



Felipe Neves Monteiro

**A extensão da coisa julgada a
terceiros em litígios multitudinários
no mercado de capitais**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada como requisito parcial para
obtenção de grau de Mestre pelo Programa de Pós-
graduação em Direito Civil Contemporâneo e Prática
Jurídica, do Departamento de Direito da PUC-Rio.

Orientador: Prof. Ronaldo Cramer

Rio de Janeiro
Novembro de 2024

Felipe Neves Monteiro

A extensão da coisa julgada a terceiros em litígios multitudinários no mercado de capitais

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Civil Contemporâneo e Prática Jurídica da PUC-Rio. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo:

Prof. Ronaldo Cramer
Orientador
Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Marcelo Calixto
Departamento de Direito – PUC-Rio

Profa. Carolina Uzeda
UFPR

Rio de Janeiro, 04 de novembro de 2024

Todos os direitos reservados. A reprodução, total ou parcial do trabalho, é proibida sem autorização da universidade, do autor e do orientador.

Felipe Neves Monteiro

Graduou-se em Direito na UNIRIO (Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro) em 2019. Coautor do artigo “Recurso Extraordinário – Honorários Advocatícios – Parecer do IBDP na condição de *amicus curiae*” (RePro, São Paulo, v. 48, n. 339, p. 21-37, maio 2023). É advogado na área de contencioso cível estratégico, atuando em casos de natureza empresarial e do mercado de capitais.

Ficha Catalográfica

Monteiro, Felipe Neves

A extensão da coisa julgada a terceiros em litígios multitudinários no mercado de capitais/
Felipe Neves Monteiro; orientador: Ronaldo
Cramer – Rio de Janeiro PUC, Departamento de
Direito, 2024

176 f. ; 29,7 cm

1. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito.

Inclui referências bibliográficas.

1. Direito – Teses. 2. Coisa Julgada 3. Mercado de Capitais 4. Litisconsórcio 5. Terceiros 6. Demandas Societárias. I. CRAMER, Ronaldo (Ronaldo Cramer). II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título

À minha família, quem tudo devo

Agradecimentos

À minha mãe e ao meu pai pelo apoio desde cedo e pelo estímulo aos meus estudos.

Aos meus irmãos, por sua amizade e suporte.

Ao meu orientador, Professor Ronaldo Cramer por ter aceitado o desafio de me guiar no estudo sobre um tema tão intrigante e complexo, sempre sugerindo boas ideias e aprimoramentos pelo caminho.

Aos meus queridos amigos, em especial Ana Luiza, Felipe Varela, Pedro Miranda e Natália Ichaso, por terem acompanhado essa empreitada de perto.

RESUMO

Monteiro, Felipe Neves; Cramer, Ronaldo. **A extensão da coisa julgada a terceiros em litígios multitudinários no mercado de capitais.** Rio de Janeiro, 2024. 176p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

O presente estudo visa a analisar a possibilidade de extensão da coisa julgada a terceiros no contexto de demandas do mercado de capitais, especialmente em litígios societários de feição multitudinária envolvendo direitos incindíveis. Algumas espécies de demandas societárias podem ser caracterizadas pela formação de litisconsórcio unitário facultativo, não sendo raro que o próprio objeto da lide seja indivisível, como no caso de uma ação de anulação de assembleia, por exemplo. Esses casos são debatidos há muito tempo pela doutrina nacional e estrangeira, com a formação de duas correntes bem delimitadas por orientações diametralmente opostas. Enquanto parte dos doutrinadores defende a não vinculação desse terceiro à coisa julgada formada no processo anterior, outra parte entende que essa vinculação é perfeitamente possível e até desejável, para evitar um conflito prático de julgados. De todo modo, mudanças regulatórias e discussões mais recentes na seara do mercado de capitais não só orientam para a crescente flexibilização da confidencialidade de procedimentos até então marcados pelo sigilo, como também impõe às companhias abertas o dever de cientificar terceiros quanto a existência de litígios multitudinários. Diante dessas circunstâncias, este trabalho investiga até que ponto a atual regulação do mercado de capitais pode gerar importantes repercussões processuais no sentido de eventualmente permitir a vinculação do terceiro à coisa julgada do processo sobre matéria incindível. Além disso, busca-se dar uma interpretação sistemática ao Código de Processo Civil a fim de solucionar uma questão que, ao fim, nada mais é do que uma tensão entre os princípios do contraditório e da segurança jurídica. O trabalho tem, ainda, a preocupação de buscar uma justificativa metodologicamente adequada e intersubjetiva para o uso da técnica de ponderação, de maneira que sejam evitados casuismos. No final, chega-se a uma proposta de solução do problema que incorpora a técnica da representatividade adequada como versão mitigada do contraditório apta a autorizar, normativamente, a vinculação do terceiro à coisa julgada nos litígios litisconsorciais unitários do mercado de capitais.

Palavras-chave

Coisa julgada; mercado de capitais; litisconsórcio; terceiros; demandas societárias.

ABSTRACT

Monteiro, Felipe Neves; Cramer, Ronaldo (Advisor). **Third party claim preclusion in multiparty securities lawsuits**. Rio de Janeiro, 2024. 176p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

This study aims to analyze the possibility of extending *res judicata* preclusion to third parties in securities lawsuits, especially in corporate disputes of multiparty nature and involving indivisible relief. Some types of corporate law claims may be pursued by several, and optional, co-claimants and it is not uncommon for the relief of the dispute itself to be indivisible, as is the case for lawsuits aimed to declare shareholders meetings null and void, for example. These cases have been debated for a long time by national and foreign doctrine, with the formation of two scholarly positions divided by diametrically opposed orientations. While some scholars argue that *res judicata* does not bind third parties, there are others who understand that binding them is not only possible, but even desirable, in order to avoid conflicting rulings. Nevertheless, as regulatory changes and more recent discussions have pointed toward relaxing confidentiality in lawsuits otherwise marked by secrecy, even determining that public companies disclose multiparty litigation, the subject has become more nuanced. Under such new circumstances, this work undertakes the task of determining if the current capital markets regulatory environment can have important repercussions as to bind third parties to *res judicata* preclusion in lawsuits involving indivisible relief. Moreover, it pursues a coherent interpretation of the Code of Civil Procedure, aiming to answer a question which is, in fact, a tension between the right to a day in court and legal certainty. The work is also concerned with seeking a methodologically adequate and intersubjective justification for balancing such principles, in order to avoid undue discretion. At the end, I propose a solution for the problem that incorporates the concept of adequacy of representation as a mitigated version of the right to day in court which can normatively authorize that a third party be bound by *res judicata* preclusion in multiparty securities litigation.

Keywords

Res iudicata; capital markets; multiparty litigation; third parties; corporate lawsuits

SUMÁRIO

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS	10
INTRODUÇÃO	11
1. COISA JULGADA: CONCEITO, PRESSUPOSTOS, EFEITOS, LIMITES, MODOS DE PRODUÇÃO E SUA EFICÁCIA PRECLUSIVA	15
1.1 A teoria de Liebman sobre a coisa julgada: contexto de sua doutrina e formulação teórica	15
1.2 Pressupostos para a formação da coisa julgada	22
1.3 As funções negativa e positiva da coisa julgada.....	26
1.4 Limites objetivos da coisa julgada	29
1.5 Limites subjetivos da coisa julgada	32
1.6 Modos de produção da coisa julgada	37
1.7 A eficácia preclusiva da coisa julgada	37
2. COISA JULGADA E TERCEIROS	40
2.1 A disciplina jurídica da coisa julgada: princípios constitucionais e a lei	40
2.2 Preliminarmente: o conceