg 370.

<sup>135</sup> *Op. cit.*, pgs 134/136.

<sup>136</sup> Neste sentido também Carlo de Marini, ao menos para os bens imóveis, salvas as normas sobre a transcrição própria do direito peninsular (*op.cit.*, pg 79).

Perdido o bem arrematado, assegura-se ao adquirente recuperar o lance caso este ainda esteja depositado em juízo. Do contrário, pago o credor, deste e do devedor poderá exigir o competente ressarcimento. O primeiro não pode satisfazer-se, e o segundo forrar-se, com bem alheio<sup>137</sup>.

Araken de Assis<sup>138</sup> inclui entre os devedores do arrematante o próprio Estado, que teria, ao sub-rogar a vontade do executado e decidir o domínio a favor de terceiro, assumido o risco do qual resulta sua responsabilidade.

Mesmo que do edital conste a advertência sobre a pendência de ação acerca da propriedade do bem penhorado, não tem aplicação a regra do artigo 457, antigo artigo 1117, II, do Código Civil de 1916, em que se pressupõe ato de natureza negocial. Ademais, é preciso ter em mente que ao arrematante não foi dado ajustar o preço de acordo com o risco do negócio. Pagou pelo bem de acordo com a avaliação. Por fim, sustentar o contrário só viria a reduzir ainda mais o universo dos licitantes, com todas as conseqüências para a já combalida execução brasileira.

#### **6.4 - Desapropriação**

Qualificada como modo de aquisição originária da propriedade<sup>139</sup>, a desapropriação seria estranha ao mecanismo do artigo 42, tal qual se sustenta no tocante ao usucapião, sem prejuízo das ressalvas que levantamos. Isto se explica porque, não extraindo o expropriante sua posição de qualquer direito preexistente, seria irrelevante a vitória de A ou B e por isto inútil a intervenção em favor de um e outro<sup>140</sup>.

Referimo-nos, naturalmente, a uma desapropriação que ocorra na pendência de processo versando o direito, seja ele qual for. Porque se no curso da ação expropriatória dispuser do bem o expropriado, sem dúvida alguma estará a reger o episódio o regime da

---

<sup>137</sup> STJ, REsp 625322-SP.

<sup>138</sup> *Manual do Processo de Execução*, 3ª ed, pg 558.

<sup>139</sup> Assim Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 15ª ed, pg 734.

<sup>140</sup> Neste sentido Carlo de Marini (op.cit., pg 58), Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (op.cit, pgs 73/74) Proto Pisani (*Dell'esercizio dell'azione*, cit) e Andrioli (op.cit., pg 575).

sucessão no direito controverso. São duas e distintas as hipóteses: a desapropriação no curso de um processo e a alienação na pendência do processo expropriatório.

Sendo certa a assertiva de que a posição do expropriante independe de quem seja o vencedor da disputa pela propriedade, o único reflexo da composição deste conflito sobre o processo expropriatório seria sentido no momento de se levantar o valor depositado, qual previsto no artigo 34, parágrafo único, do Decreto-Lei 3365.

De se ressaltar apenas que ao propor a ação expropriatória o Poder Público apontará para o pólo passivo aquele dos contendores em cujo nome estiver o bem registrado (se de imóvel se cuidar), proprietário presumido por expressa disposição legal. Surge daí, então, a possibilidade de que vencedor da disputa pela propriedade seja o outro litigante, estranho à desapropriação, em relação a quem será ineficaz a sentença que vier a fixar o justo valor do bem expropriado.

Isso significa, concretamente, que a este suposto vencedor permanecerá aberta a porta para questionamentos acerca do preço adequado ou até para a condenação do expropriante ao pagamento do total devido, caso o montante depositado já haja sido recebido pelo réu primitivo. Também permanece franqueado o desafio do próprio decreto de desapropriação, estranho como se sabe ao procedimento legal, pelo menos quando a demonstração da invalidade carecer de provas incompatíveis com o Decreto-Lei 3365<sup>141</sup>.

O que destaca a doutrina e justifica a tese de inaplicabilidade do artigo 42 é que, à míngua de uma sucessão, é impróprio cogitar de dependência entre a propriedade do Estado e a reconhecida titularidade do expropriado. Inaplicável aqui o brocardo “*resoluto iure concedentis, resolvitur ius concessum*”. Chega a ser enfática a jurisprudência. Como o assentado pelo STJ no julgamento do REsp 37318: “Administrativo. Desapropriação. Perquirição sobre Títulos de Propriedade do Bem Expropriado. Possibilidade somente Quando do Levantamento do Preço (Art.34 Decreto-Lei 3365/41) Título Registrado em nome dos Expropriados.”

---

<sup>141</sup> No sentido de que o art. 20 do Decreto-Lei 3365 não obsta a argüição de toda nulidade do ato expropriatório que seja “objetiva” e “indisputável”, Celso Antônio Bandeira de Mello, op.cit., pg 759. Contra, sem graduar a nulidade, Resp 151243.

De se observar, contudo, que em certas circunstâncias a vitória do adversário do expropriado pode significar a diferença entre a validade ou invalidade do decreto de expropriação, do que resultará, a seu turno, o direito de reivindicação ou, quando impossível este, pagamento de perdas e danos. É o que se teria quando a disputa da propriedade envolvesse o expropriado e, de outro lado, pessoa pública superior às forças do expropriante, no sentido dos parágrafos 2º e 3º do Decreto-Lei 3365.

Assim, p.ex., se algum Estado decretasse a utilidade pública de bem registrado em nome do particular mas que constituísse objeto de litígio entre este e a União Federal. Atribuída a propriedade a esta última, e sendo vedada aos Estados a desapropriação de bens de domínio da União, tem-se nítido o nexo de dependência a justificar não só o pedido de substituição de partes como a intervenção como assistente na falta de consenso sobre aquela. E a coisa julgada formada em favor da União, segundo o exemplo sugerido, haveria de se estender ao expropriante por força do artigo 42, § 3º, do CPC.

## **Capítulo 7**

### **A PROTEÇÃO DO TERCEIRO DE BOA-FÉ**

**7.1** - Conforme visto no breve esboço de Direito Comparado, preocupam-se os ordenamentos estrangeiros, ou ao menos alguns deles, com a tutela dos terceiros de boa-fé que venham a adquirir o próprio direito controverso ou um outro qualquer que mantenha com este vínculo de prejudicialidade/dependência. A respeito são expressos os códigos italiano e português.

No Brasil não se conhece nada igual: nenhum dispositivo assume declaradamente a função de disciplinar em que medida, e com quais requisitos, é lícito aferrar os terceiros em tais condições à coisa julgada formada em sua ausência ou até, o que é pior, em sua ignorância.

Mas a necessidade de impor limites a tamanha irradiação é algo mais forte, decorrência da velocidade do comércio jurídico, em pleno e constante embate com a segurança jurídica. Por isto não tardou a jurisprudência a encontrar algum fundamento legal para proteger os terceiros, impondo limites ou condições para a extensão dos efeitos da sentença e da imutabilidade proporcionada pelo julgado.

No Direito Nacional, o único dispositivo a servir de consolo para os que queiram tutela semelhante à encontrada no exterior é o artigo 167, inciso I, nº 21, da Lei de Registros Públicos, segundo o qual são registráveis as citações de ações reais ou pessoais reipersecutórias relativas a imóveis. Observe-se que nada na lei esclarece, ou sequer sugere, a finalidade deste registro, semeando incontáveis dúvidas sobre as quais a doutrina, consoante se verá, não logrou fixar harmônica interpretação.

Para que serve o registro e quais as conseqüências de sua falta? Há diferença funcional entre o registro das ações reais e o registro das pessoais reipersecutórias? Que dizer dos direitos sobre bens móveis ou dos direitos de crédito?



A esta pesquisa, sem pretender exaurir o assunto, passamos a nos dedicar a partir de agora.

**7.2** – A proteção do terceiro de boa-fé vem sendo analisada menos à luz do artigo 42 do CPC e mais sob o enfoque da fraude à execução disposta pelo artigo 593 do CPC para duas hipóteses diversas: no inciso I, cuida-se da alienação ou oneração de bens quando sobre eles pender ação fundada em direito real; no inciso II, preocupa-se o legislador com o esvaziamento do patrimônio do devedor no curso de ação que possa levá-lo à insolvência.

Destes dois incisos é torrencial a jurisprudência sobre o segundo, até pela maior frequência de ações condenatórias e execuções aptas a, se acolhidas, levar o devedor à insolvência. Vem prevalecendo, no ponto, a orientação de que “Também é necessário provar-se que o adquirente tinha ciência da existência da execução fiscal contra o alienante para que se configure a fraude. Como a penhora do imóvel não foi sequer levada a registro, caberia ao credor provar que o terceiro tinha ciência da demanda em curso.”<sup>142</sup>

Percebe-se uma aproximação da fraude à execução à fraude contra credores, particularmente na exigência do mesmo *consilium fraudis* essencial a esta última. Na sua falta, na incapacidade de provar o autor ou exequente a má-fé do adquirente, resistirá incólume a alienação feita pelo devedor, imunizada contra futuras investidas.

As razões que solidificaram tal entendimento são evidentes. O devedor, malgrado seu débito, ostenta a condição de legítimo proprietário. Quem dele compra adquire *a domino* e, se de boa-fé, deve ser protegido a bem do comércio jurídico.

Por vezes não terá o adquirente como, ainda que tudo tente e obre com a máxima cautela, visualizar o passivo do alienante e o risco para o negócio decorrente de ações ajuizadas, ações propostas longe do foro de situação da coisa de onde, provalvemente, provêm as certidões utilizadas na escritura.

---

<sup>142</sup> RESP 211118/MG. No mesmo sentido RESP 494545/RS, RESP 225091/GO, RESP 103719/SP, RESP 178016/RS e RESP 489346/MG.

Já ao credor ágil, diversamente, não é difícil a obtenção de medidas coercitivas capazes, não de imobilizar o patrimônio do devedor, mas de sinalizar aos terceiros o perigo de contratar a aquisição de bens que componham aquela universalidade.

Entre um e outro, portanto, nada mais natural que a opção pelo primeiro, pelo adquirente de boa-fé, a quem se favorece em obséquio à necessidade de preservar a circulação econômica.

Destaque-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no ponto, não inovou aquilo que já sustentava a melhor doutrina. Em escrito sobre o assunto<sup>143</sup> quando ainda integrante do Tribunal de Justiça de Minas Gerais opinou Sálvio de Figueiredo no sentido de que o estudo da matéria “não deve ser focalizado sob a ótica da necessidade ou não do registro, mas sim do ônus da prova ....Assim, se o credor não promove o registro da citação, a fraude de execução somente estará caracterizada se ele, credor, vier a demonstrar a ciência, pelo terceiro, adquirente, ou beneficiário da oneração, da existência da demanda em curso.”

Negar a fraude, quando alienado bem que sirva de garantia ao pagamento do débito, significa preservar a alienação e reconhecer-lhe eficácia e validade. Mas isto, a bem dizer, nenhuma relação guarda com os artigos 42 e 593, I, ambos do CPC.

Nestas hipóteses de que estamos a cogitar objeto litigioso é o crédito, jamais os bens com os quais se pretende satisfazê-lo e que por isto exercem função nitidamente instrumental.

**7.3** – Quando voltamos nossas atenções para o inciso I, a perspectiva sofre de imediato notável alteração. Na situação prevista pelo legislador – ações fundadas em direito real – deseja o autor obter o próprio bem, móvel ou imóvel, alienado pelo devedor, seja porque se afirma seu proprietário, seja pela presença de outros *jus in re*.

Supondo que o autor tenha realmente direito ao bem, ou que este lhe pertença, a questão posta pela Lei de Registros Públicos, ao dispor o registro do ato de citação, é agora

---

<sup>143</sup> Fraude de Execução, in *Revista Forense*, v.82, n.293, p. 3-9, jan/mar., 1986.

substancialmente distinta da proporcionada pelo inciso II do artigo 593: lá não tinha o credor direito ao bem, pertencente ao devedor.

Seria lícito supor, então, que também aqui perdesse o autor o direito de haver o bem como consequência da falta de registro do ato citatório, lançando-lhe sobre os ombros o fardo de provar a má-fé do adquirente, de outra forma mantido eternamente com o status de legítimo proprietário?

Vejamos o que diz a respeito a doutrina mais abalizada.

Segundo Liebman<sup>144</sup>, cuidando da situação do artigo 855, I, do CPC de 1939, semelhante ao atual 593, I, “para ciência dos terceiros, as citações relativas a estas ações, em se tratando de imóveis, devem ser inscritas no registro imobiliário, e a falta desta inscrição obrigará o credor a provar o conhecimento por parte do terceiro da existência do processo pendente.”

A primeira crítica sobre a exposição de Liebman repousa no emprego genérico do termo “credor”. É verdade que o artigo 593, I, pode servir a execuções hipotecárias<sup>145</sup> em que própria a denominação, mas há de se ter em mente, outrossim, a utilidade do dispositivo no concernente a outros direitos, como aquele do proprietário em ação reivindicatória, quando nem sempre se cogitará de relação de crédito e débito. Porém o que não explica o mestre italiano é a outra metade do problema: certo que não há fraude sem o registro ou prova da ciência, pelo adquirente, da ação em curso. Mas significará isto a perda definitiva do imóvel para o autor que deixou de efetuar o registro de citação?

Alcides de Mendonça Lima segue a mesma toada. “Não basta, porém, a simples ação em juízo, já proposta, isto é, com citação do réu, para que a “fraude de execução” se caracterize de modo absoluto, envolvendo o terceiro adquirente. É indispensável a formalidade da inscrição da citação do réu em tais ações no Registro de Imóveis, referentes aos bens<sup>146</sup>.”

---

<sup>144</sup> *Processo de Execução*, 3ª ed., pg 85.

<sup>145</sup> Leonardo Greco. *O Processo de Execução*, vol.II, pg 39.

<sup>146</sup> *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VI, 5ª ed., pg 479.

Tal qual Liebman, nada se esclarece sobre o que significa negar, nestes casos, a ocorrência da fraude. Na hipótese do inciso II, todos sabemos, a eficácia plena da alienação liberta o adquirente. Mas que dizer das ações fundadas em direitos reais?

De fundamental importância a opinião de Arruda Alvim, com matizes todo próprios e por isto mesmo merecedores de transcrição<sup>147</sup>. Começa o articulista frisando que na “hipótese do artigo 593, I, o direito do autor, que vier sair vencedor da ação reivindicatória, será significativo do seu direito de propriedade, e, correlatamente, ausência de propriedade do réu, o qual, como (a título de) proprietário se tenha defendido na ação reivindicatória; conseqüentemente, a solução é eminentemente pautada em critério de direito material, uma vez que ninguém (o réu) pode transferir direito que não tenha ...”

Mais adiante observa em outros trechos: “O artigo 593, I, do CPC, estabelece uma hipótese de fraude à execução que se concretizará, e, portanto, assumirá relevância jurídica no caso da demanda real vir a ser julgada procedente. Reporta-se, o Código de Processo Civil (art. 593, I), ao momento em que a coisa se torna litigiosa, eis que se utiliza o legislador, nesse artigo 593, I, da expressão pender. É com o ato de citação válida que a coisa se torna litigiosa (art. 219, caput, CPC), porque com a citação ocorre litispendência, como regra geral”. “Esses dois mandamentos (artigo 42, caput e artigo 42, § 3º, CPC, 1973) já seriam suficientes, no plano do direito processual civil, para se concluir que, alienando o réu, pendente ação reivindicatória contra ele movida, o bem imóvel objeto material do litígio (mesmo sem inscrição) a um terceiro, este, necessariamente, fica submetido à eficácia da sentença. Conseqüentemente, falar em ônus do autor evidenciar a fraude de execução, no caso da demanda real não ter sido inscrita, parece errônea.”

A conclusão a que chega Arruda Alvim desliga o registro, por completo, da extensão ao adquirente dos efeitos da sentença. Sua utilidade estaria em, patenteando a má-fé do adquirente, garantir-lhe a indenização pelas benfeitorias eventualmente feitas. Textualmente opina: “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

---

<sup>147</sup> O Terceiro Adquirente do 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, in Revista de Processo, nº 31, pg 189.

ilegitimidade do terceiro adquirente de bem litigioso, na execução de sentença, ou que diga com a inadmissibilidade da execução em tal hipótese.”

Dentre os vários argumentos apresentados no interessante estudo, Arruda Alvim destaca que o direito de reivindicar, previsto no artigo 524 do Código Civil de 1916, atual artigo 1228 do Código de 2002, existe independentemente da boa ou má-fé do possuidor, cuja relevância surgirá, eventualmente, para fins de ressarcimento pelas benfeitorias ou, acrescentamos nós, de contagem do prazo para usucapião.

Pontes de Miranda<sup>148</sup> também externou suas opiniões sobre o inciso I do artigo 593: “A litispendência de ação real impede a alienação ou gravame da coisa litigiosa, que se há de considerar ineficaz por fraude à execução”. “Mesmo sem a inscrição de que cogita a legislação registrária há fraude à execução, se a parte aliena ou grava ou de qualquer modo faz atingido o bem sobre que versa a ação fundada em direito real. Enquanto não se inscreve a certidão de citação, há ineficácia dos atos do figurante da relação jurídica processual, e isso é consequência ordinária, específica, da litispendência; mas ineficácia relativa, pois só existe a respeito das pessoas que figuram no litígio. A inscrição provisional impede a transcrição ou a inscrição de algum direito sobre o bem. Se uma parte aliena o bem e o adquirente, por sua vez, o aliena o terceiro, a transcrição daquela alienação e o da segunda alienação serão ineficazes, porque a fé pública foi removida.”

**7.4** – A doutrina oscila entre reconhecer ou negar a fraude quando faltante o registro da citação. Nada se esclarece sobre o significado prático de se concluir pela inexistência de fraude. Significaria, por acaso, consolidar a propriedade nas mãos do terceiro adquirente de boa-fé? Para buscar uma solução a este impasse passa-se a ponderar o tema à luz, exclusivamente, das ações fundadas em direito real. Deixaremos de lado as assim denominadas ações “reipersecutórias”, sobre cujo significado preciso não se dispõe de maior consenso.

---

<sup>148</sup> *Comentários ao Código de Processo Civil de 1973*, Tomo IX, pgs 458 e 461.

Tomemos por ponto de partida a ação reivindicatória. Por ela busca-se a declaração do próprio direito de propriedade e a condenação do réu a entregar o bem reivindicado ao legítimo proprietário<sup>149</sup>.

Quem a promove declara ser proprietário a despeito, eventualmente, de não ser seu o nome constante dos registros públicos. Conquanto não tenha repetido o legislador de 2002 o antigo artigo 859 do Código Civil de 1916, segundo o que presumia-se “pertencer o direito real à pessoa, em cujo nome se inscreveu ou transcreveu”, certo é que ainda subsiste tal presunção, hoje como à época tida pela doutrina e pela jurisprudência como de natureza meramente relativa, porque comportando a prova pelo interessado de que divergentes aqueles assentamentos da realidade material que pretendeu refletir<sup>150</sup>.

Existia à luz do Código de 1916, e ainda existe à luz do de 2002, estreita vinculação entre o título hábil à transferência do direito e o registro que lhe é sucessivo, de maneira que declarada a invalidade do primeiro cancela-se o segundo. É este o significado do artigo 1268, § 2º, do Código Civil, ao prescrever que “Não transfere a propriedade a tradição (e o registro é a tradição solene dos bens imóveis), quando tiver por título um negócio jurídico nulo”. E é esta hipótese a que alude o artigo 252 da Lei 6015/73 quando afirma que “O registro, enquanto não cancelado, produz todos os seus efeitos legais ainda que, por outra maneira, se prove que o título está desfeito, anulado, extinto ou rescindido.”

Vale assinalar, a esta altura, como sequer o BGB alemão foi capaz de se desvencilhar deste nexos de prejudicialidade entre o título e o registro. Há muito ensinava Soriano Neto sobre o ordenamento tedesco, em obra verdadeiramente clássica das letras jurídicas nacionais:<sup>151</sup> “ *Si, pois, se realizar a inscrição sem ter por fundamento o negocio juridico-real, si este fôr invalido, em conformidade com os principios geraes, que disciplinam os negocios juridicos, ou carecer ao alienante a faculdade de disposição, inherente àquele negocio, não terá ela o poder de suprir esses requisitos ou purgar-lhes os vícios: o titular do*

---

<sup>149</sup> A afirmação da natureza condenatória da sentença proferida neste tipo de demanda funda-se na opinião majoritariamente acolhida, pela doutrina, contra a qual bate-se Ovídio Batista em seu famoso escrito Reivindicação e Sentença Condenatória, in *Sentença e Coisa Julgada*, 2ª ed., para quem a tutela dos direitos reais, feita no Direito Romano através da *vindicatio*, compatível no presente com as sentenças executivas, não pode ser degradada a ponto de ser reduzida ao velho esquema de *condemnatio romana*.

<sup>150</sup> Maria Helena Diniz, *Sistemas de Registros de Imóveis*, pg 40.

<sup>151</sup> *Publicidade Material do Registro Imobiliário*, pg 110.

*direito real, v.g., o proprietário, que fôr prejudicado com a modificação jurídica, resultante dessa inscrição, poderá requerer-lhe a rectificação perante o registro fundiário ...”*

Diante do acima exposto, é perfeitamente possível, e até freqüente, que alguém, um terceiro qualquer, adquira de quem se apresente como proprietário à luz do registro sem que o seja realmente no mundo abstrato do direito. Talvez o título utilizado no registro padeça de nulidade. Talvez até se cuide de falsificação documental.

De uma forma ou de outra surge aqui o grave problema da opção entre o proprietário verdadeiro e o adquirente de boa-fé, conhecido dilema interpretativo inaugurado pelo Código de 1916.

**7.5 -** À época de sua promulgação, despertou o Código Civil de 1916 enorme curiosidade para a melhor interpretação a ser dada ao seu artigo 859, cujo texto já transcrevemos. Pretenderam muitos autores ver ali a fiel e integral adoção no direito brasileiro da estrutura registral germânica, erguida sobre uma perfeita individualização dos imóveis, com o objetivo de tutelar o terceiro adquirente que confiasse no indício de propriedade propiciado pelo registro.

Seria o nosso artigo 859 a reprodução do § 891 do BGB: “Se, no Livro de Imóveis, a favor de alguém, estiver inscrito um direito, presumir-se-á que o direito lhe cabe. Se, no Livro de Imóveis, estiver cancelado um direito, presumir-se-á que o direito não existe”. E a tal dispositivo, o § 891, atribuiu-se inicialmente a função de principal pilar do princípio da fé pública ou da proteção do comércio adotado pelo ordenamento germânico.

Em que consistiria esta proteção? Já vimos que nada tem de particular o direito alemão no concernente à estreita vinculação entre a validade do título aquisitivo e a transferência do direito real. A invalidade daquele subtrai ao registro a aptidão de efetiva transferência do direito de propriedade, daí decorrendo o divórcio entre os assentamentos registraes e a realidade material.

A peculiaridade do BGB, no concernente à proteção da fé pública, acha-se na adoção do chamado princípio da publicidade material, ao qual se opõe o sistema da eficácia

jurídica formal. Por este último, que vigorava, segundo Soriano Neto, em alguns estados alemães antes do BGB<sup>152</sup>, a inscrição no registro imobiliário opera a modificação jurídica a que visa, ainda que realizada contrariamente ao direito, como se é o resultado de uma falsificação. Neste sistema o falsário, mesmo de má-fé, adquire o direito de propriedade, deixando ao primitivo dono o único direito de promover ação ressarcitória fundada em enriquecimento sem causa.

Diametralmente oposto, o regime da fé pública “faz depender a eficácia jurídica das inscrições da existência de pressupostos jurídico-materiais. Assim, para que a inscrição opere a modificação jurídica visada é necessário o acordo das vontades do verdadeiro titular e do adquirente. Se a inscrição se realiza sem esses pressupostos (faculdade de disposição e negócio jurídico real), é evidente a inexatidão do registro fundiário: pode, então, o verdadeiro titular do direito real, prejudicado por ela, exigir que a retifiquem, e, enquanto se não efetuar a retificação, requerer um assento de contradita .... Mas enquanto não se faz a retificação ou o assento provisório de contradita, a aparência jurídica, que resulta do conteúdo do registro, produz os seus efeitos, para beneficiar o comércio honesto: o terceiro, que, de boa-fé, adquire do inscrito o direito real, confiado na exatidão do registro, é protegido pela ordem jurídica, a despeito de ser inexata a inscrição.”<sup>153</sup>

Representaria o novo artigo a enunciação genérica de um princípio visível em diversos outros pontos do próprio código ou da solução dada pela jurisprudência de inspiração francesa ao conflito entre o proprietário real e o aparente. Já àquela época, quando inexistia qualquer dispositivo semelhante ao atual 1827, parágrafo único, do Código Civil, inclinar-se-ia a *intelligentzia* jurídica pela proteção do terceiro de boa-fé que adquire do herdeiro aparente.<sup>154</sup>

Outro exemplo da regra geral, expressamente positivado tanto no Código de 16 (artigo 968, parágrafo único) quanto no de 2002 (artigo 879, parágrafo único), poderia ser visto na proteção dada pelo legislador a quem adquire bem imóvel do credor que o recebeu como dação em pagamento por dívida inexistente. Porque confiante nos sinais proporcionados pelo registro, o adquirente do proprietário aparente restaria imunizado, reservando-se ao

---

<sup>152</sup> Op. cit., pg 89.

<sup>153</sup> Soriano Neto, op. cit., pg 98.

<sup>154</sup> Francisco Antônio Paes Landim Filho, *A Propriedade Imóvel na Teoria da Aparência*, pg 191.



legítimo proprietário o direito de buscar do credor o equivalente ao seu enriquecimento sem causa.

Foi neste quadro, tendente ao acolhimento do sistema vigente no direito germânico, que escreveu Soriano Neto para provar, de forma irrefutável, com a transcrição de farta doutrina alemã, que o denominado princípio da publicidade material não tinha raízes no § 891 do BGB, mas nos §§ 892 e 893, ambos sem paralelo no Código Civil.<sup>155</sup>

Enuncia o primeiro que “A favor daquele que adquire, por negócio jurídico, um direito sobre um prédio, ou um direito sobre um tal direito, considera-se o conteúdo do Livro de Imóveis como exato, a não ser que uma contradição, contra a exatidão, esteja inscrita, ou que a inexatidão seja conhecida do adquirente.”

Terminou por prevalecer a orientação que seguia a tradição do direito nacional no sentido de proteger a propriedade estática. Ao copiar do ordenamento alemão apenas o § 891, o Código de 1916 criou em favor do proprietário registral uma presunção *juris tantum* da correção do registro fundiário. “Enquanto se não fizer a retificação da inscrição inexata, que está em divergência com a verdadeira situação jurídica, poderá o inscrito, aproveitando-se dessa presunção, invocar seu direito contra quem quer que seja, sem precisar prová-lo. Nada mais.”<sup>156</sup> Porém, jamais se cogitou de privar o verdadeiro proprietário em detrimento do terceiro adquirente de boa-fé.

Com o advento do novo código, renovou-se este compromisso do legislador com a realidade material. Primeiro com a subtração do velho artigo 859 que tanta polêmica gerou, substituído pelo § 2º do artigo 1245. Depois com a introdução do artigo 1247, parágrafo único, do seguinte conteúdo: “Cancelado o registro, poderá o proprietário reivindicar o imóvel, independentemente da boa-fé ou do título do terceiro adquirente.”

**7.6** – Toda esta reconstrução, de natureza quase histórica, permite que se afaste uma das possíveis conseqüências teóricas da falta do registro previsto pela Lei 6015 para as ações fundadas em direito real. É inadmissível que se queira consolidar a propriedade nas mãos do

---

<sup>155</sup> Op. cit., pg 124

<sup>156</sup> Soriano Neto, op.cit., pg 127. Afrânio de Carvalho, *Registro de Imóveis*, 4ª ed., pg 162.

terceiro adquirente de boa-fé como punição ao legítimo proprietário pelo descuido em registrar o ato citatório. Assim como poderia o verdadeiro dono reivindicar o bem diretamente do terceiro, quarto ou quinto sucessores, mesmo que de boa-fé, nada o impede de buscá-lo nas mãos de quem o adquiriu com o status de litigioso, após a citação. O contrário equivaleria a reconhecer espécie de usucapião extraordinário, de prazo brevíssimo, em favor do terceiro adquirente com justo título e boa-fé, algo do qual o legislador não cogitou.

Esta é uma conclusão válida também para outros ordenamentos em que, à semelhança do brasileiro, não se perfilhou o sistema germânico da proteção ao comércio. Comentando o artigo 2653, primeiro parágrafo, do Codice Civile Italiano, segundo o qual *“Devono parimenti essere trascritti: 1) le domande dirette a rivendicare la proprietà o altri diritti reali di godimento su beni immobili e le domande dirette all’ accertamento dei diritti stessi (c. 948, 949, 1079).”*, opina Luigi Ferri<sup>157</sup> no sentido de que *“I terzi non fanno salvi i loro diritti per aver acquistato e trascritto prima della trascrizione della domanda di rivendicazione, come invece avviene per le domande di risoluzione, rescissione, ecc.”*, o que estaria em contraste com o artigo 1159 do Codice Civile, segundo o qual o adquirente a *non domino* somente consolida a sua aquisição com o usucapião de dez anos.

Afirmando a mesma coisa com outras palavras vamos encontrar Ugo Natoli e Romeu Ferrucci:<sup>158</sup> *“Questa precisazione vale anche ad escludere che si possa comunque prospettare la esclusione della possibilità di proposizione delle domande, che qui interessano, contro gli acquirenti dal convenuto che abbiano trascritto il loro atto d’acquisto anteriormente alla trascrizione delle domande stesse.”*

Este também o posicionamento esposado por Proto Pisani<sup>159</sup>. Fundamentalmente, sustenta ele, sacrificar o direito do autor pelo precedente registro do título do terceiro iria de encontro ao princípio segundo o qual tal precedência tem a única consequência de gerar o usucapião abreviado.

---

<sup>157</sup> *Commentario del Codice Civile*, a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, Libro Sesto, pg 286.

<sup>158</sup> *Commentario del Codice Civile*, Libro VI, Tomo Primo, pg 168.

<sup>159</sup> La Trascrizione cit., pgs 178/179.

**7.7** – Há quem se refira ao registro da citação como equivalente nacional da contradita alemã. Leciona a respeito Afrânio de Carvalho que “Ao propor a ação, fazendo citar o titular da inscrição inexata, o prejudicado, portanto, se dirige incontinentemente ao registro para acautelar o seu direito e a boa-fé de terceiros, promovendo a inscrição preventiva de sua contradita.”

Sucedeu, e sobre isto falou-se acima, que a contradita alemã exerce função explicável apenas no ambiente da proteção ao comércio jurídico. Com ela, lá, forra-se o verdadeiro proprietário e reivindicante contra o perigo de ver o bem transferido a terceiros no curso do processo, caso em que se veria tolhido do direito de reivindicá-lo.

Mas em um regime como o brasileiro, de tutela do proprietário real, é difícil cogitar de alguma utilidade de natureza propriamente registral para a anotação no Registro de Imóveis do ato citatório. Aqui sempre se franqueará, com ou sem contradita, a perseguição pelo *vero dominus* de seu direito.

**7.8** – Resta-nos, então cogitar de outras explicações. Começaremos pela primeira delas, sugerida por Arruda Alvim na obra supracitada, para quem o registro do ato citatório foi concebido como instrumento para a demonstração cabal de má-fé do adquirente, com todas as consequências daí advindas, dentre as quais a dispensa de ressarcimento, pelo proprietário, das benfeitorias úteis e voluptuárias realizadas no imóvel (artigo 1219 do Código Civil).

Não há como negar que o registro do ato citatório, ou da pendência da ação, estabelece prova plena de que tivessem ciência os adquirentes sobre a litigiosidade do direito real. Em consequência, também é inquestionável que o registro possa servir de referência toda vez que for relevante precisar a boa ou má-fé daquele mesmo adquirente.

Contudo, e aí a primeira crítica ao pensamento de Arruda Alvim, parece açoitado transformar o registro em prova plena da má-fé do adquirente, ao menos para um dos efeitos cogitados, qual seja o de autorizar ou recusar o ressarcimento pelas benfeitorias úteis realizadas no imóvel. Que o registro seja importante, não se nega. Que seja até indicativo de má-fé, muito bem. Mas ciência da litigiosidade não é sinônimo da certeza de que se está

adquirindo a *non domino*, único caso em que, rigorosamente falando, seria lícito cogitar de má-fé<sup>160</sup>.

Quando trabalha com a fraude à execução do artigo 593, inciso II, ou com a fraude à penhora, vêm os tribunais balizando o reconhecimento da má-fé pelo registro do ato de constrição, cuja falta faz presumir a boa-fé do adquirente, o que é de todo compreensível, se se tem em mente que o bem já se acha, em tais casos, diretamente submetido ao poder jurisdicional do Estado, para garantia de dívida cuja existência foi declarada por sentença ou presumida com a apresentação do título executivo extrajudicial. Fora do inciso II, e tornando ao inciso I, a perspectiva é diversa. Aqui o que existe é uma possibilidade de não ser o alienante titular do direito real transmitido. Estabelece-se uma dúvida de maior ou menor intensidade conforme os argumentos apresentados pelo desafiante.

Este o ponto de vista em consonância com o sistema do artigo 42 do CPC e a consciente opção pela circulabilidade patrimonial. No momento em que admite a alienação do bem litigioso, o legislador sinaliza que a mera dúvida sobre a existência ou titularidade do direito não deve empecer o regular curso da atividade econômica, o mesmo podendo ser dito sobre a forma de fruição destes bens e direitos.

Se devemos a todo custo procurar um marco objetivo e de fácil aferição para fixar o instante de transformação do elemento subjetivo do possuidor, ou pelo menos uma data de presunção absoluta de má-fé, funcionando sem prejuízo da demonstração de que esta se deu em momento anterior, penso que se possa recorrer à data da publicação da sentença que julgar procedente o pedido de reintegração de posse, de reivindicação, etc. A partir daí os argumentos trazidos contra o réu mostram-se, mais do que apenas possíveis ou plausíveis, verdadeiramente prováveis, a ponto de aconselhar parcimônia e comedimento na introdução de benfeitorias úteis e voluptuárias no imóvel na iminência de ser perdido.

Ressalte-se que o artigo 879, inciso III, do CPC, sanciona como atentado tão somente a prática de qualquer “inovação ilegal no estado de fato”. Não é, destarte, toda inovação natural, decorrência do desejo de melhor aproveitar a coisa, própria de quem é dono. Quem compra imóvel para nele residir não está obrigado a aguardar a solução do litígio para

---

<sup>160</sup> A respeito escrevem Luigi Mengoni que “*l’idea di una presunzione assoluta (in senso proprio) di mala fede dei terzi, connessa alla trascrizione è, come già si è detto, inaccettabile*” (*L’acquisto “a non domino”, pg 99.*).

guarnecê-lo de móveis e armários. Também não lhe é vedado dotar o bem de piscina, churrasqueira e outras benfeitorias análogas geradoras de grande valorização porque, talvez, no futuro, possa ser privado de tudo se o adversário do alienante vier a sair vencedor na ação noticiada ao Registro de Imóveis.

A má-fé, em síntese, é conceito subjetivo sobre o qual assim escreveu Tito Fulgêncio: “O ponto de vista do legislador, na caracterização da boa ou má-fé do possuidor, é a intenção, a consciência, a convicção deste: o critério é a subjetividade, ao revés do que se dá com a delimitação da justa ou injusta da posse, em que se tem em consideração o elemento da objetividade<sup>161</sup>”. Por isto, enfim, preceitua o artigo 1202 do Código Civil, como fazia o antigo 491, que a posse de boa-fé só perde este caráter no caso e desde o momento em que as circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente.

Se cabe a esta altura algum tempero histórico capaz de sinalizar de onde surgiu o artigo 167, inciso I, nº 21, da Lei 6015, é bom lembrar que o primeiro diploma legislativo a prever algo semelhante foi o Decreto 18.542, de 1928, cujo artigo 218, posteriormente repetido no Decreto 4.857, de 1939, concebeu a retificação do registro imobiliário “por meio de processo contencioso, que será inscrito.”

Pela data deste, que foi o texto normativo pioneiro na disciplina dos registros públicos, sabemos que ainda reverberavam pela doutrina as ondas de impacto oriundas da promulgação recente do Código Civil, em especial após a introdução do artigo 859, cuja tarefa aparente seria a de marcar o acolhimento no Brasil do figurino registral germânico. Lembre-se que a obra de Soriano Neto antes citada, de crucial importância na solução da contenda, data de 1940, e até ali muitos defendiam abertamente a crença na vigência da proteção ao comércio jurídico.

É razoável supor, destarte, que se pretendesse à época disciplinar a contradita, instituto de fundamental importância no mecanismo de tutela do legítimo proprietário, considerando a estrutura germânica de proteção ao terceiro de boa-fé. No BGB, expusemos anteriormente, a presunção proporcionada pelo registro somente cede se “uma contradita, contra a exatidão, esteja inscrita, ou que a inexatidão seja conhecida do adquirente (§ 892).

---

<sup>161</sup> *Da Posse e das Ações Possessórias*, vol 1, 6ª ed, pg 40.

Sendo esta suposição verdadeira, temos que a vitória da propriedade estática sobre a dinâmica terminou por subtrair toda a potencialidade registral do artigo, deixado nas legislações subseqüentes por honra ao mérito. Quem o comenta sente dificuldade de explicá-lo. Afrânio de Carvalho, p.ex., sustenta que a contradita não tolhe o proprietário registral, mas apenas ameaça seus negócios com a possibilidade de “anulação futura”, como se a falta da anotação blindasse o adquirente de boa-fé perante o proprietário material, conclusão que já provamos ser inaceitável no ordenamento pátrio.

O que restou ao artigo 167 da Lei de Registros Públicos foi a função de referencial, de instrumento para a difusão e publicidade do desafio lançado contra a regularidade registral e a presunção relativa dele emanada. Passou o artigo, naturalmente, a servir de ponto de convergência de todo o ordenamento jurídico, lá onde se mostra relevante a indagação sobre o conhecimento, pelo adquirente, da incerteza sobre a existência ou extensão do direito.

Uma das hipóteses em que esta publicidade mostra-se relevante é aquela destacada por Arruda Alvim, de indenização e retenção do bem imóvel para ressarcimento pelas benfeitorias úteis e necessárias nele realizadas, ainda que não possa assumir o registro status de instrumento bastante para a aferição da má-fé do adquirente.

Exagerou Arruda Alvim, a meu juízo, ao restringir a utilidade do registro a esta hipótese de indenização do artigo 516 do Código de 16, 1219 do de 2002, porquanto existem outras circunstâncias em que pode desempenhar importante papel, mesmo fora do universo estritamente possessório. Assim, p.ex., o artigo 457 do Código Civil, segundo o qual “Não pode o adquirente demandar pela evicção se sabia que a coisa era alheia ou litigiosa.”

Porém, a afirmação mais grave, para os fins do nosso tema, é a que nega qualquer relevância ao registro para os fins de estender ao adquirente a coisa julgada e a legitimidade para figurar no pólo passivo da ação de execução. A tal conclusão chegou Arruda Alvim por dois caminhos distintos.

De fato, segundo o articulista, o direito de reivindicar pode se voltar tanto contra o possuidor de boa quanto de má-fé, conseqüência da opção do ordenamento pátrio pela tutela

da propriedade estática em detrimento do comércio jurídico prevalente no regime do BGB. Ao mesmo tempo, nada nos artigos 42, *caput*, 42, § 3º e 626 do CPC sugere que a execução da sentença contra o adquirente esteja na dependência de sua má-fé ou do registro do processo. Muito ao contrário, os termos do artigo 626 sugerem a irrelevância destes elementos ao preceituar: “Alienada a coisa quando já litigiosa, expedir-se-á mandado contra o terceiro adquirente que somente será ouvido depois de depositá-la.”

São poucos os autores que se debruçam sobre a relevância do registro na execução da sentença proferida em ação reivindicatória, ante os termos do artigo 626 do CPC. De um modo geral limita-se a doutrina a sugerir a inoponibilidade ao autor da alienação feita na pendência da causa, do que decorreria, de forma natural, a expedição do mandado para entrega da coisa pelo adquirente ou seu depósito, este último elevado a condição para exercício do direito de defesa<sup>162</sup>.

Mas há quem de forma mais ou menos profunda opine sobre a relevância do registro. Leonardo Greco<sup>163</sup> afirma peremptoriamente que “Se a coisa tiver sido alienada pelo devedor depois de contra ele proposta a ação de que resulta a execução, ou depois a própria execução, a alienação será ineficaz, em fraude de execução, nos termos dos artigos 592, III e V e 593, independentemente de inscrição da citação no RGI.”

No extremo oposto, e em plena consonância com a opinião externada acerca da fraude à execução, sustenta Alcides de Mendonça Lima<sup>164</sup>, comentando o artigo 626: “O credor apenas se poderá voltar contra o adquirente, se a coisa foi efetivamente alienada pelo devedor, “quando já litigiosa”. Se o bem for imóvel, a citação deverá ter sido inscrita no Registro de Imóveis, para a devida publicidade e ciência do terceiro.”

Passando em revista os argumentos favoráveis e contrários a cada uma destas posições, penso que se possa começar negando importância ao sistema registral brasileiro e à recusa de adoção do Princípio da Proteção ao comércio jurídico, este um dos pilares do pensamento de Arruda Alvim.

---

<sup>162</sup> Assim Humberto Theodoro Junior, *Curso de Direito Processual Civil*, 4ª ed, pg 871 e Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo de 1973*, Tomo X, pg 69.

<sup>163</sup> Op. cit., pg 472.

<sup>164</sup> Op. cit., pg 675.

Embora seja irrelevante, para os fins de permitir a reivindicação, que o terceiro haja adquirido o bem de boa ou má-fé, isto nada tem a ver com os requisitos para que lhe sejam estendidos os efeitos da sentença proferida contra o alienante. Posto de outra forma, é indubitável que o adquirente pode ser demandado pela entrega da coisa pertencente ao reivindicante mesmo que tenha adquirido o imóvel fiando-se na presunção proporcionada pelo registro e, portanto, de boa-fé. Citado nesta ação imaginária terá oportunidade de defender-se amplamente, eventualmente propondo denunciação da lide para reaver o que pagou e, a um só tempo, assegurar ao próprio alienante o direito de defesa.

Porém, e aí o contraste, a execução em seu desfavor de sentença proferida em processo do qual não participou somente será legítima se lhe for dado conhecimento da existência do litígio, mormente quando há à disposição das partes instrumento hábil para tanto.

Eventuais restrições ou mitigações à garantia constitucional da ampla defesa somente podem ser admitidas se, de outra forma, não se conseguir dar efetividade ao direito material ou ao próprio processo. Mas não é isto que acontece com as ações reivindicatórias.

A solução passa necessariamente, portanto, pela aplicação da Constituição Federal e pelo sentido a ser atribuído às garantias de seu artigo 5º. Havendo forma de dar publicidade à pendência da ação, soa equilibrada a propensão dos que condicionam a força expansiva da sentença ao prévio registro. É uma forma de compor estes dois conflitantes interesses: de um lado o autor desejoso de irradiar por toda a cadeia sucessória o conteúdo da sentença, de outro o adquirente que não concebe a possibilidade de ser privado de um seu direito por força de processo do qual poderia ter, mas não teve, conhecimento.

O argumento decisivo é exatamente este, de inspiração pragmática: não há motivo para dispensar o autor do ônus de efetuar o registro quando se sabe da simplicidade da providência e do enorme proveito em termos de segurança das relações jurídicas por ele proporcionado.

Esta a conclusão unânime da doutrina italiana à luz do artigo 2653 do Codice Civile, referido antes no texto, no sentido de que devem ser transcritas “*le domande dirette a rivendicare la proprietà o altri diritti reali di godimento su beni immobili ...*”.



Vários processualistas opinaram a respeito com incomum harmonia, e vale a pena transcrever-lhes as opiniões. Luigi Ferri<sup>165</sup> comenta o artigo 2653, 1, do Codice Civile com estas precisas palavras: *“Vi è stato chi l’ha interpretato nel senso che coloro, che hanno acquistato dal convenuto in rivendica e trascritto il loro acquisto anteriormente alla trascrizione della domanda, abbiano reso inattaccabile il loro diritto. Per una confutazione di questa tesi rinvio a quanto scritto nella nota citata ..... Nel caso della rivendicatoria invece tutti gli acquirenti dal convenuto sono posti su di uno stesso piano in quanto – come è ovvio – in qualsiasi momento abbiano acquistato e trascritto non potranno resistere al vero proprietario quando dirigerà contra di loro l’azione di rivendica. Ma v’è di più. Coloro i quali abbiano trascritto dopo la trascrizione della domanda di rivendica proposta contro il loro autore dovranno subire il giudicato come se avessero preso parte al giudizio. Ecco ciò che stabilisce l’art. 2653, n-1, cpv. Il legislatore si è servito della trascrizione, in questo caso, non per limitare l’effetto della sentenza – come avviene per per le domande di risoluzione, rescissione, etc... – ma per estenderlo: si avrà il giudicato anche nei confronti di chi non è stato parte in causa.”*

Carlo Maria De Marini<sup>166</sup> não diz coisa diversa: *“Nel caso invece di accertamento di proprietà, la mancata trascrizione della domanda non può valere a rendere inattaccabile il diritto acquistato da chi non era titolare; se l’alienante rimane soccombente nel giudizio di accertamento e la sentenza nega la sua proprietà sull’immobile alienato, non può l’acquirente, anche se abbia trascritto anteriormente, vantare un proprio diritto prevalente, perchè egli ha acquistato a non domino ..... Gli acquirente, che abbiano trascritto precedentemente, hanno l’unico vantaggio di non essere colpiti direttamente dal giudicato e di aver diritto ad attendere che venga proposto un nuovo giudizio contro di essi.”*

Para Proto Pisani<sup>167</sup> *“Si deve ritenere pertanto che, in ipotesi di azione di rivendica o di mero accertamento del diritto di proprietà, neppure l’anteriore trascrizione dell’atto di acquisto valga a mantenere in vita sul piano sostanziale il diritto trasferito al terzo. Ciò non tanto perchè un acquisto dal convenuto sarebbe un acquisto a non domino, ma*

---

<sup>165</sup> Rilievi in Tema di Trascrizione della domanda di rivendicazione, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1948, pgs. 269 e seg.

<sup>166</sup> Op. cit., pg 268.

<sup>167</sup> *La Trascrizione* .... cit, pgs. 177 e seg. Ver também Ugo Natoli e Romeo Ferrucci, *Commentario del Codice Civile*, Libro VI, Tomo Primo, pg 168.

*fondamentalmente perchè altrimenti si contraddirebbe il principio, generale in tema di acquisti a non domino, secondo cui la trascrizione vale solo a dar luogo ad usucapione abbreviata, senza precludere l'esercizio dell'azione di rivendicazione da parte dell'effettivo proprietario.”*

No Brasil Carlos Alberto Alvaro de Oliveira<sup>168</sup> não concorda com a atribuição de relevância processual ao registro. “É certo que, olhada a questão só no plano do direito processual, a extensão da coisa julgada não deve variar na medida do conhecimento do processo que tenha o terceiro, alheio à relação jurídica processual: a limitação subjetiva da coisa julgada, como de forma pitoresca escreve De Marini, deve ser aferida objetivamente ... Se o adquirente pode, ou não, forrar-se à operatividade da sentença proferida entre as partes originárias, em virtude de boa-fé, de fé pública no registro imobiliário ou porque a lei civil lhe ressalva a aquisição, é questão concernente apenas ao direito material e que só este pode responder.”

De logo se diga que De Marini, no passo citado, analisava a divergência da doutrina processual à luz do Código de Processo Civil Italiano, o primeiro pós-união. À época muitos achavam que a extensão da coisa julgada ao adquirente ocorresse apenas “*se questi fosse a conoscenza della pendenza del processo al momento del trasferimento del diritto*”. O essencial, explicava De Marini, é que os limites sejam “*determinabili oggettivamente e non altrimenti.*”

Jamais sugeriu o autor italiano que a extensão da coisa julgada pudesse prescindir do conhecimento pelo adquirente da pendência da lide. Ele apenas frisou que esta vinculação não poderia variar “*a seconda della personale e soggettiva conoscenza o meno che abbia avuto del processo una terza persona ad esso estranea.*”

Mas a utilização da data do registro como parâmetro constitui critério suficientemente objetivo capaz de esparcar o risco de submeter a incertezas os limites da coisa julgada. Do registro, em síntese, presume-se de forma absoluta o conhecimento do adquirente a quem, em contrapartida, estendem-se coisa julgada e efeitos da sentença.

---

<sup>168</sup> *Alienação* cit., pgs 244/255.

Outra crítica ao pensamento de Alvaro de Oliveira está no excessivo recurso ao direito material, como se sempre fosse este a ditar a sobredita extensão da coisa julgada.

Conforme já expusemos quando comentamos a tese de Arruda Alvim, não é desarrazoado, ou mal, que o registro da citação sirva de referência ou elemento de convergência com o qual se possa conjugar o direito material sempre que se mostrar relevante estabelecer se de boa ou má-fé o adquirente, do que são exemplos os dispositivos da legislação civil que regem o ressarcimento pelas benfeitorias úteis e necessárias e o direito de retenção, ou aqueles referentes ao direito de evicção. Nestes casos o registro cumpre, de fato, uma função estritamente material.

Sucedem que à consciência jurídica moderna, e os precedentes contemporâneos do STJ em tema de fraude à execução mostram isto, repugna o sacrifício do direito de quem não teve oportunidade de se defender ou ciência do risco que corria, salvo quando isto for absolutamente indispensável e não se conseguir chegar a bom resultado, por outros possíveis caminhos, para a satisfação de interesses igualmente merecedores de tutela.

Daí, desta permanente busca pelo prestígio da boa-fé, extraem os autores argumentos para negar a ocorrência da fraude à execução do artigo 593, I<sup>169</sup>, o que equivale na prática a tolher a extensão dos efeitos da sentença anunciada pelo artigo 42, § 3º, do Código.

**7.9** – Antes de passarmos ao trato das assim chamadas ações reipersecutórias, convém que nos detenhamos sobre as ações reivindicatórias de bens móveis, onde o dramático contraste entre boa-fé e propriedade estática explode de forma ainda mais violenta. E ainda que não seja objeto do trabalho a reconstrução deste delicado ponto sob o enfoque do direito material é inevitável que algumas poucas palavras introdutórias sejam redigidas.

Como é evidente, o grande diferencial da transmissão dos direitos sobre bens móveis reside na geral inexistência de cadastros ou registros aptos a apontar perante a sociedade o nome do respectivo titular. Ao mesmo tempo, pelo elevado número e diversa

---

<sup>169</sup> Lembremo-nos novamente de Liebman, *Processo de Execução*, pg 85, comentando o artigo 895, I, do Código de Processo de 1939.

natureza, são os bens móveis aqueles em que mais acentuada a circulação, por vezes frenética, incompatível com qualquer maior investigação capaz de estabelecer a cadeia sucessória do direito de propriedade.

Foi atento à necessidade de estimular o comércio jurídico que o Código de Napoleão instituiu em seu artigo 2279 o famoso princípio de que “*En fait de meubles possession vaut titre*”, fazendo com que Planiol<sup>170</sup> afirmasse solenemente: “*En matière mobilière, la revendication est souvent impossible en droit français ...*”

O advérbio *souvent* (frequentemente, ordinariamente) deixa entrever hipóteses em que a reivindicação era possível, mesmo perante um terceiro de boa-fé. Com efeito, se o desapossamento ocorresse involuntariamente, em casos de *perte* ou *vol* (figura penal definida como a subtração fraudulenta de coisa alheia) era aquela ação admitida, direito este, diga-se de passagem, paulatinamente restringido, a ponto de obrigar o reivindicante a indenizar o possuidor que houvesse adquirido o bem em certas circunstâncias (na feira, no mercado, em venda pública, etc...) <sup>171</sup>.

Foi significativo o impacto destas idéias sobre a doutrina nacional, dividida quanto à adoção pelo Código de 1916 do princípio francês. Há quem expresse a opinião negativa, como Caio Mário<sup>172</sup>, a julgar pela afirmativa de que “Se o *tradens* não for o proprietário da coisa, a tradição não produz a consequência jurídica da transferência do domínio”. Mas há também os que sugerem ou afirmam peremptoriamente a acolhida no Brasil daquela mesma regra jurídica. Exemplo do primeiro grupo é Orlando Gomes<sup>173</sup>, exemplo do segundo é Basileu Ribeiro Filho<sup>174</sup>, para quem a identificação com o modelo francês podia ser claramente divisada nos termos do artigo 521 do Código de 1916. Se alguém que teve coisa perdida ou furtada pode reavê-la de quem a detiver é porque, a *contrario sensu*, não poderá recuperá-la nas demais hipóteses de perda de posse.

É irrelevante para o presente trabalho aprofundar o estudo da transmissão dos bens móveis. Basta aqui apresentar sinais concretos de que está o ordenamento pendendo de forma

---

<sup>170</sup> Marcel Planiol, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, Tomo 1, 6ª ed, pg 757.

<sup>171</sup> Georges Ripert e Jean Boulanger, *Traité de Droit Civil*, Tomo II, pg 988.

<sup>172</sup> *Instituições de Direito Civil*, vol IV, 7ª ed, pg 125.

<sup>173</sup> *Direitos Reais*, 10ª ed, pg 170.

<sup>174</sup> O Princípio “*En fait de meubles possession vaut titre*” no Direito Brasileiro, in *Rev. de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara*, nº 16, pg 61 e seg.

clara para a tutela de boa-fé. Enquanto o Código de 16, tratando da perda da posse, preceituava em seu parágrafo único que se o objeto fosse comprado em leilão ou mercado sua restituição pressupunha prévio ressarcimento do comprador, o atual Código houve por bem transportar a questão para a Seção IV, do Capítulo III, do Livro III, da Parte Especial, destinada à tradição. Não há mais um mal disfarçado reconhecimento da propriedade aparente através da proteção à posse. Fala hoje o artigo 1268 em perda da propriedade sempre que, nas condições objetivas enunciadas pelo artigo, vier a coisa a ser adquirida por terceiro de boa-fé. Mesmo querendo ressarcir o adquirente, ao contrário do ordenamento de 16, não mais poderá o primitivo proprietário desapossado injustamente recuperar o bem. É uma nova propriedade que surgiu em lugar da sua.

Qual o reflexo desta tutela do terceiro de boa-fé sobre o mecanismo do artigo 42, § 3º, quando em jogo ação reivindicatória sobre bem móvel?

Propôs-se a encontrar uma resposta Alvaro de Oliveira<sup>175</sup>. A seu ver toda a problemática da proteção à boa-fé deve ser abordada mediante a coordenação do direito material com o direito processual. Textualmente afirma que se “o alienante é parte e a aquisição não é originária, estando, contudo, ressalvada pelo direito material ou emprestando este significado à boa-fé, para que o artigo 42, § 3º, incida tornar-se necessário tome o adquirente ciência da litispendência antes da aquisição...”.

No particular dos bens móveis sugere-se, a fim de resguardar o autor, que este adote algum dos meios de publicidade dispostos pelo ordenamento, a saber: registro da citação no cartório de Títulos e Documentos ou a cautelar de protesto do artigo 867 do Código de Processo. Alternativamente teria o autor, ainda, de promover o seqüestro ou a busca e apreensão do bem litigioso. Reconhece, no entanto, a insuficiência dos primeiros, registro e protesto, como instrumentos de efetiva publicidade.

A opinião de Alvaro de Oliveira não é de ser compartilhada porque, como ele mesmo salientou, “A lei material não leva em conta o litígio que, todavia, já está instaurado...”. Realmente, quando a lei civil se propõe a resguardar a posição do terceiro adquirente de boa-fé, ela o faz sem considerar a eventualidade do litígio. Seu prisma é

---

<sup>175</sup> *Alienação cit.*, pgs 250/254.

exclusivamente o conflito de interesses existente entre os particulares no plano do direito material.

Já o interesse protegido pelo artigo 42 é, por natureza, público. Seu objetivo repousa na necessidade de preservar o elementar princípio de que o processo não pode ser instrumento de prejuízo para a parte que tem razão. Por outro lado, a proposta de solução do problema com o emprego de cautelares voltadas a impedir a circulação mobiliária, com razoável aceitação na prática, conflita com a essência inspiradora do artigo 42, fundada na premissa de que a dúvida quanto à titularidade de um direito não deve inibir a atividade econômica.

Logo se constata inexistir saída perfeita capaz de bem acomodar todos os interesses conflitantes: o desejo do proprietário de recuperar o bem, do adquirente de ver declarada sua propriedade e do Estado em preservar a eficácia de suas decisões. Há de se ter em mente, contudo, que o legislador processual já fez sua escolha. Ao não excetuar os bens móveis do âmbito do artigo 42, ciente da absoluta ausência de mecanismos de publicidade aptos a difundir de forma segura a notícia da litigiosidade do direito, o ordenamento claramente apartou o regime de proteção à boa-fé concebido para o direito material dos limites subjetivos do julgado proferido em processo cuja citação antecede a transferência ao 3º, optando por declarar irrelevante, processo em curso, o elemento subjetivo do adquirente.

Note-se que a solução para os bens móveis deve ser necessariamente diversa da encontrada quando se cuida de imóveis, para os quais o ordenamento dispõe de instrumental suficiente, como salientamos. E por isto, enquanto aqui exercem os registros públicos papel de destaque, guindada a inscrição do ato citatório à condição de pressuposto da extensão da coisa julgada e efeitos da sentença, lá basta a condição de litigioso do bem objeto da sucessão.

**7.10** – Fora do campo das ações versando direitos reais existe uma miríade de conflitos acerca da existência ou inexistência de relações jurídicas de natureza pessoal. São ações condenatórias ou declaratórias que assomam ao fórum diariamente.

Para tais direitos pessoais desconhece o ordenamento, consoante sucede com os direitos reais sobre móveis, mecanismo adequado de publicidade que leve a todos os possíveis

interessados a notícia do litígio. E esta insuficiência nos conduz ao anterior dilema de escolher entre um terceiro, cessionário do objeto litigioso, e o vencedor da ação.

Observando e confrontando as duas situações, disposição de bens móveis ou cessão de direitos litigiosos, constataremos que, a despeito da aparente semelhança, mantêm ambas enorme diferença. Como é intuitivo, a geral preocupação com os bens móveis é fruto da aparência de propriedade gerada pela posse, visível e palpável aos olhos da sociedade. Ao mesmo tempo, a circulação desta espécie de bens não discrimina classes ou estratos sociais, integrando o cotidiano dos mais inexperientes, incapazes de encetar investigação outra além da mera observação da própria posse.

Com os direitos pessoais dá-se o oposto. A transferência, por cessão, de direitos desta espécie constitui ato jurídico refinado, privativo dos mais íntimos do mundo empresarial, os quais não se furtarão ao cuidado de medir as chances de sucesso do cedente, abatendo do preço o risco de derrota.

Por isto, termina sendo mais palatável o reconhecimento de que para esta classe de direitos invisíveis a sentença deve necessariamente expandir sua vinculação, sem se cogitar de maiores perplexidades pelo sacrifício do terceiro de boa-fé.

Não há dúvidas, destarte, de que ao terceiro cessionário do direito pessoal litigioso aplica-se o artigo 42, § 3º, do CPC. Pense-se em terceiro que se aventure pela aquisição de direito de crédito em estado de mera afirmação, objeto de processo no qual se busca seu reconhecimento. Para este cessionário, que adquiriu “a palavra” do cedente, é nitidamente menos relevante a preocupação com a boa-fé, diversamente do verificado no universo de bens móveis e imóveis, o universo das pessoas ordinárias, do homem da esquina, com cujas economias deve o Estado se preocupar.

## Capítulo 8

### O ARTIGO 43 DO CPC

**8.1** - Preceitua o artigo 43 do CPC que “Ocorrendo a morte de qualquer das partes, dar-se-á a substituição pelo seu espólio ou pelos seus sucessores, observado o disposto no artigo 265.”

Nítido o mais não poder, o escopo do artigo 43 é diverso daquele intrínseco ao artigo 42. Lá preocupou-se o legislador em disciplinar a legitimidade quando verificada a transferência, voluntária ou não, do direito controverso. Aqui se teve em mira a recomposição do contraditório após a morte da parte original.

É tranquilo em doutrina o entendimento no sentido de equiparar à morte da pessoa física as hipóteses de sucessão a título universal entre pessoas jurídicas, sempre que dela resultar o desaparecimento da parte primitiva, consoante ocorre com a fusão e a incorporação de sociedades<sup>176</sup>.

Por outro lado discute-se se o artigo 43 é de ser aplicado nos casos em que, embora morta a parte, a transmissão do direito controverso não se dá a título universal, mas a título singular, qual ocorre com o legado.

O Codice di Procedura italiano conhece regra específica a respeito, faltante no direito nacional. Dispõe, com efeito, o artigo 111, 2º parágrafo, daquele diploma, que “*Se il trasferimento a titolo particolare avviene a causa di morte, il processo è proseguito dal successore universale o in suo confronto.*”

Tivemos a matéria enfrentada, aqui, por Alvaro de Oliveira<sup>177</sup>, que opinou recorrendo aos ensinamentos de Orosimbo Nonato, segundo quem “o traço diferencial mais colorido, entretanto, entre o herdeiro e o legatário é que este, com a morte do testador, adquire

---

<sup>176</sup> Alvaro de Oliveira, op.cit., pg.111, Carlo de Marini, op.cit., pg 2, Elisabetta Silvestri, in *Commentario Breve*, diretto da Federico Carpi, além do STJ ao julgar o RMS 4949/MG.

<sup>177</sup> Op.cit., pg 111.



o só direito de pedir aos herdeiros instituídos a coisa legada, ao passo que aquele, o herdeiro (legítimo ou testamentário), aberta a sucessão, se investe imediatamente no domínio e posse da herança (art. 1572)”. Por conseqüência, e agora é o processualista quem diz, o seu domínio e posse não lhe são atribuídos pelo *fictio iuris do droit de saisine*. Decorre daí, necessariamente, que falecendo, no curso do processo, o testador, a coisa legada não se transmite automaticamente ao legatário. É sempre indispensável a substituição que o artigo 43 prevê, do de cuius pelo inventariante ou administrador provisório da herança ...”

Não acreditamos ser correta a conclusão alcançada, menos ainda à luz da redação do Código Civil de 2002, cujo artigo 1923 alterou o texto do antigo artigo 1690, pelo qual se conferia ao legatário, realmente, apenas o direito de pedir aos herdeiros instituídos a coisa legada, muito embora dispusesse o artigo 1692, de forma em certa medida contraditória, que “desde o dia da morte do testador, pertence ao legatário a coisa legada...”

Ainda hoje, face ao parágrafo 1º do artigo 1923, é certo, subsiste a vedação de que o legatário entre na posse da coisa, conhecida do regime de 16. Mas não se menciona agora, salvo no artigo 1924, por sua vez equivalente ao velho 1691, “o direito de pedir a coisa legada”, providência que a nosso juízo teve o fito de reforçar a aquisição da propriedade a despeito da ausência de posse.

Não bastasse, é preciso atentar para o fato de que as ordinárias regras de legitimidade possuem uma lógica de estatura constitucional. A legitimidade é reconhecida como instrumento de acesso à justiça para todos os titulares de um direito ou, menos ainda, de um mero interesse. Consoante já se afirmou “*Es indispensable, para la eficacia de los derechos y de las vias tutelares, atender a la legitimación procesal ... El cordón umbilical que anuda lo procesal con lo constitucional no tolera cortarse porque, de ocurrir tal cosa, se puede frustrar el sistema de derechos y el sistema garantista*<sup>178</sup>.”

Trazendo estas considerações ao Direito Civil, não há como negar que, com ou sem a posse do bem legado, é predominantemente do legatário o interesse de ver declarada a existência do direito e a titularidade do *de cuius*. Herdeiros e inventariante dificilmente

---

<sup>178</sup> Germán J. Bidort Campos, El Acceso a la Justicia, El Proceso y la Legitimación, in *La Legitimación*, pg 15.

mostrarão, na defesa do legado, a mesma energia de quem sabe ser o maior beneficiário em caso de vitória.

Deste modo, mesmo que pudesse o legislador, eventualmente, atribuir ao espólio o prosseguimento da ação, convém que se presuma da falta de regramento expresso a legitimação do legatário, o único titular do direito litigioso.

Por fim, colhe que se argumente com uma norma pouco aludida, deslocada por completo de seu sítio natural. Refiro-me ao artigo 1061 do Código de Processo Civil, onde se preceitua que “Falecendo o alienante ou o cedente, poderá o adquirente ou o cessionário prosseguir na causa, juntando aos autos o respectivo título e provando a sua identidade.”

Muito melhor localizado estaria o dispositivo se constituísse um parágrafo do artigo 43, ou um artigo à parte, dentro do capítulo tratando da sucessão processual. Mas isto não lhe tolhe o sentido e a importância.

Com o artigo 1061 o Código está declarando que a substituição da parte, no regime dos artigos 42 e 43, far-se-á pela pessoa que a suceder no plano material. Trata-se de dúvida que há muito acomete a doutrina e já mereceu trabalho específico na Itália<sup>179</sup> à luz do artigo 110 do Codice: quando o artigo 43 prescreve a substituição do *de cuius* por seus sucessores está ele visando aos herdeiros, ou ao contrário está a cogitar daquele que efetivamente vier a sucedê-lo naquela específica relação jurídica?

Naturalmente, nos excepcionais casos de substituição processual não haverá sucessão no plano material como reflexo da morte da parte, donde se impor, na falta de preceito específico, a habilitação dos herdeiros ou do espólio como os únicos em condições de recompor o contraditório.

Fora desta hipótese excepcional, serve o artigo 1061 para duplamente complementar o artigo 43, como a dizer: morta a parte opera-se sua substituição por seus herdeiros, se a estes for transmitido de forma indivisível o direito litigioso, ou ao legatário, ou

---

<sup>179</sup> Francesco P.Luio, “Venir Meno” della Parte e Successione nel Processo, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1983, pg 204 e seg.

ainda àquele para quem, no curso do processo, em vida, houver o *de cuius* alienado a coisa ou direito.

**8.2** - Um dos instrumentos mais utilizados no movimento de privatização empreendido pelo Estado brasileiro durante a década de 90, também escolhido para o processo de reestruturação do Sistema Financeiro após a estabilização da moeda, a cisão de sociedades surge ora como uma sucessão a título singular, ora como uma sucessão a título universal, gerando em uma ou outra hipótese dificuldades técnicas de monta que a jurisprudência vem tentando enfrentar.

Caracteriza-se a cisão brasileira pela transferência do patrimônio em seu sentido técnico, entendido como conjunto de direitos e obrigações<sup>180</sup>. A parcela transferida compõe-se “de quaisquer direitos e quaisquer obrigações da companhia transmitente, mesmo sem nenhuma anterior vinculação entre si. Não terá a parcela vinculação interna alguma, exceto incidental, entre os direitos e obrigações que contém, nem antes nem depois de efetivada a operação<sup>181</sup>.”

Rejeitou-se no Brasil a variante francesa que admite a transmissão de parcela formada só de valores ativos, sem correspondentes obrigações. Nada impede, todavia, que a transferência fuja de uma estrita proporcionalidade, consistindo em considerável parcela do ativo, acompanhada de ínfima parte do passivo da sociedade cindida<sup>182</sup>.

Segundo o artigo 229 da Lei 6404, a cisão pode ser total, quando o patrimônio da pessoa cindida é integralmente vertido, do que resultará sua natural extinção, ou parcial, sempre que se destacar de sociedade, sem liquidá-la, uma fração de seus direitos e obrigações, com sua subsequente transferência a uma ou mais pessoas jurídicas.

Das duas variações possíveis, no que importa com os artigos 42 e 43 e o estudo por nós empreendido até aqui, não há dúvida de que a cisão total atrai a aplicação do segundo dos dispositivos acima citados. Com efeito, desaparecendo a pessoa cindida não há como cogitar

---

<sup>180</sup> Neste sentido Mauro Brandão Lopes, *A Cisão no Direito Societário*, pg 105.

<sup>181</sup> Mauro Brandão Lopes, *op.cit.*, pg 111.

<sup>182</sup> Ezequiel de Melo Campos Neto, *Cisão das Sociedades Limitadas*, pg 24.

de manutenção da legitimidade das partes e de tudo mais que resulta desta estabilidade subjetiva disposta pelo artigo 42.

A sucedê-la no processo, portanto, será uma das pessoas que incorporaram seu patrimônio, com observância do artigo 224, II, da Lei 6404. É preciso observar o protocolo da cisão firmado pelos órgãos de administração das sociedades interessadas para saber os elementos ativos e passivos que formaram cada parcela do patrimônio.

Não é de todo impossível que os termos do protocolo não explicitem de modo suficientemente claro a qual das pessoas foi vertido o direito litigioso. A solução neste caso será utilizar o artigo 233 da Lei das S/A e escolher entre uma dentre as beneficiadas pela transferência do patrimônio, elevadas pelo legislador à condição de devedoras solidárias.

Diferentemente da cisão total, a cisão parcial não comporta, a rigor, a utilização do artigo 43. Das duas uma: ou o direito litigioso constou do protocolo e foi subtraído da parte, e então tem-se a preservação da legitimidade dos litigantes pela aplicação do artigo 42, ou permaneceu a empresa cindida como sua titular, e aí problema algum de legitimidade há por ser resolvido.

Ocorre que em não raras ocasiões a cisão vem se prestando ao escopo de esvaziar os ativos da sociedade cindida, transferindo-os em detrimento dos credores, postos sob a ameaça de verem frustradas as execuções das sentenças condenatórias a duras penas obtidas. Foi o que se deu no Estado do Rio de Janeiro na privatização do antigo Banco do Estado.

Com uma miríade de ações em curso, a maior parte dos ativos pertencentes ao velho Banerj, Banco do Estado do Rio de Janeiro, veio a ser atribuída a uma nova pessoa jurídica, o Banco Banerj S/A, posteriormente privatizado sem o fardo dos débitos pendentes.

Premida pelas circunstâncias, a opção jurisprudencial saiu da conjugação entre os artigos 233 da Lei 6404 e 568, II, do Código de Processo Civil. Concluiu-se que o novo banco, devedor solidário por força da primeira norma, era também sucessor para os fins da segunda norma. Vale a pena transcrever o voto de um conceituado Desembargador Fluminense:

“Ora, ninguém desconhece que o antigo Banerj transferiu para o novo Banerj todos os seus ativos bancários e estabelecimentos comerciais produtivos e que, em razão disso, tornou-se insolvente, tanto assim que teve sua liquidação extrajudicial decretada pelo Banco Central. Chamem-no como quiserem, mas à luz do artigo 229 da Lei das S/A (Lei 6404/76) tal negócio importou, na realidade, em cisão do antigo Banerj, porquanto, como já assinalado, transferiu “parcelas do seu patrimônio” para o novo Banerj, sociedade constituída especificamente para o fim de prosseguir explorando as suas atividades comerciais. Em havendo cisão, não há como negar a sucessão da sociedade que absorveu o patrimônio da empresa cindida<sup>183</sup>.”

Esta linha hermenêutica é emblemática pelos equívocos relacionados ao modo de aplicar os artigos 42 e 43 do CPC, dos quais o artigo 568 constitui mero complemento. Resumindo as premissas interpretativas: a) a sociedade cindida é devedora solidária daquelas para as quais vertem parte de seu patrimônio; b) como devedoras solidárias são as últimas, também, sucessoras e portanto legitimadas à execução.

Começamos indagando se pode a execução ser iniciada em face de devedores solidários que assumiram esta condição ao longo do processo mas que dele não fizeram parte. Ou, posto de outro modo: devedor solidário é sinônimo de sucessor?

Vejamos o que dizia Pontes de Miranda a propósito do art. 568, II: “Somente pode ser executada a sentença contra o vencido, ou, se esse, pessoa física, faleceu, ou pessoa jurídica, se extinguiu, a ação pode ser contra os “seus” herdeiros ou contra os “seus” sucessores<sup>184</sup>.”

Por estas lições tem-se que o inciso não está a cogitar, salvo engano, de sucessores a título singular, mas daqueles que a título universal ocupam a posição jurídica anteriormente protagonizada pelo *de cuius* ou pela pessoa jurídica extinta. E a contrapova desta assertiva está no fato de que de sucessão a título singular no débito é regida pelo inciso seguinte, segundo o qual é sujeito passivo da execução “o novo devedor, que assumiu, com o consentimento do credor, a obrigação resultante do título executivo.”

---

<sup>183</sup> Proc. 1999.001.03733. No mesmo sentido STJ, REsp 310.804 e AgRg no Agravo de Instrumento nº 514.773, e TJRJ, apelações cíveis 2005.001.05126, 2004.001.27246, 2005.001.05005 e 2005.001.02066.

<sup>184</sup> *Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo IX, pg 99.

Pois bem, a solidariedade estendida às sociedades beneficiadas pela cisão não importou seguramente em sucessão do primeiro tipo, a título universal, ou do segundo, a título singular, na medida em que o primitivo devedor continua a existir e a dever. O fenômeno assemelha-se, então, àquilo que a doutrina alemã e suíça denomina de “assunção cumulativa ou de reforço, que se dá quando um terceiro assume a obrigação ao lado do devedor primitivo, sem afastá-lo<sup>185</sup>”. Falamos em semelhança porque na solidariedade imposta pelo art. 233 da Lei 6404 não há manifestação do devedor, no sentido de concordar com o ingresso de um terceiro na obrigação, ou sequer do próprio credor, também esta essencial à assunção de reforço.

Seria, grosso modo, como se no curso do processo celebrasse o credor com terceiro contrato de fiança, pelo qual o fiador se declarasse devedor principal. E ninguém duvidaria, justamente por não lhe vestir bem a qualificação de sucessor, que contra o fiador estranho ao processo não poderiam ser deflagrados os atos executórios, hipótese restrita ao fiador judicial a teor do artigo 568, IV, do CPC<sup>186</sup>.

Com o artigo 233 da Lei 6404 o legislador conferiu aos credores da sociedade cindida a faculdade de voltar contra todos os envolvidos na cisão suas respectivas ações condenatórias, mesmo que, segundo o protocolo, o débito tenha permanecido com a sociedade cindida. Mas isto não faz deste novo garante um sucessor.

Isto significa que o drama dos credores não pode ser solucionado com o recurso aos artigos 42 ou 43 sempre que o débito, a teor do protocolo, continuar a ser titularizado pela sociedade cindida. A saída há de ser encontrada em outro lugar.

Bem observado, o que se fez com o emprego das referidas cisões foi esvaziar as garantias creditícias de molde a facilitar a privatização. E para o esvaziamento doloso do patrimônio conhece o Código de Processo um remédio específico, qual seja o artigo 593, II, do CPC. Considera-se em fraude à execução a alienação de bens quando ao tempo da

---

<sup>185</sup> Caio Mario S. Pereira, *Instituições* cit., vol II, pg 381.

<sup>186</sup> Confirmada a falta de legitimidade do fiador convencional para a execução, a menos que parte da ação condenatória, Leonardo Greco, *O Processo de Execução*, vol 1, pg 335 e STJ, REsp 123635.

alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência. Em síntese, as sociedades beneficiadas com a cisão são responsáveis pelo pagamento da dívida.

Dir-se-á que o nome dado à rosa não altera o odor por ela exalado, como sustenta o precedente. Afinal, por um ou outro caminho chega-se à mesma conclusão prática: os bens das sociedades beneficiadas garantem a execução.

Não é assim contudo. A responsabilidade patrimonial da sociedade para a qual verteu parte do patrimônio é meramente secundária e depende da decisão do incidente processual suscitado pelo credor, no próprio processo executivo<sup>187</sup>, o que ocorrerá, em regra, após a citação do devedor e a constatação sobre a inexistência de bens penhoráveis.

A sociedade cindida continua como parte e sua presença exercerá inevitável influência sob o aspecto da competência, dentre outros, como a prática vem revelando. Exemplificando com o banco cindido, no caso fluminense, possui ele natureza de sociedade de economia mista, com juízo privativo, porquanto compete às Varas de Fazenda o julgamento das causas envolvendo os integrantes da Administração Indireta. Desta forma, prosseguindo ele como devedor e executado, o que não ocorreria, repita-se, se de assunção no débito realmente se estivesse a cuidar, preservada é a competência anteriormente fixada.

**8.3** – Qual o desejo do artigo 43 do Código ao dispor a substituição da parte por seu espólio ou por seus sucessores? Há no preceito uma ordem de prioridade ou de livre alternatividade entre um e outro?

Há casos em que o legislador expressamente atribui aos herdeiros a legitimidade inicial ou superveniente para figurarem no pólo ativo, ou passivo: assim o artigo 1606, parágrafo único, do Código Civil, onde se disciplina a ação de prova da filiação, que iniciada pelo filho será continuada pelos herdeiros<sup>188</sup>; assim também a demanda movida com a finalidade de percepção de benefícios previdenciários não pagos em vida ao segurado, na forma do artigo 112 da Lei 8213/91 (“O valor não recebido em vida pelo segurado só será

---

<sup>187</sup> Araken de Assis, op.cit., pg 339.

<sup>188</sup> REsp 331.842, REsp 120622, REsp 5280 e RTJ, 108/393, Rel. Ministro Francisco Rezek.

pago aos seus dependentes habilitados à pensão por morte ou, na falta deles, aos seus sucessores na forma da lei civil, independentemente de inventário ou arrolamento”)<sup>189</sup>.

Fora estas hipóteses excepcionais, a jurisprudência do Superior conhece diversos precedentes afirmando a legitimidade do espólio, para, em situações normais, suceder o *de cuius* (REsp 648.191, REsp 602.016, REsp 115.880, Ag Rg no REsp 469.191 e REsp 343.654). Inúmeros temperamentos, todavia, foram sendo paulatinamente introduzidos. Admite-se a sucessão pelos herdeiros, por exemplo: 1) “na hipótese de inexistência de patrimônio susceptível de abertura de inventário” (REsp 254.180); 2) se o *de cuius* deixou, comprovadamente, um único herdeiro (REsp 155.895); 3) se já efetivada a partilha quando o tema da sucessão vem à balha (Resp 555.756).

**8.4** – A doutrina sempre esteve de acordo em reconhecer à morte da parte aptidão para imediata e automaticamente suspender o processo em curso. As dúvidas existentes prendiam-se aos incisos II e IV do artigo 265 do CPC.

Vem o Superior Tribunal de Justiça enfrentando reiteradamente a questão, com algum dissenso. Constatam de fato diversos precedentes, diria que em franca maioria, assentando que “a morte de uma das partes suspende o processo desde sua ocorrência, irrelevante, sob este aspecto, o instante em que ao juízo foi comunicado o óbito” (Resp 270.191)<sup>190</sup>.

Mas uma recente decisão, de 19/5/2005, pretendeu estabelecer uma curiosa ressalva: “Não há que se falar em suspensão do processo em virtude da morte de uma das partes (CPC, artigo 265,I), se o julgamento já foi proferido”. E o curioso na exceção proposta é que por processo “julgado” não se há de entender processo “findo”. No caso concreto a morte da parte foi noticiada em embargos de declaração opostos à apelação, antes do trânsito em julgado portanto, quando em tese ainda apto o Tribunal a reconhecer eventual nulidade desta magnitude.

---

<sup>189</sup> REsp 603.246, E REsp 498.864.

<sup>190</sup> Neste sentido ainda REsp 436.294, REsp 535.635 e os Embargos de Divergência no Recurso Especial 270.191, este último proclamando que “O despacho judicial que determina a suspensão do feito é preponderantemente declaratório, produzindo, por consequência, efeitos *ex tunc*.”



A meu sentir este último precedente deve ser explicado pela necessidade prática de, tanto quanto possível, preservar o processo de formalidades inúteis. Com efeito, não raro a comunicação da morte chega aos autos anos após a sentença, sem que prejuízo algum tenha sido apurado para aqueles legitimados a suceder o *de cuius*. Muito ao contrário, são comuns as hipóteses em que a nulidade retroativa dos atos posteriores à morte, conseqüência do automatismo da suspensão, geraria para os sucessores inestimável prejuízo em termos de tempo. Melhor, destarte, abandonar saídas peremptórias e julgar da nulidade dos atos processuais à luz de uma concreta avaliação sobre a ocorrência de prejuízos para o pólo desfalcado. O ideal seria que o legislador buscasse solução intermediária na forma do artigo 300 do Codice di Procedura, segundo o qual o processo somente é suspenso (O Codice fala, para sermos precisos, em interrupção) se a parte falecida estiver litigando em causa própria. Do contrário, achando-se ela acompanhada por advogado, a suspensão ocorrerá no momento em que o patrono cientificar os adversários do ocorrido. É que, consoante destaca a doutrina, “*In tal caso, atteso che il diritto di difesa della parte non riceve alcun pregiudizio dal proseguimento del processo, poichè non ne viene meno la rappresentanza in giudizio*<sup>191</sup>.”

---

<sup>191</sup> Andréa Giussani, in *Commentario Breve al Codice di Procedura*, cit., pg 645.

## Capítulo 9

### A SUCESSÃO PROCESSUAL EM MOVIMENTO

**9.1** - Vimos no capítulo 2 deste trabalho que o principal temor, a razão pela qual foram criados obstáculos à transferência da res litigiosa, consistia inicialmente na possibilidade de que prejuízos fossem causados à parte com a introdução no processo de um *potentior adversarius*, alguém cujas forças rompessem com a paridade de armas até então existente. Constatamos, porém, que interesses conjunturais determinaram ao longo dos séculos a intervenção do legislador, sem que em jogo se pusesse a questão original.

Não se pode hoje precisar uma causa específica e determinante para as opções legislativas materializadas no artigo 42. Diria que é ainda atual o receio do ingresso de um oponente mais poderoso, o que não impede outros autores de vislumbrarem no risco de um adversário débil, jurídica e financeiramente, o fundamento das restrições impostas à sucessão processual. Assim Cândido Dinamarco<sup>192</sup>, segundo quem a transferência do direito controverso, caso gerasse a automática mudança de partes, serviria ao alienante para contornar o dever de arcar com o ônus de sucumbência, o que conseguiria pondo em seu lugar, ante uma derrota iminente, pessoa desprovida de recursos.

Uma vez sinalizada a validade da transferência do direito litigioso, o passo seguinte deveria ser, e foi, o equacionamento de todas as conseqüências processuais daí decorrentes, quando uma nova opção precisava ser feita: alterar ou manter as partes originais.

Manter os litigantes iniciais após a alienação romperia com as regras ordinárias de legitimidade. Alterá-los, ao revés, significaria submeter a parte estranha à alienação a um adversário mais potente, ou excessivamente débil, ou simplesmente a uma série de incidentes processuais e dúvidas nascidas da mudança.

A realidade prática é que a mera troca de parte já significa, por si só, um complicador para a boa marcha do processo, seja qual for a situação financeira dos litigantes:

---

<sup>192</sup> *Instituições de Direito Processual Civil*, vol III, 2ª ed, pg 273.

dificuldades de manuseio, anotação do nome do ingressante no distribuidor e na capa dos autos, erros de publicação, incidentes nascidos dos pressupostos processuais subjetivos (suspeição e impedimento do juiz), etc.

Por isto, se à livre circulação dos direitos litigiosos mostrou-se determinante a consciência da gravidade econômica da escolha contrária, temos que a manutenção dos litigantes primitivos atendeu sobretudo ao interesse do adversário do alienante.

O que vem disciplinando a seguir, e será visto mais à frente, busca apenas fechar o sistema, vedar-lhe as rachaduras, conjugar outras preocupações não menos merecedoras de atenção, mas sempre partindo da premissa de que o maior dos problemas adviria da entrega às partes do domínio sobre a formatação subjetiva do processo, por assim dizer, isto é, sobre quem serão as partes da relação processual.

O comentário feito por De Marini<sup>193</sup> no sentido de que os motivos determinantes da disciplina do artigo 111 do Codice, grosso modo equivalentes ao artigo 42, miram uma certa justiça distributiva entre os interesses do adquirente, do alienante e de seu adversário, devem ser recebidas de molde a não gerar a perda da hierarquia entre estes mesmos interesses, algo aliás que o próprio De Marini intuiu. O primeiro interesse tutelado é o da parte de “*poter alienare il diritto litigioso*”. Após “*sorge l’interesse dell’avversario a non veder andare in fumo, a causa dell’alienazione, tutta l’attività processuale svolta precedentemente, col conseguente pericolo di vedersi pregiudicato nel proprio diritto*”. E só então deve-se pensar em resguardar também alienante e adquirente.

## 9.2 – O caput do artigo 42

Reza o caput do artigo 42 que “A alienação da coisa ou direito litigioso, a título particular, por ato entre vivos, não altera a legitimidade das partes.”

A primeira conclusão a ser extraída do preceito é a de que não existe óbice algum na transferência do direito litigioso, trate-se de direito real ou pessoal. O ato jurídico de

---

<sup>193</sup> Op. cit., pg 13. No mesmo sentido Alvaro de Oliveira, op.cit., pg 4.

alienação será válido e plenamente eficaz, inclusive no que concerne ao adversário do alienante, e são equivocadas as manifestações por uma ineficácia relativa, ou inoponibilidade, a menos que se tome a expressão em sentido lato, para designar a extensão da coisa julgada, a rigor de natureza completamente diversa<sup>194</sup>.

Válida e eficaz a alienação, em obséquio à necessidade da circulação de bens e direitos, mostra-se contraditória qualquer tentativa de obstá-la pela via cautelar. A transferência do direito não é, em si, um mal. E o único risco dela advindo, de fragilização dos limites subjetivos da coisa julgada, encontra remédio no § 3º do artigo 42<sup>195</sup>.

Se é transmissível o direito litigioso *in totum*, evidentemente é também lícito transferi-lo parcialmente, seja quando houver cumulação de ações, seja quando se tratar de coisa ou direito divisível. Em qualquer das duas últimas hipóteses a perda de legitimidade, abstraindo-se o *caput* e seu comando, seria meramente parcial, e jamais poderia ensejar a substituição do alienante pelo adquirente. E de fato é assim. Caso aliente uma fração de seu direito, continuará a parte a figurar no processo mesmo que todos desejem sua troca pelo adquirente, ressalvada a extensão a este, consoante se verá, da imutabilidade nascida com a coisa julgada.

A sucessão regulada no *caput* deverá ser a título singular. Quando a título universal, mesmo que entre vivos, nas raras ocasiões em que isto é possível, entrará em ação o artigo 43 do Código de Processo.

**9.3** – Fala o código em direito litigioso, cuja natureza jurídica já foi objeto de análise anterior. É agora ocasião de firmar o momento em que surge esta litigiosidade.

Preceitua o Código, em seu artigo 219, que a citação válida e ordenada por juiz competente faz litigiosa a coisa, entendido o termo “coisa” como sinônimo de “direito”. A

---

<sup>194</sup> No sentido do texto, Álvaro de Oliveira, *op.cit.*, pg 22.

<sup>195</sup> No sentido do texto decidiu o TJSP ao julgar o Agravo de Instrumento nº 220.740-4/6-00, relator o então Desembargador César Peluso: “Medida Cautelar. Seqüestro. Falta de interesse processual. Caracterização. Imóveis que são objeto de ação pendente de outorga de compromisso de venda e compra. Receio fundado de dissipação. Alienação que seria, porém, de coisas litigiosas, ou em fraude à execução. Suficiência do registro da citação por esquivar os danos e dificuldades oriundos da alienação de imóveis objeto de ação pendente de outorga de compromisso de venda e compra, não precisa o demandante propor ação cautelar de seqüestro dos bens, bastando-lhe promover, por precaução, o registro da citação na causa”.

despeito da dicção literal, convenceu-se a doutrina brasileira<sup>196</sup>, conjugando este artigo 219 com o artigo 263, da existência de dois momentos distintos: para o autor dá-se a litigiosidade com a mera propositura da ação, ao passo que quanto ao réu surge esta somente no instante da citação.

Chega-se a esta conclusão a partir do trecho final do artigo, segundo o qual “A propositura da ação, todavia, só produz quanto ao réu, os efeitos mencionados no artigo 219, depois que for validamente citado”, o que leva a crer que, antes mesmo da citação, para o autor, aqueles efeitos já devem se considerar ocorridos.

Com todas as vênias o *discrímen* não procede, conforme se tentará expor.

Começemos examinando os efeitos entabulados no artigo 219 a fim de determinar se são eles *cindíveis*, no sentido de que sua ocorrência possa se verificar em momentos distintos para autor e réu. Porque caso não sejam *cindíveis*, ou *cindível* não seja a maioria, a conclusão lógica inescapável será no sentido do equívoco desta posição, que apresenta para a matéria inegável relevância.

Quanto aos efeitos materiais previstos na parte final do artigo 219, constituir o réu em mora e interromper a prescrição, dificilmente se vai cogitar de sua ocorrência em momentos diversos. Ao início do dever de pagar juros de mora corresponde o direito do credor de percebê-los. E a prescrição interrompida em face do réu beneficia seu adversário.

Vejamos agora a *litispendência*.

O argumento em prol da *litispendência* é no sentido de que uma vez proposta uma ação está o autor impedido de renová-la, mesmo antes de ser o réu citado, e se o fizer assistirá à extinção do feito mais moderno. Já quanto ao réu, por força do artigo 219, o referencial seria a citação, e só após ela ficaria “impedido de propor em face do autor uma demanda igual.”

---

<sup>196</sup> Alvaro de Oliveira, *op.cit.*, pg 101, Cândido Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol II, 2ª ed, pg 50 e, de forma não tão incisiva, Egas Dirceu Moniz de Aragão, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol II, 9ª ed, nº 453.

Realmente, quando se depara o juiz com duas iniciais idênticas, situação que a prática mostra ser comum, é normal que convoque o autor a se manifestar e extinga um dos processos, o que sugere ser a litispendência, para a parte, anterior à citação.

Mas se ponderarmos de molde a inverter a situação e cogitar de ação proposta pelo réu veremos que o fenômeno é essencialmente igual. Com efeito, caso proponha aquele, antes de ser citado, ação idêntica à que lhe dirigiu o autor, nenhum juiz relutará por um instante em sacrificar uma das duas, talvez até recorrendo à data da propositura como único possível parâmetro. Jamais se ordenará a citação nas duas causas para só então optar entre elas.

E a razão a nosso sentir é a seguinte: o papel desempenhado pelo artigo 219 não é o de fixar o momento em que surge a litispendência, e sim o de salientar que se duas ações idênticas caminharam separadamente e despercebidas, deve-se extinguir aquela cujo curso tenha sido mais breve em detrimento daquela mais adiantada, desprezando-se por completo nesta aferição a data em que cada uma foi proposta.

O fundamento legal para a extinção de uma das ações propostas antes da citação não está, portanto, no artigo 219, ou no artigo 263, ou na conjugação de ambos. O fundamento, a rigor, pode ser extraído de vários artigos e do sistema por eles composto, todos no sentido de proibir a repetição de esforço da máquina judiciária. Assim os artigos 3º e 301, § 3º. O ordenamento simplesmente não aceita dispêndio inútil de tempo para a solução de conflitos, o que ocorreria se a mesma ação replicada seguisse adiante, tomando o espaço de tantas outras carecedoras de julgamento.

Passemos agora à prevenção.

Se determinado autor promove duas ações que reputa conexas, é costumeiro que tome a iniciativa de requerer seja a mais moderna distribuída por dependência ao Juízo sorteado para o julgamento da primeira. Diante desta prática há quem vislumbre uma evidência de que para ele, o autor, a prevenção antecede o ato citatório, relevante apenas para determinar a competência das ações propostas pelo réu.

Ocorre que também para a prevenção procedem as ressalvas feitas a propósito da litispendência. De fato, mesmo antes de ser citado utilizará o réu, ciente da existência de ação

conexa, da distribuição por dependência. E ainda que não requeira tomará o juiz a iniciativa de reuni-las, mesmo que, cuidando-se de juízes com competência territorial distinta, e sendo portanto aplicável o artigo 219, não se possa decidir o conflito utilizando como referencial a citação.

O motivo pelo qual autor e réu, nas suas respectivas ações, buscarão a reunião para julgamento conjunto de ambas não está novamente no artigo 219 ou no artigo 263. Nenhum deles sugere que o autor possa requerer a reunião de ações antes da citação mas o réu somente possa fazê-lo após este ato solene, o que convenhamos seria inusitado: o Estado tem interesse na reunião imediata das ações propostas pelo autor mas não na reunião destas mesmíssimas ações se uma delas foi proposta pelo réu, forçando ambas a seguirem adiante até a primeira citação.

O fundamento legal da reunião pode ser identificado no artigo 105 do CPC e na necessidade de que sejam evitados pronunciamentos conflitantes, passíveis de ocorrer até na fase meramente inicial, com a concessão de liminares em sentidos contrapostos. Quanto ao artigo 219, seu escopo, exatamente na forma destacada no tocante à litispendência, foi o de dar prioridade, quando duas ações conexas correrem perante juízes de competência territorial diversa, àquela onde primeiro se obteve a citação. Em sua falta e constatado o risco de conflito, recorre-se a outro critério razoável, que pode bem ser a data da distribuição das ações, utilizando-se subsidiariamente o artigo 106 do CPC.

Pois bem, se os dois efeitos materiais da citação, mora e interrupção da prescrição, não se compadecem com a cisão sugerida para autor e réu; se prevenção e litispendência existem para ambas as partes e podem ser reconhecidas pelo juízo antes da citação, funcionando o artigo 219 como uma bússola a ser consultada quando os dois processos avançarem e se encontrarem em fases diferentes, resulta que a partição do artigo 219 entre autor e réu, no que concerne à litigiosidade da “coisa”, constituiria uma exceção, o que por si já desaconselha a tese hoje prevalente.

Porém há mais. É certo que o processo passa por uma gradual estabilização, até que vencida a fase de saneamento o conflito já se encontrará subjetiva e objetivamente posto (artigo 264, parágrafo único). Neste sentido, defender que a coisa já é litigiosa para o autor antes da citação significaria atribuir aos artigos 263 e 219, conjugados com o artigo 42, a

função de iniciar este enrijecimento, tornando imutável o autor já pela simples propositura da ação.

Teoricamente possível, a solução choca-se com o texto do artigo 264, em que o legislador elege a citação como o marco da imutabilidade (“Feita a citação ..., mantendo-se as mesmas partes, ...”). Aliás não só da imutabilidade das partes, mas também de tudo o que interessa ao conflito. Antes da citação tem o autor plena liberdade para alterar pedido e causa de pedir, para desistir do processo e até para, digamos assim, demitir-se do feito fazendo-se substituir por outrem, consequência da alienação do direito litigioso.

Alguém dirá, então, que em não se aplicando o artigo 42 deverá o processo ser extinto por ilegitimidade *ad causam* ativa. Porque se a alienação da coisa litigiosa não altera a legitimidade das partes, a contrário sensu a alienação da coisa que ainda não é litigiosa altera aquela mesma legitimidade.

Todavia, a aplicação rigorosa do artigo 42, no caso, não atenderia a nenhuma finalidade digna de nota, podendo ao contrário gerar importantes prejuízos no plano da prescrição e da decadência, que eventualmente se consumariam se o processo viesse a ser extinto antes da citação<sup>197</sup>. Mais compromissada com os princípios da economia processual e celeridade, portanto, a opção por negar a legitimidade ao alienante sempre que a disposição do direito litigioso se der antes da citação, sem prejuízo de franquear ao adquirente, mesmo na falta de anuência do adversário, seu ingresso em lugar do autor original.

Não há como dissociar-se a litigiosidade da coisa do momento em que se evidencia a ambição de ambos os contendores pelo direito litigioso.

Para sustentar que a litigiosidade antecede a citação, Luiz Fux<sup>198</sup> vale-se do artigo 593, cujo inciso I leciona ser fraude à execução a alienação ou oneração de bens “quando sobre eles pender ação fundada em direito real”. Pender significa estar em curso, e considerando que o processo já existe com a simples distribuição, na forma do artigo 263, já ali o direito seria litigioso para o autor.

---

<sup>197</sup> Com o novo Código Civil, artigo 202, inciso I, derogou-se o artigo 219 do CPC e atribuiu-se ao despacho liminar positivo a interrupção da prescrição.

<sup>198</sup> *Curso de Direito Processual Civil*, pg 371/374.



Ousamos divergir do emérito professor na linha da jurisprudência que condiciona o emprego do artigo 593 à prévia citação do réu. E de fato não há outra solução hermenêutica, se tivermos em mente que alienada a coisa pelo réu antes da própria citação, faltar-lhe-á legitimidade passiva, daí decorrendo a extinção do processo e a natural inviabilidade de se cogitar de alguma execução que pudesse ser fraudada.

**9.4** – Transferido o direito antes que este alcance o status de litigioso, a conclusão será, conforme já sinalizamos, a perda de legitimidade de autor e réu, daí resultando a extinção do processo sem análise de mérito, a menos que, de forma mais liberal, se admita o ingresso do adquirente no modo por nós alvitado.

Caso a alienação ocorra após a citação, serão mantidas as partes originais, inclusive o alienante. Sua substituição pelo adquirente está condicionada ao prévio consenso, divergindo doutrina e jurisprudência sobre a necessidade de que o adquirente obtenha a anuência do adversário e do alienante ou se lhe basta o “de acordo” do primeiro.

Colhemos da doutrina italiana algumas manifestações favoráveis a que a “*estromissione dell’alienante*” seja precedida de seu requerimento além do consenso do adversário e do próprio adquirente, diversamente do que se passa no direito nacional<sup>199</sup>. Aqui a iniciativa da substituição de partes competirá, em princípio, ao próprio adquirente, vez que distintas as abordagens de um e outro ordenamento.

No sistema peninsular assim que se dá a sucessão reconhece-se ao adquirente a legitimidade para intervir, gerando em conseqüência a redução do alienante ao status de um mero “interveniente adesivo”, grosso modo equivalente ao nosso assistente simples. E só por intervir passa o adquirente a ser a parte principal, digamos assim. Neste ambiente não faria mesmo sentido que partisse dele o pedido de exclusão do alienante, mantido no processo, como todo assistente, por vontade própria.

---

<sup>199</sup> Cinzia Falaschi, op.cit., pg 450, Federico Carpi, op.cit., pg 112, Proto Pisani, *Dell’esercizio dell’azione* cit. e Carlo de Marini, op.cit., pg 227, manifestam a opinião de que o alienante somente pode ser afastado do processo se assim o requerer.

Diversamente ocorre na ZPO alemã, fonte inspiradora de nosso artigo 42. Explica De Marini<sup>200</sup> que pelo regime do § 265 o sucessor tem a faculdade de intervir como mero assistente, e assistente simples. Seu ingresso no feito não altera, destarte, a qualidade do alienante, o que estimula o adquirente desejoso de papel mais destacado, compatível com sua posição material, a pleitear a substituição da parte original.

O dissenso pretoriano acerca da necessidade de anuência do alienante para sua exclusão do processo pode ser sentido no próprio Superior Tribunal de Justiça. Ao julgar o REsp 280.993 decidiu a Terceira Turma: “V - .... Exige-se, na espécie, tão somente a conjunção da vontade do sub-rogado de intervir no processo e da vontade da parte contrária à substituída de permitir tal substituição. É desnecessário, destarte, o consentimento da parte a ser substituída, máxime em se considerando que o Tribunal *a quo*, em acórdão transitado em julgado, reconheceu a ocorrência da dita sub-rogação”. E do corpo do voto colhem-se as seguintes ponderações da eminente relatora: “Assim, face à natureza da legitimação, não se afigurar razoável a tese de que o dissentimento do alienante ou cedente – a quem não mais pertence aquele direito ou coisa litigiosa – possa impedir o ingresso do legitimado ordinário no processo. Por outro lado, a qualificação da substituição das partes de “voluntária” refere-se apenas à conjugação da vontade do adquirente ou cessionário de ingressar no processo com a vontade da parte contrária à substituída de permitir tal substituição.”

Curiosamente, a mesma Terceira Turma havia enfrentado o tema ao julgar o REsp 152978, de diferente relatoria, ponderando na ocasião: “Mas, se a substituição é voluntária, como prescreve o artigo 41, nos casos previstos em lei, sendo um deles o do artigo 42 (cfr. Pontes de Miranda, Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, Tomo I, 4ª ed, 1995, atualizada por Sérgio Bermudes, pág 448), não é lógico que possa dar-se a substituição sem acordo entre o alienante ou cedente e o adquirente ou cessionário.”

A solução, a nosso sentir, passa pelo reconhecimento de que o alienante possui, também ele, interesse jurídico no desfecho do processo. Na qualidade de garantidor pela evicção, é certo que titulariza uma relação jurídica dependente daquela deduzida, condição por si suficiente a legitimá-lo como assistente, se fora do processo estivesse.

---

<sup>200</sup> Op.cit., pg 226.

Isto significa que desprezar sua vontade para os fins de operar a substituição de parte, excluindo-o do processo à sua revelia, representaria medida inútil e como tal contraproducente, vez que nada o impediria, no dia imediatamente sucessivo, de pleitear seu retorno agora nas vestes de simples assistente<sup>201</sup>.

É também duvidoso se a recusa à substituição pode ser revista pelo Judiciário. Em sentido afirmativo opina a doutrina italiana, para quem deve a parte adversária declinar os motivos que a levaram à negativa<sup>202</sup>. Mas em sentido oposto decidiu o Supremo Tribunal Federal, por sua 1ª Turma, quando do julgamento do AgRg no Recurso Extraordinário nº 270794-5, ocasião em que assentou não caber “ao julgador apreciar a razoabilidade dos argumentos da parte contrária, que não concorda com o pleito de substituição.”

A nosso sentir inviabiliza-se qualquer controle judicial sobre a recusa considerando a inexistência de parâmetros para julgar da conveniência da substituição, atribuída inteiramente ao adversário. Ademais, a regra enunciada pelo caput é a manutenção das partes originais, e a alteração destas, por si só, já importa em tumulto processual e inúmeras contramarchas.

**9.5** – Na falta de consenso acerca do pleito de substituição, e mantido o alienante no processo, abre-se ao adquirente a faculdade de intervir.

Atribui o artigo 42, § 2 ao adquirente a tarefa de “assistir” o alienante, o que fará, caso queira naturalmente, na condição de assistente litisconsorcial<sup>203</sup>.

**9.6** – A regra do artigo 42 *caput* foi talhada para o processo de conhecimento e não se aplica ao processo de execução, cuja disciplina, no ponto, exsurge do artigo 567, incisos II e III do CPC. Por ele dispensa-se a anuência do devedor para que se dê o ingresso do

---

<sup>201</sup> Neste sentido Alvaro de Oliveira, *op.cit.*, pg 187.

<sup>202</sup> Assim Carlo de Marini, *op.cit.*, pg 228, Proto Pisani, *Dell’esercizio dell’azione* cit e Cinzia Falaschi, in *Codice di Procedura Civile* a Cura di Nicola Picardi cit, pg 451.

<sup>203</sup> TJRGS, Agravo de Instrumento 70001111442. Na doutrina Luiz Fux, *op.cit.*, pg 149, Cândido Dinamarco, *op.cit.*, pg 274. Contra, sustentando tratar-se de intervenção de parte, ou litisconsorcial, diversa da mera assistência litisconsorcial, Alvaro de Oliveira, *op.cit.*, pg 177.

cessionário<sup>204</sup>, a que se reconhece legitimidade para deflagrar a execução e o próprio processo de liquidação.

Do contrário, intuitivamente se percebe, seria o cessionário constringido a ver iniciada a execução pelo cedente para só após, em outro feito, exigir-lhe o pagamento do que é seu por direito.

Semelhante observação procede também para as incomuns hipóteses de assunção de dívida (artigo 568, inciso III) na fase executiva ou ainda para a transferência do débito nas obrigações *propter rem*. Em ambos os casos seguirá a execução contra o novo devedor, a menos que perfeita a penhora já se encontre destacado o bem a ser alienado.

A regra da estabilização conhece ainda um segundo temperamento. Mesmo na fase de cognição, morto o alienante, dá-se sua substituição pelo adquirente, desde que este o requeira, junte o respectivo título e prove sua identidade (artigo 1061). Embora o ingresso de uma nova parte fosse inevitável, temos aqui uma exceção à regra do artigo 43 e à natural substituição do *de cuius* por seus herdeiros.

**9.7** – Completa-se a disciplina do artigo 42 com a expressa previsão de que a sentença proferida entre as partes originais estenderá seus efeitos ao adquirente ou cessionário, parágrafo cuja função é a de fechar o sistema proposto pelo caput. De nada adiantaria preservar a legitimidade do alienante se o preço a ser pago fosse a inutilidade da sentença e sua inoponibilidade ao adquirente que eventualmente se recusasse a intervir ou a substituir o cedente.

Nem por isto o parágrafo é isento de censuras. Dizer que a sentença estenderá seus efeitos ao adquirente não significa, a rigor, muita coisa. No atual estágio científico do Processo Civil tem-se como verdadeiro axioma que a denominada eficácia natural da sentença é extensível a todos os cidadãos indistintamente, aí incluído o adquirente.

---

<sup>204</sup> TJRGs, Agravos de Instrumento 70007026966, Rel. Des. Roberto Caníbal, 70007025547, Rel. Des. Rejane Maria Dias de Castro Bins e 70010149508, Rel. Des. Mara Larsen Chechi. STJ, REsp 284190, Rel. Min. José Delgado, REsp 271740, Rel. Min. Peçanha Martins e AgRg no Ag 647684, Rel. Min. Fernando Gonçalves.

O sentido da norma há de ser outro, como outro o “efeito” estendido ao cessionário. Claro está que se pretende levar a ele algo em princípio estranho a quem não foi parte do processo.

Vem reconhecendo a doutrina<sup>205</sup> ser a coisa julgada o primeiro e mais importante destes efeitos, conquanto se saiba que esta não constitui verdadeiro efeito da sentença ou sequer uma qualidade destes efeitos, mas atributo do próprio conteúdo da sentença. Imutáveis e indiscutíveis não são os efeitos que uma sentença possa produzir, sua declaração, constituição, etc. Imutável é a própria norma concreta enunciada pelo Judiciário.

Questão interessante consiste em saber se a vinculação do adquirente estranho ao processo à autoridade da coisa julgada pressupõe sua ciência acerca da litigiosidade da coisa adquirida. Esta parece ser a convicção da doutrina alemã<sup>206</sup> com fundamento no item nº 2 do § 325 da ZPO, segundo o qual devem ser observadas as regras atinentes à proteção dos terceiros de boa-fé no momento de delimitar as fronteiras subjetivas da coisa julgada.

O inconveniente desta tese, fundada também na garantia constitucional do contraditório, está no esvaziamento completo do objetivo almejado pelo *caput* do artigo 42: a preservação da utilidade do processo e da parte adversária. Porque fora a alienação de bens imóveis, a que o registro assume a função de instrumento de publicidade das vicissitudes do direito real, não conhece o ordenamento jurídico mecanismos realmente eficazes para a ciência aos adquirentes acerca da litigiosidade do direito, entregue à iniciativa do próprio transmitente, de todos o menos interessado na difusão de notícias sobre a crise de titularidade ou limite por que passa o direito objeto da transmissão.

Valeria muito pouco o sistema engendrado pelo legislador, destarte, se a coisa julgada não fosse estendida de forma objetiva, pelo simples fato da existência do processo, excetuando-se as considerações tecidas anteriormente quanto à tutela do terceiro adquirente de boa-fé de bens imóveis.

---

<sup>205</sup> Celso Agrícola Barbi, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol 1, 4ª ed, nº 271. Álvaro de Oliveira, *op.cit.*, pg 239, De Marini, *op.cit.*, pg 240, Luiz Fux, *op.cit.*, pg 713.

<sup>206</sup> V.Paula Costa e Silva, *op.cit.*, pg 286.

Saliente-se que mesmo na falta do § 3º do artigo 42 seria possível chegar à vinculação do adquirente à coisa julgada. Tudo dependeria da solução ao curioso problema consistente em saber se o alienante que permanece no processo assiste à transformação de sua legitimidade, de ordinária em extraordinária.

Falamos aqui da substituição processual clássica, moldada em um ambiente de relações jurídicas individuais, hoje convivendo lado a lado<sup>207</sup> com uma outra categoria oriunda da mesma cepa. Trata-se da substituição processual “coletiva”, aquela da qual se serve o legislador para a tutela dos assim chamados direitos coletivos em sentido amplo, norteadas por princípios completamente distintos da substituição individual, em especial no que toca aos limites subjetivos da coisa julgada.

Na substituição clássica, com certidão de nascimento do século XIX<sup>208</sup> e adolescência no século subsequente, é tranqüila a afirmação de que ao substituído estende-se a autoridade da coisa julgada surgida no processo do qual não foi parte.

De modo que, caso se pudesse enquadrar o alienante nesta categoria, cuidando-se de relações individuais, forçoso seria reconhecer a desnecessidade de previsão expressa sobre os “efeitos” da sentença e seus limites, pelo menos no que concerne à coisa julgada.

Pode parecer desnecessário enfrentar o tema, se tivermos em mente a majoritária inclinação doutrinária pelo enquadramento do artigo 42, ou 111 na Itália, entre as hipóteses de substituição processual<sup>209</sup>, o que pode ser observado, sobretudo, naquelas obras de caráter genérico, vocacionadas a uma panorâmica do Processo Civil. Ocorre que aqueles dedicados a um estudo mais específico opuseram importantes argumentos contrários, com graves reflexos sobre os limites da atuação processual e material do alienante, objeto de nossa preocupação nos capítulos sucessivos.

---

<sup>207</sup> O Terceiro Adquirente ...cit.

<sup>208</sup> Atribui-se a Kohler o despertar da substituição como categoria autônoma, a partir de escrito datado de 1886 (ver a respeito Edoardo Garbagnati, op.cit., pg 1)

<sup>209</sup> Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol II, 2ª ed, pg 274. Madrioli., Corso, vol I, pg 349.

No Brasil escreveu contra a qualificação do alienante como substituto processual Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:<sup>210</sup> “Verifique-se, porém, que na substituição processual quem é parte no processo não afirma, por hipótese, que é o titular do direito material. Não se pode conceber substituição em que o substituto faça valer direito de outrem como próprio, ele pleiteia, sim, em nome próprio, direito alheio (artigo 6º, por exceção).” E em outro trecho: “Além disso, ao substituto processual interessa agir em nome próprio (por direito alheio), porque só assim pode obter do juiz um pronunciamento sobre a pretensão exercida. Na sucessão não há mais interesse do antecessor que, tendo alienado a *res litigiosa*, poderia argüir a sua ilegitimidade, não fosse a restrição do artigo 42, *caput*. A conservação do antecessor no processo deve-se fundamentalmente ao interesse do adversário, resguardado no artigo 42, *caput*.”

Toda esta argumentação do autor responsável pela mais importante monografia sobre a sucessão processual no Brasil segue a linha de pensamento daquele que, a seu turno, respondeu pela obra de referência na doutrina italiana<sup>211</sup>.

As dificuldades teóricas são duas. Começamos então por aquela que acreditamos ser a de mais fácil superação. Costuma-se destacar que a legitimidade conferida pelo legislador a fim de que alguém vá a juízo para tutela de direito alheio justifica-se pelo interesse mediato do substituto no desfecho da causa. Seria este interesse a movê-lo adiante, a estimulá-lo em uma aventura processual custosa e que ainda mais custosa ficará em caso de derrota.

Pois bem, no sistema da sucessão processual a permanência do sucessor não se explica por seu próprio interesse. O objetivo do legislador com a preservação da legitimidade das partes originais foi o de resguardar o adversário do alienante e poupá-lo dos inconvenientes derivados da mudança subjetiva em si mesma, sobre o que já tivemos ocasião de tecer nossas considerações.

A bem da verdade, não é correto que a substituição tenha sido, sempre ao menos, concebida no interesse do substituto. Pense-se na ação proposta pelos acionistas detentores de 5% do capital da S/A (Art. 159, § 4º, da Lei 6404).

---

<sup>210</sup> Op.cit., pg 195.

<sup>211</sup> De Marini, *La Successione* cit., pg 169/172

Quando a Lei de Sociedades Anônimas legitima o sócio isto se explica pela consciência plena de que o espírito de corpo entre dirigentes e ex-dirigentes da sociedade pode levar ao malogro a determinação da assembleia geral no sentido de ser deflagrado o processo de responsabilização pelos danos causados à Companhia. Pensa-se em todo e cada sócio e na empresa como unidade produtiva de inegável importância social.

O interesse do sócio, individualmente considerado, existe, não há como negá-lo. Ao obter o ressarcimento da empresa aquele aumenta as chances de uma melhor divisão dos dividendos em proveito próprio. Para o legislador, todavia, este significa somente a mola propulsora da iniciativa autoral.

Quando refletimos sobre o mecanismo do artigo 42, é de fato nítida a preocupação com o adversário do alienante. Diria até que depois de afirmar a livre circulação dos direitos, é o adversário o principal foco das atenções legislativas. Mas também não se negue, e ninguém nega, que a manutenção da legitimidade atende em certa medida igualmente ao alienante, garantidor frente o adquirente da titularidade e limites do direito transmitido.

Do que consta acima, cremos, já se encontram argumentos suficientes para superar pelo menos a primeira das duas objeções ao reconhecimento do status de substituto processual. Não há relevante diferença, no que tange ao interesse tutelado, entre o sistema da sucessão e a substituição processual.

Mas mesmo que houvesse alguma distinção quanto ao peso dos interesses, a bem dizer, a recusa da qualidade de substituto ao alienante partiria da falsa premissa de que não seria dado ao legislador conceber diferentes modelos de substituição, desde que mantida a característica de, por este ou aquele fundamento, deferir-se a legitimidade para tutela em nome próprio de direito alheio, o que parece ser o traço distintivo desta categoria processual.

Superada esta primeira ponderação doutrinária, passamos agora ao segundo argumento, vale dizer, o segundo motivo pelo qual recusam alguns ao alienante que permanece no processo o título de substituto processual.



Carlo de Marini e, posteriormente, Alvaro de Oliveira evidenciam a influência exercida sobre ambos por Garbagnati e autores outros dedicados ao estudo da substituição processual. Daquele colhe-se o ensinamento<sup>212</sup> no sentido de que “*il sostituto processuale si profila precisamente come un subietto legittimato, in via straordinaria, ad agire o a contradire, in nome próprio, rispetto ad un rapporto giuridico altrui.*”

Conseqüentemente, não haveria substituição processual se a parte se afirmasse titular do direito, porque neste caso objeto da declaração judicial seria não o direito do terceiro, mas o direito do próprio substituto. E concluindo o juiz que o direito existe mas não é de ser atribuído a quem se afirma titular, resta-lhe julgar improcedente o pedido, adentrando o mérito da causa.

E conclui o mesmo autor dizendo que “se no caso disciplinado pelo artigo 111, primeiro parágrafo, do Código de Processo Civil, não consta, no processo pendente, a ocorrida alienação e o alienante continua a portar-se como titular do direito controverso, não se verifica, no nosso modesto juízo, uma substituição processual do adquirente por parte do alienante, exatamente porque não se pode dizer que o alienante faça valer, neste caso, um direito alheio ...”

Eis então de Garbagnati introduz um dado novo e relevantíssimo, consistente em determinar se a notícia nos autos da alienação exercerá alguma influência sobre a natureza da participação do alieante e os limites de sua atuação. Não se questiona mais, a esta altura, se haverá ou não extensão dos efeitos da sentença quando se ignorar a alienação, ou quando desconhecê-la o adquirente. Agora a questão é outra e se prende ao conhecimento dado pelo alienante, ao adversário e ao Juízo, da transferência da coisa litigiosa e de seu novo status, vale dizer, alguém que tutela em nome próprio direito alheio, sem o que, sustenta Garbagnati, impossível cogitar de vera substituição.

É correta a observação de Garbagnati sobre a mudança no status do autor conforme este se afirme ou não titular do direito material. Não raro as sentenças de improcedência fundam-se na descoberta de que o afirmado direito do autor, afirmação da qual resulta sua legitimidade<sup>213</sup>, existe mas não é titularizado pela parte.

---

<sup>212</sup> *La Sostituzione Processuale* cit., pg 205/208.

<sup>213</sup> Donaldo Armelin, *Legitimidade para Agir no Direito Processual Civil Brasileiro*, pg 83.

Alcança-se o mérito quando se nega a existência do direito ou ainda quando se atribui a outrem sua titularidade.

Na substituição encontramos fenômeno semelhante, mas diverso. Nela o juiz não investiga se o direito existe e é titularizado pelo autor, mas se é titularizado pela pessoa indicada pela parte. E caso conclua, p.ex., apenas para melhor colorir o quadro, que o direito em disputa não pertence ao substituído, mas ao substituto, a consequência inescapável seria sem dúvida o julgamento de improcedência.

É pois fundamental que o autor dê a conhecer ao Juiz a que título litiga, permitindo-lhe decidir se adjudica o direito ao demandante ou ao substituído, se de substituição se cuidar, ou ainda se, atribuindo-o a 3º estranho ao processo, conclui pela improcedência do pedido.

O equívoco de Garbagnati e daqueles por ele influenciados não está neste primeiro momento, portanto, e sim no momento seguinte, em que transpõem a premissa para uma hipótese de todo dessemelhante. O elemento novo, irrefletido, é a sucessão.

Ao nosso sentir, o fenômeno do artigo 42, antes de representar um exemplo estranho à doutrina da substituição, constitui a rigor o mais radical modelo daquela figura. Tudo dependerá do que se entende por substituição.

No regime do artigo 42 o legislador autoriza que alguém busque a tutela de um direito alheio em nome próprio, guardando segredo absoluto sobre quem seja este terceiro. E nenhuma diferença fará se o juiz descobrir, no curso da causa, a transferência do direito litigioso. Em uma ou outra hipótese a sentença será proferida desprezando a sucessão, salvo o regime das exceções pessoais a serem tratadas mais adiante.

Diferentemente do que ocorre na legitimação ordinária, em que a atribuição do direito a outrem é sinônimo de improcedência, no artigo 42 o mérito será sempre alcançado, porque foi a lei a atribuir legitimidade ao alienante para prosseguir na reivindicação ou resistência de qualquer causa que diga com o objeto da transferência.

Donaldo Armelin<sup>214</sup> arrola o caso do artigo 42 do CPC entre aqueles de legitimação extraordinária decorrentes de um vínculo entre o legitimado ordinariamente e o legitimado extraordinariamente, um dos poucos exemplos reais de substituição processual, presente apenas onde a legitimidade do substituto for exclusiva, e não quando deferida contemporaneamente ao titular do direito material.

Enfim, há no artigo 42 uma substituição processual porque foi a lei a deferir ao substituído a tutela do direito alheio, e nisto repousa o elemento peculiar desta classe, não na necessária comunicação de uma alienação que pode ou não ocorrer.

**9.8** – A extensão dos “efeitos” ditada pelo artigo 42, § 3º tem ainda um segundo escopo, qual seja o de permitir que a execução seja deflagrada pelo alienante ou contra ele, mesmo que não tenha sido parte, conforme são explícitos os artigos 567, II e 568, II, do Código de Processo Civil.

Isto não significa, ao contrário do entendimento esposado pelo Superior ao julgar o REsp 1118/ES, que se possa executar o cessionário por honorários mesmo na ausência de intervenção sua ao longo da fase de cognição. Tal qual ressaltado pelo voto vencido proferido pelo Min. Cláudio Santos, os efeitos a que faz menção o § 3º são aqueles presos “à questão de mérito, à decisão, enfim, da lide.”

---

<sup>214</sup> Op.cit., pg 127

## Capítulo 10

### REFLEXOS PROCESSUAIS DA SUCESSÃO NO DIREITO CONTROVERSO

**10.1** – Irrelevanz Theorie e Relevanz Theorie eram os nomes das doutrinas surgidas na Alemanha para explicar como o processo reagia à mudança de titularidade operada no direito material litigioso. A primeira delas<sup>215</sup>, tal qual sugere o nome, partia do n° 2 do § 265 da ZPO (“a alienação não tem qualquer efeito sobre o processo”) para sustentar a total irrelevância da mutação subjetiva.

Quais as conseqüências desta tese, concretamente falando? Por ela se sustentou que o alienante continuava a ser o referencial para todos os atos, de natureza processual e material, como se a alienação simplesmente não houvesse ocorrido. Titular do direito material, em síntese, ao menos no que pertine ao adversário, permanecia a parte original. Deste modo, jamais poderia o devedor, adversário do cedente, argüir exceções que possuísse contra o cessionário.

Pouco importava que fosse o devedor, ele próprio, credor do cessionário, ou que ciente da sucessão houvesse pago ao último o montante integral do débito, ou mesmo celebrado transação. Em todos estes casos o processo deveria prosseguir até a eventual condenação do devedor, se fosse o caso.

Como não poderia deixar de ser, a construção inicialmente atribuída a Gaupp não escapou sem críticas. De Marini destaca: *“Tutto ciò è troppo ingiusto e contrario ai più elementari principi del diritto, perchè si possa ancora negare che gli atti di disposizione del rapporto sostanziale compiuti dal successore abbiano piena rilevanza anche nel processo tra le parti originarie”*<sup>216</sup>.

A teoria da Irrelevância propõe que a lide seja composta tal qual se desenhava no momento da propositura da ação ou quando menos no instante imediatamente anterior à

---

<sup>215</sup> Paula Costa e Silva, op.cit., pg 33/55 e Carlo de Marini, op.cit., pgs 21 e seg.

<sup>216</sup> Op.cit., pg 24.

própria sucessão. Mas não é isto que diz a lei, onde de forma clara expõe-se o processo às mudanças operadas no direito material. Este o significado do artigo 462 do CPC ao ordenar ao juiz que leve em consideração ao sentenciar todo e qualquer “fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito” capaz de influir no julgamento da lide.

Aliás não só de fato cuida o artigo 462. Também as normas a serem aplicadas pelo juiz serão as vigentes no momento da sentença, salvo se em jogo eventual direito adquirido ou ato jurídico perfeito.

A censura ao engessamento do conflito, com todas as nefastas conseqüências daí advindas, gerou doutrinas intermediárias, como as propostas de Allorio<sup>217</sup> na Itália e Wach<sup>218</sup> na Alemanha. Nela a radical irrelevância viria em certa medida mitigada. Segundo Allorio dever-se-ia introduzir a vontade do adversário como fator determinante. Caberia-lhe a escolha livre entre reconhecer a transferência e postar-se no processo segundo esta nova realidade material, ou simplesmente desconhecê-la, no modo alvitado pela Irrelevanz Theorie pura.

Contra esta nova proposta voltaram-se as críticas anteriores, ao lado de outras: o artificialismo de fechar os olhos à nova fisionomia da relação jurídica, o desmesurado da faculdade conferida ao adversário de fixar a que título atua o alienante, se como substituto processual ou não, o desconhecimento dos sinais emitidos pelo legislador no sentido de ser a alienação sempre relevante, do que é evidência a legitimidade do adquirente para valer-se da assistência por si só incompatível com o absoluto desprezo que se pretende devotar ao negócio jurídico<sup>219</sup>.

Wach propôs solução igualmente intermediária, embora nitidamente mais aceitável. Mesmo com a sucessão, e diria até a despeito dela, o alienante preserva sua legitimidade e mantém a qualidade de *dominus litis*. A sentença será proferida em seu favor ou contra ele sem que seja necessário aditar pedido e causa de pedir.

---

<sup>217</sup> La cosa giudicata cit., pg 168.

<sup>218</sup> Die Abtretung rechtshängiger Ansprüche in ihrem Einfluss auf den Prozess, Apud in Paula Costa e Silva, op.cit., pgs 48 e seg.

<sup>219</sup> Chamando a atenção para este dado em particular, Carlo de Marini, op.cit., pg 25 e Paula Costa e Silva, op.cit., pg 37.

No plano material, de modo diverso, e tendo em mente a plena validade e eficácia do ato jurídico de transmissão, resulta que somente o cessionário poderá praticar atos que importem em disposição do direito material. A ele cabe o devedor pagar e a ele deve requerer prorrogações ou parcelamentos.

Ressaltou Wach, em caráter excepcional, a existência de limites na influência da sucessão material sobre o processo. Visto que o cedente continua a ser a parte, não poderia o adversário invocar exceções ligadas à pessoa do cessionário, ou mesmo propor reconvenção fundada em créditos havidos contra este último.

A legitimidade do alienante permaneceria restrita ao objeto inicial, sem se estender, destarte, a relações jurídicas distintas, ainda que estas ordinariamente encontrassem espaço para debate no âmbito do processo<sup>220</sup>. Quanto a estas matérias deixadas de fora da fase de conhecimento, e tendo em vista a imperiosa necessidade de não cercear a defesa do devedor, nada existiria que impedisse sua argüição por oportunidade do processo de execução.

Completa-se o quadro teórico com as linhas mestres da Teoria da Relevância. Por ela concebe-se que a sucessão material não alterará a legitimidade das partes, ao contrário dos contornos objetivos da causa, porquanto devem ser adaptados pedido e, em alguns casos, causa de pedir<sup>221</sup>.

Tal qual a versão da irrelevância mitigada, também aqui se reconhece a subtração de alguns poderes e deveres processuais do transmitente, dentre os quais todo ato que repercute diretamente sobre a relação jurídica material e importe em sua disposição.

Por fim defere-se ao adquirente a opção de intervir como parte acessória, vale dizer assistente, ou como parte principal, vale dizer litisconsorte.

Dentre todas estas características, foi a imposição da troca de pedido e causa de pedir aquela que mais fragilizou a adoção da tese. Soava e ainda soa como patente excesso constringer o alienante a aditar a inicial a fim de deixar claro que a condenação deveria

---

<sup>220</sup> Apud in Paula Costa e Silva, *op.cit.*, pg 52.

<sup>221</sup> Paula Costa e Silva, *op.cit.*, pg 39.

favorecer o novo titular. Note-se que não se cuidava apenas de noticiar a transferência. Fazia-se mister uma alteração formal do pedido, muito criticada por Carlo de Marini<sup>222</sup>.

Entre total irrelevância e absoluta relevância, como sói acontecer, optou-se pelo equilíbrio de uma relevância mitigada, ou irrelevância mitigada conforme a perspectiva escolhida. E hoje tem sabor de reminiscência, com valor meramente histórico, discutir sobre uma adequação de pedido e causa de pedir absolutamente estranha à tradição nacional, dentre outras razões, conforme se destacou, porque sequer se exige a notícia da transmissão ou, *a fortiori*, qualquer outra adaptação de índole formal. Resta saber em que medida opera esta inegável influência sobre todo e cada comportamento processual das partes.

## 10.2 – Competência.

A resposta à indagação formulada pelo título do item acima está longe de caber em um enunciado reto e simples, tantas são as nuances a influenciar a definição dos contornos das faculdades e ônus atribuídos às partes.

Um primeiro passo é destacar que mantido o alienante ou dando ele lugar ao sucessor, nada mudará quanto aos atos de impulso processual, como peticionar, requerer a produção de provas ou interpor recursos, todos eles inerentes ao status de parte, seja ou não esta, coincidentemente, titular do direito material. Com a mesma lógica é possível afirmar, sem receio de erro, que ao adquirente só será dado influenciar a marcha do processo caso intervenha a título de assistência ou seja aceito em substituição ao transmitente.

Estabelecida a premissa, enfrentaremos alguns dos tópicos em que é possível identificar concreta influência da sucessão material.

---

<sup>222</sup> Op.cit., pg 31/34.

Caso à alienação do direito litigioso tenha se seguido a substituição das partes, é possível verificar uma alteração da competência para o julgamento da causa. Isto não ocorrerá se a mudança de parte refletir sobre regra de competência relativa, a teor do artigo 87 do Código de Processo. Assim sendo, é irrelevante, p.ex., que o sucessor seja domiciliado em lugar diferente do alienante ou ainda, em se tratando de pessoa jurídica, que tenha sede em diversa localidade. Em uma ou outra hipótese preservada a competência do juízo por onde corre a causa no instante da sucessão.

A alteração de competência pode ocorrer quando a Constituição Federal ou a legislação inconstitucional previr, *ratione personae*, competência absoluta de justiça, foro ou juízo. De fato pode ocorrer que adquirentes do direito sejam a União, suas autarquias e empresas públicas, a forçar o declínio em favor da Justiça Federal<sup>223</sup>. Também pode se dar que substituam o alienante o Estado ou Municípios, geralmente mercedores de regras particulares nos Códigos de Organização Judiciária, todas de natureza absoluta, com inescapáveis influências sobre a competência do juízo.

A solução será substancialmente idêntica quer a alteração de partes ocorra na fase de conhecimento ou após, no Processo de Execução.

Ponto ignorado pela doutrina, fruto a meu juízo de uma aparente obviedade, consiste em saber se o deslocamento da competência, nas hipóteses acima, pressupõe a efetiva intervenção da pessoa jurídica de direito público ou se basta a notícia da sucessão.

Na Constituição e na legislação infraconstitucional encontramos referência à qualidade de autor, réu, assistente ou oponente e como fundamento de fixação da competência federal, expressões merecedoras de leitura em sentido técnico e interpretação restritiva, o que em princípio importaria na irrelevância de mera sucessão para determinar a “justiça” incumbida do julgamento da causa.

Sem prejuízo, estou 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 parte o sucessor. A esta conclusão se chega por

---

<sup>223</sup> Alvaro de Oliveira, op.cit., pg 205.



mais de um caminho. 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 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 sucessor.

Edoardo Garbagnati<sup>224</sup> examinou meticulosamente o Codice di Procedura à procura dos sentidos atribuídos pelo legislador ao conceito de parte. Concluiu, ao final, coexistirem três significados diferentes, dos quais dois nos interessam agora. Quando o Codice menciona o pagamento das despesas processuais, ou a forma do ônus de sucumbência, ou ainda a argüição de falsidade de certo documento, está utilizando a expressão como sinônimo de “*soggetti degli effetti giuridici*”, muito próxima da definição formal dada pela doutrina clássica: parte é quem pede e aquele em face de quem se pede.

Sucedem que em alguns artigos o legislador desejaria indicar com o termo parte “*i titolari del rapporto giuridico litigioso, soggetti agli effetti che il provvedimento giurisdizionale, in cui il processo culmina, esplica rispetto al rapporto stesso...*”. Desta segunda conotação seriam exemplos os artigos 2908 e 2909 do Codice Civile, grosso modo equivalentes ao artigo 472 do Código de Processo Civil.

O motivo desta equivocidade, segundo adverte Proto Pisani<sup>225</sup>, decorre do fato de que a “solução dos particulares e graves problemas práticos dependentes da individuação do significado do termo parte, bem longe de derivar de um conceito unitário de parte, pode ser extraído somente de norma específica em que aparece o termo parte.”

Em meio a esta multiplicidade de definições acha-se caminho para sustentar que, ao se referir a autor e réu, partes em sentido estrito, constituinte e legislador cogitavam,

---

<sup>224</sup> Op.cit, pgs. 243 e seg.

<sup>225</sup> Parte nel Processo, in *Enciclopedia Del Diritto*, vol XXXI, pg 917 e seg.

também inconscientemente até, do segundo dos sentidos apurados por Garbagnati, de partes como titulares da relação jurídica de direito material. Sendo isto verdadeiro, confirmar-se-ia a conclusão aqui defendida, visto como da mera presença das pessoas jurídicas de direito público na relação material, e a despeito de quem seja a parte em sentido formal, desloca-se a competência para a “justiça” ou juízo competente.

Não estou convencido de que a coexistência de vários conceitos de parte seja necessária. Basta investigar, artigo por artigo, se a definição clássica é suficiente para a solução dos inúmeros problemas propostos. O compromisso do intérprete não é com a definição, que, a despeito de suas insuficiências, tem o mérito de constituir espécie de mínimo denominador comum. Diria que realmente importante é extrair da norma, de cada norma, a sua razão de ser, e sua função no sistema, ainda que ao preço de abandonar temporariamente uma didática definição.

### **10.3 - Impedimento e suspeição do juiz**

Idêntico ao tema da competência é o discurso acerca da imparcialidade do magistrado. As circunstâncias geradoras de impedimento e suspeição do juiz, tal qual posta nos artigos 134 e 135 do CPC, tomam como referencial suas relações com a parte. Mas que parte?

Ninguém cogitará de negar o impedimento do juiz convocado por substituto processual a decidir relação jurídica da qual ele próprio, o magistrado, surge como titular. Para explicar o fenômeno pode-se facilmente recorrer a um alargamento do conceito de parte, de molde a nele inserir o titular do direito material, ou simplesmente reconhecer que, embora se referindo à parte, o legislador disse menos do que queria. O que não mudará é a conclusão<sup>226</sup>: em nenhuma hipótese, qualquer que seja o caminho trilhado, será tolerada a permanência de um juiz contemporaneamente beneficiário direto de sua própria sentença<sup>227</sup>.

---

<sup>226</sup> Reconhecendo que havendo substituição o impedimento e a suspeição devem ser apurados não só em relação ao substituto, mas também ao substituído, Ephraim de Campos Junior, *Substituição Processual*.

<sup>227</sup> Talvez se possa fazer exceção às ações para tutela de direitos difusos, coletivos ou mesmo individuais homogêneos, particularmente quando, em relação a estes últimos, forem numerosos os titulares e tênues os vínculos que os unem.

Aplicando estas ponderações à sucessão processual, é inevitável reconhecer que haja ou não substituição de partes, o afastamento do magistrado se imporá como consequência da alienação do direito litigioso, a menos que concretamente se apure, na forma do artigo 134, parágrafo único, o deliberado intuito de forçar o afastamento do julgador.

#### **10.4 - Embargos de terceiro**

Formalmente estranho ao processo até a alienação, depois dela passa o terceiro adquirente a ser parte (novamente a bipartição do conceito de parte), o que concretamente significa negar-lhe a via dos embargos de terceiros como instrumento de combate contra as turbações à sua posse oriundas da execução proferida. Neste sentido tem se manifestado harmonicamente doutrina e jurisprudência<sup>228</sup>.

#### **10.5 - Atos que importem a transmissão do direito material**

Reconhecida a qualidade de substituto processual do alienante que continua no processo, seja porque não pleiteou o adquirente seu ingresso, seja porque não obteve o consentimento do adversário, seria natural impor-lhe as mesmas limitações no que concerne à prática de atos versando a disposição do próprio direito controverso.

Quanto a esta classe de atos, de que são exemplos a transação, o reconhecimento do pedido e a renúncia ao direito em que se funda a ação, tem-se que todos pressupõem a titularidade do direito material ou, pelo menos, a afirmação desta mesma titularidade. Daí se concluiria que alguém confessadamente estranho ao direito controverso, como é o substituto, careceria de legitimidade para praticá-los. Sua atuação cinge-se à tutela dos direitos, jamais ao seu sacrifício<sup>229</sup>.

Já tivemos oportunidade de destacar, contudo, que a doutrina dedicada ao estudo da sucessão resiste em atribuir ao alienante o status de substituto, tendo como principal

---

<sup>228</sup> Cândio Dinamarco, op.cit., vol II, pg 80. No STJ REsp 79878 e REsp 9365.

<sup>229</sup> Sem enfrentar expressamente a questão da legitimidade, sustentou Garbagnati (Sostituzione cit, pg 239) a ineficácia de tais atos no plano substancial, conquanto plenamente eficazes no plano processual.

oposição a circunstância de que a extensão dos efeitos da sentença preceituada no artigo 42, § 3º, do CPC ocorrerá ainda que o alienante sonegue nos autos a notícia da alienação, enquanto de substituição jamais seria lícito cogitar se a parte, ao vir a juízo, não deixasse claro que está a litigar por direito alheio.

Sendo assim, não basta utilizar a substituição. É preciso enfrentar todo e cada problema prático e cotejar as principais opiniões sugeridas pela doutrina. Começemos da hipótese mais fácil, por assim dizer, que se verifica quando as partes ou o adquirente carregam para o processo a informação sobre a transferência do direito litigioso.

É pouco provável que o adversário do alienante se dispusesse a celebrar transação com a parte original depois de saber que o direito foi transferido a terceiros, assim como juiz algum homologaria qualquer acordo nestas condições, desprezando a nova realidade material. E a razão é evidente: a preservação do alienante no processo, disposta no interesse do adversário, não rompe com as ordinárias regras do direito material, condição de eficácia da transação, da renúncia, do reconhecimento do pedido ou qualquer outro comportamento com reflexo sobre a relação jurídica litigiosa.

Este foi, com certeza, o ponto de maior vulnerabilidade da Teoria da Irrelevância: supor que a estabilização subjetiva do processo se fizesse ao preço do desprezo pelas transformações substantivas cuja validade e eficácia estão na origem da própria norma<sup>230</sup>.

Temos então que ao alienante é vedada a prática de tais atos, ao contrário do adquirente. Este, investido na condição de novo titular do direito material, pode dele dispor livremente, a despeito da presença do alienante, como parte principal ou assistente, condição a que será reduzido na hipótese de se admitir o ingresso do adquirente e sua contemporânea permanência no processo. Aliás, a celebração de eventual acordo prescinde de qualquer manifestação de vontade do alienante, cuja preservação na condição de parte, repita-se, não entrava a livre circulação do direito litigioso.

---

<sup>230</sup> Reconhecendo o dever do juiz de recusar a homologação ao acordo celebrado pelo alienante nas circunstâncias aqui tratadas, Alvaro de Oliveira, op.cit., pg 203. No mesmo sentido Carlo de Marini, op.cit., pg 87.

Bem mais complexo o quadro quando, por uma razão qualquer, não se traz aos autos a notícia da alienação. Como ficam estes atos aos quais nos dedicamos se praticados pelo alienante, após a alienação ignorada totalmente pelo adversário?

Alvaro de Oliveira é da opinião que “se a alienação ou cessão não chega, por qualquer modo, ao conhecimento do juiz, a situação processual permanece inalterada. Nesse caso, qualquer ato de disposição do direito litigioso, *lato sensu* considerado, realizado pelo alienante ou cedente, terá plena eficácia, no plano processual<sup>231</sup>.”

Percebe-se claramente a divisão dos dois planos, processual e material, traço recorrente de toda a obra do processualista gaúcho. Não restou claro, porém, o que se deve compreender por eficácia processual. Poderia significar a aptidão do ato para fundamentar a sentença, tida assim como absolutamente válida e eficaz. Mas não é isto que sugere o trecho imediatamente sucessivo àquele transcrito: “Qualquer pretensão do sucessor frente ao alienante há de ser resolvida, conseqüentemente, em conformidade com o direito material e em outro processo.”

Com efeito, a menção a um conflito entre sucessor e alienante indica a incolumidade da posição jurídica do adversário, transformando-se o primitivo direito litigioso em uma mera pretensão de perdas e danos.

Esta foi também a conclusão de Satta<sup>232</sup>, e da jurisprudência italiana, segundo a qual são “validi” (leia-se válidos e eficazes) os atos realizados pelo substituto processual, desde que anteriores à intervenção do sucessor a título particular<sup>233</sup>.

Muito mais complexa é a maneira como estes atos jurídicos foram analisados por Carlo di Marini<sup>234</sup>, para quem a solução do problema não encontra acomodação em um enunciado genérico.

---

<sup>231</sup> Op.cit., pg 202.

<sup>232</sup> *Commentario* cit., pg 422.

<sup>233</sup> Esta a resenha feita por Elisabetta Silvestri ao art. 111 do *Commentario Breve al Codice di Procedura Civile*, a Cura di Federico Carpi e Michele Taruffo.

<sup>234</sup> Op.cit., pg. 85 e seg.

Quanto aos créditos e sua cessão, a perspectiva é estritamente de direito civil e o marco fundamental é a data em que o devedor é formalmente notificado da transferência. Até então libera-se o devedor pagando ao cedente, lógica que o processualista italiano sustenta ser aplicável plenamente a todas as modalidades de atos importando em disposição do direito controverso. De modo oposto, ciente o devedor da alienação, nenhum acordo pode ser celebrado com o cedente, a quem não é permitido ainda dar quitação e muito menos renunciar a um direito que a esta altura é alheio.

Quanto aos direitos reais, a conclusão de De Marini se apresenta bem mais rigorosa. Se quando em jogo direitos pessoais, de crédito, a eficácia do ato dispositivo dependerá de notificação do devedor ou de sua ausência, todo acordo celebrado pelo cedente, tratando-se de direito real, será necessariamente ineficaz. Não se pode sustentar, diz o autor, que frente *“all’avversario la parte originaria debba sempre considerarsi come titolare del diritto controverso. La pendenza del processo non può sovvertire un principio fondamentale del diritto civile, quale quello che per disporre validamente di un diritto bisogna esserne titolare o averne mandato del titolare.”*

Não se nega que por esta via o adversário pode ser prejudicado, frustrando o principal objetivo da norma, concebida primordialmente no seu interesse. Imagine-se a possibilidade de que ele, ignorando a alienação, fie-se na palavra do cedente e celebre transação ou se valha da renúncia ou do reconhecimento do pedido para pleitear, em todo caso, a extinção do processo que se revelará ineficaz e destarte inútil: *“Quale più grave ed ingiusto pregiudizio di quello di vedersi defraudato di una regolare transazione stipulata in buona fede con chi appariva essere il titolare del diritto e come tale si comportava nel corso del giudizio<sup>235</sup>?”*

É preciso ter em mente, a despeito destas razoáveis ponderações, que o art.42 não possui, em princípio, função de direito material. Os atos jurídicos praticados na pendência do processo são válidos e produzem rigorosamente todos os efeitos desejados pelos contratantes, exatamente como ocorreria se litígio algum existisse. Sendo assim, em sua opinião, se “o alienante, depois de ter transferido o direito litigioso, dele dispõe uma segunda vez por meio

---

<sup>235</sup> Carlo de Marini, op.cit., pg 89.

de um normal contrato estipulado com o adversário, então surge um problema puramente civil, que não pode ser regulado por uma norma processual<sup>236</sup>.”

Expondo agora aquela que a nosso sentir deve ser a solução, somos obrigados a concordar com De Marini quando destaca as limitadas pretensões do art. 111 do Codice e de seu congênere nacional. Ambos afirmam a absoluta validade e eficácia dos atos de transmissão do direito litigioso ao mesmo tempo em que inibem os prejuízos e contramarchas causados ao processo pela pura e simples troca das partes, conseqüência inevitável da observância dos critérios ordinários de fixação da *legitimatio ad causam*.

Ainda que a pendência do processo entre as partes originais possa contribuir para passar aos interessados, inclusive ao adversário, a aparência de titularidade do direito, lá onde esta for considerada relevante pelo direito material, é realmente necessário compreender que isto não pode importar em elevar o art. 42 à condição de fiel da balança contra o adquirente, cuja boa-fé é igualmente merecedora de tutela.

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 processual.

Suponhamos algumas hipóteses concretas, começando por uma hipotética ação envolvendo imóvel, onde o réu, em cujo nome se acha o bem registrado, reconhece o pedido e transige com o autor após a celebração de compra e venda com terceira pessoa, plenamente válida e eficaz.

Na linha do que expusemos no capítulo próprio, este terceiro somente restaria vinculado à coisa julgada se houvesse o autor procedido ao registro do ato de citação, na forma da Lei 6015. Mas no que diz respeito à transação, o primitivo registro de nada serve. O que importa é saber se ela, ou a renúncia, ou o reconhecimento, são posteriores ao registro pelo terceiro adquirente de seu título, instante em que se opera a transferência da propriedade

---

<sup>236</sup> Carlo de Marini, op.cit., pg 91.

e resta a parte desprovida da legitimidade para a celebração de atos dispositivos do direito material.

Observe-se que a posição do adversário é semelhante à de absolutamente qualquer pessoa que pretende adquirir bem imóvel. O processo não lhe ocasiona fardo algum como também não importa em especial proteção.

Destaque-se que o eventual registro do ato de disposição pelo terceiro antes da transação, da renúncia ou do reconhecimento, mesmo subtraindo-lhes a eficácia, não pode importar o definitivo sacrifício do adversário, ao menos quando objeto do processo for um direito real sobre bem imóvel. Sem renovar todo o raciocínio desenvolvido acerca da proteção ao terceiro de boa-fé, basta recordar por ora que, no regime da propriedade adotado pelo Código Civil, o registro não faz prova plena da propriedade, e a boa-fé do adquirente, exceto na hipótese de usucapião, não é suficiente a suprimir a assim chamada propriedade estática.

Isto significa, na prática, que o adversário com quem se celebrou a transação, ou que foi beneficiado pelos demais comportamentos dispositivos, deverá repropor sua ação, agora em face do adquirente, sem que isto importe o perecimento de seu direito material.

Outra possibilidade substancialmente diversa ocorre quando a transferência do direito real sobre bem imóvel é de iniciativa do autor reivindicante cujo nome não consta dos assentamentos registraes. *Quid iuris* se após celebrar contrato de compra e venda do bem, malgrado este não se ache registrado em seu nome, decida a parte transigir com o adversário, ou ainda renunciar ao direito em que se funda a ação?

Não creio, uma vez mais, que a existência do processo desempenhe papel relevante na solução do conflito. Legitimados a dispor do imóvel são, de um lado, o réu em cujo nome ele se acha registrado, de outro, a pessoa que seria reconhecida como titular do direito não fosse a invalidade do título ou do registro utilizados pelo adversário e declinados como *causa petendi* da ação em curso.

Basta desconsiderar o processo para notar como o conflito poderia ocorrer, e ocorre, fora dele. O que se verifica é a criação de dois vínculos obrigacionais incompatíveis, um com o terceiro e outro com o adversário, sendo que apenas um deles será efetivamente



cumprido enquanto o outro se resolverá em perdas e danos. Mas assim como são válidos e eficazes dois contratos de compra e venda celebrados pelo mesmo proprietário, fora do processo, optando a lei, entre ambos, por aquele que em primeiro lugar alcançou o registro, também é válida e eficaz a transação, ou a renúncia, de iniciativa da parte que continua a ser proprietária (apesar dos registros) após o contrato celebrado com aquele terceiro. A legitimidade do autor para o ato deve ser extraída de sua propriedade, e esta não foi transmitida pelo negócio jurídico.

De toda sorte, importa menos angariar consenso sobre a ordem de preferência a ser obedecida. Decisivo é fixar e repisar como a transação e os demais atos serão eficazes ou ineficazes segundo os princípios e valores dispostos pelo direito material, e que a proteção do adversário limita-se aos inconvenientes e perturbações ocasionados pela substituição de partes em si considerada.

Passemos finalmente aos atos dispositivos dos direitos pessoais litigiosos, destacando-se dentre estes os direitos de crédito, cuja maior dificuldade, no que pertine à solução dos problemas oriundos do sistema do artigo 42, resulta de sua “invisibilidade”, ou pelo menos da ausência de marcos ou sinais específicos capazes de evidenciar, com reduzida margem de dúvida, que eles efetivamente existem.

Quem quiser se aventurar pela aquisição de um direito de crédito qualquer deverá avaliar os riscos do negócio a partir das voláteis evidências exteriores e da aparência que estas proporcionam. E deverá lembrar ainda, ao lado desta fluidez, que tais posições jurídicas circulam pelo simples consenso.

No campo do direito pessoal é então bem mais dramático o conflito que pode surgir se uma das partes em disputa por sua titularidade celebra transação, ou renúncia, etc., após tê-lo transferido a terceiro.

A solução preconizada por Carlo de Marini parte, como visto, do 1264, do Codice Civile, grosso modo equivalente ao nosso artigo 290 do Código Civil, segundo o qual “A cessão do crédito não tem eficácia em relação ao devedor, senão quando a este notificada...”. Desta regra extrai De Marini a conclusão de que é válido e eficaz o ato dispositivo com o adversário ignorante da transmissão, assim como seria liberatório o pagamento feito.

Uma primeira observação cabível é a de que nem sempre figurarão no processo um credor e um devedor, embora esta seja de fato a hipótese mais comum. Pode ocorrer de estarem autor e réu disputando a titularidade ativa de um determinado crédito, quando o recurso aos dispositivos do Código Civil mostrar-se-ia de todo impertinente. Porque eventual acordo entre alienante e adversário seria o acordo, não entre ex-credor e devedor, mas entre um possível credor e um ex-pretendente, digamos assim.

Pensando agora no clássico conflito entre credor e devedor, aquele que inspirou Carlo de Marini, temos que o vigente artigo 290 é quase idêntico ao artigo 1069 do Código Civil de 16, com uma alteração importante. Enquanto o texto anterior aparentava situar o vício da cessão não notificada no plano da validade (“A cessão de crédito não vale em relação ao devedor...”), o atual Código transportou a questão para o plano correto, qual seja, o da oponibilidade ao dispor que “A cessão de crédito não tem eficácia em relação ao devedor, senão quando a este notificada...”

Com base nestes dispositivos encontram-se decisões que chegam a ponto de negar legitimidade ao cessionário para deflagrar a ação de cobrança antes da notificação do devedor (STJ, REsp 331369 e TJRGS, Ap. Cível 70005773619), embora a franca maioria dos acórdãos adote a interpretação de que o artigo 1069 do Código de 1916, atual 290, instrumentaliza a regra do artigo 292, sem significar com isto a negativa da transferência do crédito cuja cobrança pode ser feita livremente pelo cessionário (TJRJ, Apelações Cíveis 2005.001.05376, 2004.001.37464 e 2004.001.01377 e TJRGS Apelações 598425718 e 196034805).

Não existem muitas decisões confrontando o artigo 1069 do Código de 16 e a prática de atos importando a disposição do direito material. Pudemos localizar um único precedente do STJ, quando do julgamento do REsp 235642, Relator o Ministro Eduardo Ribeiro, assim ementado: “Cessão. Código Civil, artigos 1069 e 1071. A falta de notificação ao devedor de que houve cessão conduz a que essa não lhe seja oponível, sendo válido e eficaz o pagamento que efetuar ao cedente, primitivo credor. ***O mesmo, entretanto, não ocorre com a transação***”. (grifo nosso).

Claro está que nos interessa a parte final da ementa, justificada assim pelo Ministro Relator: “Sustenta-se que o termo pagamento (referindo-se ao antigo artigo 1071) há de ser entendido com compreensão ampla, abrangendo as formas ditas indiretas, entre elas a transação. Essa interpretação encontra amparo na doutrina. Assim Carvalho Santos escreveu a propósito: “O texto abrange não só o pagamento propriamente dito, mas todos os meios de exoneração, que equivalem ao pagamento. Estão neste caso a sub-rogação, a dação em pagamento, a novação, a transação e a remissão. (Código Civil Brasileiro Interpretado, 11ª ed, vol XIV, pg 368)”. Tal entendimento, entretanto, não me parece o melhor. Tenho como certo que a expressão foi empregada com sua significação própria, correspondendo ao cumprimento voluntário da obrigação. Isto poderá dar-se por qualquer forma, ainda que aceite o credor prestação diversa da estabelecida, como a dação em pagamento. Não alcançará, entretanto, todas as formas que são aptas, em princípio, a extinguir obrigações. Especialmente, a meu ver, a transação. A razão de ser do dispositivo está em que o devedor seria obviamente prejudicado, caso pagasse ao primitivo credor e fosse obrigado a novo pagamento. Isso não se verifica se a hipótese é de transação.”

O acórdão teve divergência inaugurada pelo Min. Ari Pargendler destacando como além de Carvalho Santos também Pontes de Miranda e M.I.Carvalho de Mendonça assimilam a transação ao pagamento para os fins do artigo 1071 do Código de 16.

Duas coisas podem ser ditas a esta altura: a questão é polêmica e seu desate é atribuição do direito material, porque, como várias vezes ressaltado, o artigo 42 não tem o escopo de impedir outros contratempus além daqueles nascidos da pura e simples troca das partes, e muito menos de sancionar a inoponibilidade ao adversário de atos de disposição disciplinados pelo direito material.

Apenas para não deixar sem resposta a dúvida nascida do quanto exposto, é injustificável que a falta de notificação legitime atos unilaterais de disposição do direito material de iniciativa do cedente, e que no processo exteriorizam-se através da renúncia ao direito em que se funda a ação ou do reconhecimento do pedido. (art.269, inc. II e V do CPC).

Há de se subscrever os argumentos do Ministro Eduardo Ribeiro. Os artigos 290 e 292 exaurem-se na função protetiva que exercem no tocante ao devedor, evitando que a

ignorância da transferência lhe acarrete prejuízos de todo inconcebíveis nas duas hipóteses sob análise.

O contrário deve ser dito da transação, ainda que ela, por si mesma, seja neutra em seu conteúdo, nem negativo, nem positivo, onde a soma das concessões recíprocas não raro é igual a zero. A razão de ser do tratamento diferenciado resulta em primeiro lugar da necessidade de estimular a composição espontânea dos litígios, coisa que não ocorreria se o devedor não-notificado fosse condenado à eterna incerteza sobre sua utilidade. Mas não só. Ao transigirem, judicial ou extrajudicialmente, as partes do conflito programam-se de acordo com os termos ajustados, inclusive no plano financeiro, de tal modo que uma eventual declaração de ineficácia, mesmo surgida antes de qualquer efetivo desembolso, já representaria por si mesma um transtorno, a justificar o emprego do artigo 290.

Ao cessionário restará buscar ressarcimento junto ao alienante, porta que não é fechada por eventual conhecimento sobre a litigiosidade do direito. Com efeito, é inaplicável à espécie o antigo artigo 1117, II, do Código Civil de 1916, atual artigo 457 do Código de 2002. É que a regra excludente do direito a pleitear por evicção pressupõe declaração judicial faltante na hipótese de acordo subscrito pelo alienante com o adversário.

#### **10.6 - O regime das exceções**

Trabalhando o conflito de configuração mais corriqueira, qual seja, aquela em que o credor propõe ação para exigir do devedor a satisfação de seu crédito, convém tratar separadamente de cada uma das possíveis sucessões, no crédito e no débito, e dentro delas analisar a posição do alienante que continua no processo, do adquirente seu substituto e da parte adversária.

Começemos com a cessão do crédito. Após ela nada se altera quanto à alegação dos fatos que não constituem propriamente exceções e podem ser conhecidos de ofício pelo juiz. O devedor sempre poderá argüir a nulidade do contrato ou o pagamento, este último desde que feito ao cedente, se anterior à notificação, ou o cessionário, se posterior a ela.

Das exceções materiais, a prescrição será livremente oposta pelo devedor, qualquer que seja a parte. As demais, novação, transação e confusão, têm regência no artigo 294 do Código Civil. Pode o devedor valer-se das exceções que possuía contra o cedente até o momento da notificação, além daquelas que tiver contra o cessionário.

A única exceção com disciplina singular é a compensação, ante os termos do artigo 377 do Código Civil. Uma vez notificado da cessão, compete ao devedor arguí-la incontinenti, sob pena de não poder suscitá-la perante o cessionário. Quanto ao momento próprio para fazê-lo, este deve ser o da primeira oportunidade de que dispuser para falar nos autos.

É vedada a arguição pelo devedor das exceções posteriores à notificação que porventura surgirem em relação ao cedente<sup>237</sup>.

Não apresenta qualquer relevância, para os fins das exceções, a sucessão processual, isto é, a troca de partes. O devedor poderá suscitar as exceções que possuir contra o cedente ainda que o cessionário o substitua, assim como a recíproca também é correta, nada lhe obstando argüir as que tiver contra o cessionário, mesmo em caso de permanência do cedente.

Suasórios, todavia, os argumentos trazidos por Carlo de Marini<sup>238</sup>: “Se de um lado o réu não pode ser privado da faculdade de fazer valer no processo iniciado pelo cedente a extinção da obrigação, de outro não é menos verdadeiro que o cessionário corre o risco de ver declarar um próprio débito em um juízo do qual não participa. O contra-crédito oposto em compensação poderia ser talvez utilmente contestado pelo cessionário, se este participasse do juízo; enquanto o cedente, mesmo fazendo valer o crédito principal do cessionário, não tem evidentemente esta possibilidade.”

A saída alvitrada pelo processualista, e que a nosso ver surge como a única compatível, é considerar o cessionário como litisconsorte necessário, caso seja mantido o cedente, ou indeferir a exclusão deste último, se contra ele pretende o devedor argüir a

---

<sup>237</sup> Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, vol II, 20ª ed, pg 379 e Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 2º vol, 20ª ed., pg 433.

<sup>238</sup> Op.cit., pg 134.

compensação. A legitimidade do alienante para prosseguir na causa pressupõe a imutabilidade objetiva do conflito, que é substancialmente alargado com a relação jurídica trazida através da nova exceção<sup>239</sup>.

No tocante ao cedente e ao cessionário nada muda essencialmente, ao menos no plano agora abordado.

Excepcionalmente é possível que haja sucessão no pólo passivo da relação obrigacional (artigo 299-303 do C. Civil), com reflexos na relação processual. E o que ocorrerá, no concernente às exceções, é simétrico ao verificado na cessão de créditos.

Dispõe o artigo 302 do Código Civil que “O novo devedor não pode opor ao credor as exceções pessoais que competiam ao devedor primitivo.” Trata-se de inovação do ordenamento pátrio, que desconhecia disciplina acerca da assunção de dívida, confiada até então à doutrina, por sua vez arrimada nos dispositivos encontrados nos códigos estrangeiros, em particular o Código Civil Alemão, o Código Suíço das Obrigações e o Código Civil Português.

Podem ser argüidas pelo novo devedor, portanto, e a contrario sensu, todas as exceções que não sejam de índole pessoal<sup>240</sup>. Mas há divergências sobre quais são estas.

Quanto à compensação, por exemplo, tende a doutrina a negar possa ser oposto pelo assuntor crédito titularizado pelo devedor original. Do contrário estaria dispondo de crédito alheio<sup>241</sup>.

Nada o impede, ao revés, de compensar crédito seu contra o credor ou valer-se da exceção de contrato não cumprido<sup>242</sup>.

A prescrição consumada antes da assunção pode ser oposta livremente, mas há quem enxergue na própria assunção um ato de reconhecimento da dívida significando a

---

<sup>239</sup> Preconizamos solução diversa da sugerida por Alvaro de Oliveira (op.cit., pg 218), para quem o direito de crédito deve ser exercido em ação própria, vedada a sua argüição como defesa. O fato de inexistir o chamamento *iussu iudicis* no Brasil, qual previsto no artigo 107 do Codice, é superável com o artigo 47 do CPC.

<sup>240</sup> Caio Mário da Silva Pereira, vol II, 20ª ed, pg 385

<sup>241</sup> Luiz Roldão de Freitas Gomes, *Da Assunção de Dívida e sua Estrutura Negocial*, 2ª ed, pg 192.

<sup>242</sup> Luiz Roldão, op.cit., pg 193.

interrupção daquele prazo<sup>243</sup>, opinião esta última que não compartilhamos. O reconhecimento do direito, preceitua o artigo 202, VI, do C. Civil, há de ser inequívoco.

### 10.7 - A reconvenção

Para que se possa cogitar de reconvenção no mecanismo do artigo 42, é preciso inicialmente que a sucessão no direito controverso, seja pelo lado ativo ou passivo, ocorra após a citação do réu, a tempo de que sua notícia chegue aos autos antes do transcurso do prazo para resposta.

Isto ocorrendo, há de ser observado o fundamento da reconvenção que se deseja propor, pressupondo por ora a sucessão no crédito. Vale recordar, segundo quem melhor estudou o assunto na vigência do Código de 73, que a “conexão” entre a reconvenção e a ação principal deve ser mais ampla “do que o conceito subministrado pelo artigo 103, não reclamando a identidade de qualquer dos elementos de individualização das ações”.<sup>244</sup> Em consequência, muito variará a forma como se entrelaçam esta modalidade de resposta e a causa pendente.

Na opinião de Alvaro de Oliveira<sup>245</sup>, se a “sentença a ser proferida na contra-ação” for capaz de alcançar o direito alienado pendente, a reconvenção poderá ser proposta tanto contra a parte original, o cedente, como o sucessor a título singular.

Eventual problema de legitimidade do antecessor, a seu ver, resolve-se pelo artigo 42 do CPC, cuja função seria a de estender ao alienante não somente a legitimidade ativa, como também a passiva.

Nesta mesma linha, de reconhecer legitimidade ao alienante, a doutrina alemã citada por Carlo de Marini<sup>246</sup>. Diz-se que o cedente continua parte no processo e como tal legitimado passivamente à reconvenção.

---

<sup>243</sup> Neste sentido Von Thur, citado por Luiz Roldão, op.cit., pg 195.

<sup>244</sup> José Carlos Barbosa Moreira, *A Conexão de Causas como Pressuposto da Reconvenção*, pg 168.

<sup>245</sup> Op.cit., pg 219.

<sup>246</sup> Op.cit., pg 137.

E o próprio De Marini, mesmo sem conjecturar exatamente a hipótese proposta pelo processualista gaúcho, parece inclinar-se por solução idêntica, a julgar pela atribuição da legitimidade a reconvenções ligadas com a ação principal por laços bem mais frágeis<sup>247</sup>.

Uma reserva inicial oponível à classe concebida por Alvaro de Oliveira é a de que não raro a reconvenção prejudicial ao direito pendente prende-se a relação jurídica que continua a ser titularizada pelo alienante. Assim, p.ex., no que concerne aos direitos potestativos e às sujeições oriundos dos vícios do ato jurídico, que não acompanham a sorte do débito ou do crédito e permanecem sendo titularizados pelas partes do contrato ou do ato. É o que se dá com o direito à anulabilidade ou as causas de nulidade.

Caso tenha a reconvenção esta finalidade, visando à desconstituição da própria relação jurídica, problema algum de legitimidade despontará se como parte continua o cedente. Fora esta ressalva, concordamos com a proposta inicial de que contra o autor primitivo possam ser propostas reconvenções para as quais não estaria ordinariamente legitimado. Suponhamos, v.g., que Tício promova em face de Caio ação reivindicatória de bem que diz pertencer-lhe, alienando-a em seguida a Mévio. É possível<sup>248</sup> que Caio, além de simplesmente negar a propriedade do autor, pretenda ainda ver declarado o seu domínio sobre aquela mesma coisa, utilizando-se para tanto de reconvenção que de fato terá o alienante no pólo passivo, mesmo que a rigor, pelas regras tradicionais, lhe faltasse a legitimidade outorgada pelo artigo 42.

Salientamos ainda que a legitimidade do alienante, nestas causas para os quais não seria ordinariamente legitimado, não afasta o litisconsórcio que acreditamos dever ser constituído entre ele, interessado no desfecho da causa, e o adquirente. Embora existam decisões negando a possibilidade de propositura da reconvenção em face de terceiros estranhos ao processo, há pelo menos um precedente admitindo a solução alvitrada “quando o integrante novo trazido na contra-ação formar um litisconsórcio com o autor da demanda inicial, ou quando os direitos ou as obrigações em causa derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito<sup>249</sup>.”

---

<sup>247</sup> Basta observar os exemplos de fls.138 e seg. de sua *Successione* cit.

<sup>248</sup> Exceto pela alienação, trata-se de exemplo dado por Barbosa Moreira in *A Conexão* cit., pg 157.

<sup>249</sup> STJ, REsp 147944/SP. Na doutrina vale recordar a opinião de Waldemar Mariz de Oliveira Jr. (*Substituição Processual*, pg 167. São Paulo: RT, 1971) no sentido de que havendo reconvenção na ação movida pelo substituto, deve ser o substituído citado para que exerça sua defesa.



Ainda sobre esta primeira classe, das reconvenções que alcançam diretamente o direito litigioso, é também concebível a substituição de partes antes da resposta do réu, hipótese rigorosamente inversa àquela inicialmente proposta. Nesta pode ocorrer que seja o adquirente a carecer de legitimidade para a reconvenção pertinente à figura do alienante. Não creio, todavia, que se possa recorrer ao velho expediente de sustentar legitimidade extraordinária do novo autor. Bastaria ao réu e adversário, desejoso de reconvir, negar a autorização para saída do alienante. Se consentiu na troca de partes não é razoável que pretenda agora deflagrar demanda pertinente à parte original.

Uma segunda categoria de reconvenções, talvez a mais tradicional, é a que tem por finalidade compensar o crédito cobrado na ação condenatória. Já vimos, ao tratar das exceções, que o adversário poderá opor ao cessionário a compensação de créditos que tem frente ao cedente, desde que ressalve este direito por oportunidade da notificação.

É possível, então, que depois de levantar a exceção, queira o réu cobrar o que exceder o encontro dos débitos, utilizando-se para tanto da reconvenção. Como também poderá valer-se deste instrumento se o crédito conexo àquele deduzido na causa não preencher os requisitos mínimos à sua argüição em defesa, o que ocorrerá, por exemplo, se lhe faltar liquidez.

Naturalmente, permanecendo o cedente no processo, e sendo seu o débito que o adversário pretende valer com a reconvenção, problema algum de legitimidade se põe. Sequer o sucessor precisa ser convocado, vez que o eventual desaparecimento de seu direito, aquele objeto da transmissão, ocorrerá de modo simplesmente reflexo.

Contudo, se o crédito que pretende o réu cobrar volta-se ao cessionário estranho ao processo a situação é mais complexa. Não nos parece que o artigo 42 sirva a legitimar o cedente a figurar como reconvinde, resistindo a uma cobrança a ele de todo indiferente. Por outro lado, não há como inibir a defesa do adversário por força do descompasso entre as realidades processuais e materiais.

Uma vez mais opinamos no sentido de ser citado em reconvenção o próprio cessionário, na linha da jurisprudência citada, com a ressalva de que aqui mostra-se desnecessária a inclusão do cedente como litisconsorte necessário.

Tirantes as reconvenções cujo resultado reflita diretamente sobre o direito litigioso, todas as demais continuarão norteadas por seu regramento tradicional. Poderão ser propostas aquelas que, conexas com a “ação” ou o fundamento da defesa, voltem-se contra o autor, e só ele.

A reconvenção é, em sua essência, ação movida pelo réu contra o autor, estrutura que deve ser mantida mesmo ocorrendo a sucessão no direito controverso. A possibilidade de citação do cessionário, por nós sustentada, possui caráter excepcional, e é admissível apenas quando necessária a garantir que a manutenção do alienante no processo, disposta pela lei no interesse do adversário, não importe em embaraço à defesa de que poderia usufruir se da transmissão no plano material resultasse de forma automática a mudança das partes.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALLORIO, Enrico. *Cosa Giudicatta Rispetto ai Terzi*. Milano: Ristampa Giuffrè, 1992.
- ALVES, José Carlos Moreira. Direito Subjetivo, Pretensão e Ação, in *Revista de Processo*, nº 47. Editora RT.
- ALVIM, Arruda. O Terceiro Adquirente do 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, in *Revista de Processo*, nº 31, pg 189, Editora RT.
- ANDRIOLI, Virgilio. *Diritto Processuale Civile*, vol I. Napoli: Jovene, 1979.
- ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 1979.
- ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução*, 3ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1996.
- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol I, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- BETTI, Emilio. *Ragione e azione*, in Rivista di Diritto Processuale Civile, 1ª Parte, 1932.  
\_\_\_\_\_. *Instituzioni di Diritto Romano*. Padova: CEDAM, 1947.
- BOULANGER, Jean. *Traité de Droit Civil*, Tomo II. Paris: Librairie Générale De Droit et de Jurisprudence, 1957.
- BOWER, George Spencer. *The Doctrine of Res Judicata*. London: Butterworths, 1996.
- CALAMANDREI, Piero. “Il concetto di “lite” nel pensiero di Francesco Carnelutt”, in *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1ª Parte, 1928, CEDAM.
- CÂMARA, José Gomes Bezerra. Contribuição para o Estudo da Aparência, in *Estudos Jurídicos e de História*. Rio de Janeiro: Ed. Barrister's, 1987.
- CAMPOS NETO, Ezequiel de Melo. *Cisão das Sociedades Limitadas*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- CAMPOS, Germán J. Bidort. *El Acceso a la Justicia, El Proceso y la Legitimación*, in *La Legitimación*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.

- CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Giuridica della Circolazione*. Padova: CEDAM, 1933.  
 \_\_\_\_\_. *Appunti Sulla Sucessione nella Lite*, in *Rivista di Diritto Processuale Civile*, n° 1, 1932.  
 \_\_\_\_\_. *Titolo Esecutivo*, in *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1931.
- CARPENTER, Luiz. *Da prescrição*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Nacional de Direitos, 1958.
- CARPI, Federico. *Commentario Breve al Codice di Procedura Civile*. Padova: CEDAM, 1994.  
 \_\_\_\_\_. *L'Efficacia "Ultra Partes" Della Sentenza Civile*. Milano: Giuffrè Ed., 1974
- CARVALHO, Afrânio de. *Registro de Imóveis*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Jovene, 1965.  
 \_\_\_\_\_. *Saggi di Diritto Processuale Civile*, vol I, Milano: Giuffrè Ed., 1993.
- COSTA, Lopes da. *Direito Processual Civil Brasileiro*, 2ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- DE MARINI AVONZO, Franca. *I Limiti Alla Disponibilità della "Res Litigiosa" nel Diritto Romano*. Milano: Giuffé, 1967.
- DE MARINI, Carlo Maria. *La Successione nel Diritto Controverso*. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1953.
- DIAS, Maria Berenice. *Observações sobre o conceito de Pretensão*, in *Revista de Ajuris*, vol 35, pg. 84/96.
- DINAMARCO, Cândido. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol III. São Paulo: Malheiros, 2001.  
 \_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol II. São Paulo: Malheiros, 2002.
- DINIZ, Maria Helena. *Sistemas de Registros de Imóveis*. São Paulo: Saraiva, 1992.  
 \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 2º vol, 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- ENNECCERUS, Ludwig, em cooperação com Kipp e Wolff. *Tratado de Derecho Civil*, vol I. Tomo II. Barcelona: Bosch, 1933.
- FAZZALARI, Elio. *Successione Nel Diritto Controverso*, in *Rivista Di Diritto Processuale*, 1979.
- FEALY, Michael. *The Civil Procedure Rules in Action*. 2ª ed. Londres: Cavendish Publishing, 2000.
- FERRI, Luigi. "Rilievi in tema di trascrizione della domanda di rivendicazione". In *Rivista Trimestrale di Diritto e Processo Civile*, 1948, pg 269 e seg.  
 \_\_\_\_\_. In *Commentario Del Codice Civile, Libro Sesto*, a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca. Bolonha – Roma: Amichelli-Foro Italiano, 1964.

FERRUCI, Romeu em cooperação com Ugo Natoli. *Commentario del Codice Civile*, Libro VI, Tomo Primo. Torino: Utet, 1962.

FIGUEIREDO, Sálvio de. *Fraude de Execução*, in Revista Forense, v.82, nº 293, p.3-9, jan-mar.,1986.

FONTES, André. *A pretensão como Situação Jurídica Subjetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FRIENDENTHAL, Jack H. *Civil Procedure*. 2ª ed. St. Paul: West Publishing co., 1993.

FULGÊNCIO, Tito. *Da Posse e das Ações Possessórias*, vol 1. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GARBAGNATI, Edoardo. *La Sostituzione Processuale*. Milano: Giuffrè, 1942.

GLÜCK, Federico. *Comentario alle Pandette*. Livro XX. Milão: Leonardo Vallardi, 1895.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Da Assunção de Dívida e sua Estrutura Negocial*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao Direito Civil*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

\_\_\_\_\_. *Direitos Reais*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil*. Vol III, Tomo 2. 2ª Edição Portuguesa e 1ª Edição Brasileira.

GRAINGER, Ian. *The Civil Procedure Rules in Action*. 2ª ed. Londres: Cavendish Publishing, 2000.

GRECO, Leonardo. *O Processo de Execução*, vol II. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GUIMARÃES, Luiz Machado. *Estudos de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1969.

JHERING, Rudolf von. *Des Effets Réflexes*, in Études Complementaires de L'Esprit du Droit Romain. Paris: Librairie A. Maresq, 1903.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KIPP, em cooperação com Ludwig Enneccerus e Wolff. *Tratado de Derecho Civil*, vol I. Tomo II. Barcelona: Bosch, 1933.

LANDIM FILHO, Francisco Antônio Paes. *A propriedade imóvel na Teoria da Aparência*. São Paulo: Cid., 2001.

- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- \_\_\_\_\_. *Processo de Execução*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1968.
- LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*, volume VI. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- LOPES, Mauro Brandão. *A Cisão no Direito Societário*. São Paulo: Ed. RT, 1980.
- MANDRIOLI. *Corso di Diritto Processuale Civile*, vol I. 11ª ed.. Torino: G. Giappichelli, 1997.
- MARENGO, ROBERTO. *Successione nel Processo*, in Enciclopedia del Diritto, XLIII, 1990, pg 1393.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol III, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962.
- MARQUES, J.M. de Azevedo. *A hipoteca*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1933.
- MAZEAUD et Mazeaud. *Lecciones de Derecho Civil*. Buenos Aires: EJE, 1976.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 15ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2003.
- MENGONI, Luigi. *L'acquisto "a non domino"*. Milano: Società Editrice Vita e Pensiero, 1948.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, vol V. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.
- \_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil de 1973*, Tomo IX. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- MONTELEONE, Girolamo A. *I Limiti Soggettivi Del Giudicato Civile*. Padova: CEDAM, 1978.
- MORAES FILHO, Evaristo. *Sucessão nas Obrigações e a Teoria da Empresa*, vol I. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. "Direito Subjetivo, Pretensão e Ação". In *Revista de Processo*, nº 47, pg. 109 e seg..
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Notas sobre Pretensão e Prescrição no Sistema do Novo Código Civil Brasileiro*. Revista Forense, nº 366, pg 119/126.
- \_\_\_\_\_. *A Conexão de Causas como Pressuposto da Reconvenção*. São Paulo: Saraiva, 1979.
- MOSCHELLA, Raffaele. *Contributo Alla Teoria Dell'Apparenza Giuridica*. Milano: Giuffrè, 1973.

- NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro. *Hipoteca*. Rio de Janeiro: Aide, 1985.  
\_\_\_\_\_. *Usucapião*, 6ª ed. Rio de Janeiro: Aiede Ed., 1999.
- NATOLI, Ugo em cooperação com Romeo Ferruci. *Commentario del Codice Civile*, Libro VI, Tomo Primo. Torino: Utet, 1962.
- NICOLÒ, Rosário. *Successione nei Diritti*, in Novissimo Digesto Italiano, vol XVIII
- OERTMANN, Paul. *Derecho Civil*. Barcelona: Labor, 1933.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Alienação da Coisa Litigiosa*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- OLIVEIRA JUNIOR, Waldemar Mariz de. *Substituição Processual*. São Paulo: Ed. RT, 1971.
- PALACIO, Lino Enrique. *Derecho Procesal Civil*. Tomo III. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol III. 7ª ed., nº 219. Rio de Janeiro: Forense, 1986.  
\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Civil*, vol IV. 7ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1987.  
\_\_\_\_\_. *Instituições*, vol II, 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- PESERICO, Lorenzetto. *La Successione nel Processo Esecutivo*. Padova: CEDAM, 1983.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª ed, Coimbra: Coimbra Ed., 1999.  
\_\_\_\_\_. *Cessão da Posição Contratual*. Coimbra: Almedina, 2003
- PICARDI, Nicola. *Codice di Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 1994.  
\_\_\_\_\_. *La Successione Processuale*. Milano: Giuffrè, 1964.
- PISANI, Andrea Proto. *Dell'esercizio dell'azione* in Commentario al Codice di Procedura Civile diretto da E. Allorio, vol I. Torino, 1973.  
\_\_\_\_\_. *La Transcrizione delle Domande Giudiziali*. Napoli: Jovene, 1968.  
\_\_\_\_\_. *Opposizione Di Terzo Ordinaria*. Napoli: Jovene, 1965.  
\_\_\_\_\_. *Lezioni Di Diritto Processuale Civile*. 2ª ed. Napoli: Jovene, 1996
- PLANIOL, Marcel. *Traité Élémentaire de Droit Civil*, Tomo I. 6ª ed. Paris: Librairie Générale De Droit et de Jurisprudence, 1914.
- RIBEIRO FILHO, Basileu. “O Princípio En fait de meubles possession vaut titre no Direito Brasileiro”, in *Rev. de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara*, nº 16, pg 61 e seg.
- RIPERT, Georges. *Traité de Droit Civil*, Tomo II. Paris: Librairie Générale De Droit et de Jurisprudence, 1957.

ROMAGNOLI, Umberto. *Successione nel Processo*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XVIII. Torino, 1971.

ROSA, Inocência Borges da. *Processo Civil e Comercial Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Globo – Barcellos, Betaso e Cia, 1941.

SALLES, José Carlos de Moraes. *Usucapião de Bens Imóveis e Móveis*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1997.

SATTA. *Commentario Al Codice di Procedura Civile*. Livro I. Milano: Casa Editrice Francesco Vallardi, 1959.

\_\_\_\_\_. Il Conetto di Parte, in *Rivista di Diritto Civile*, 1957, pg 68/77.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Del Diritto Romano Attuale*. Vol III. Torino: Utet, 1891.

SILVA, Ovidio Araujo Baptista da. Reivindicação e Sentença Condenatória, in *Sentença e Coisa Julgada*. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988.

SILVA, Paula Costa e. *A Transmissão da Coisa ou Direito em Litígio*. Coimbra: Coimbra Ed., 1992.

SOUZA NETO, José Soriano de. *Publicidade Material do Registro Imobiliario (Efeitos de Transcrição)*. Recife, 1940.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Fraude de Execução, in *Revista Forense*, v.82, n.293, Rio de Janeiro, 1986.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

TUHR, Andreas von. *Derecho Civil*, vol I e II. Buenos Aires: Depalma, 1947.

WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*, vol.1. Buenos Aires: EJE, 1977.

WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, vol 1. Torino: Utet, 1925.

WOLFF, em cooperação com Ludwig Enneccerus e Kipp. *Tratado de Derecho Civil*, vol I. Tomo II. Barcelona: Bosch, 1933.

ZUCKERMAN, Adrian. *Civil Procedure*. London: LexisNexis UK, 2003.



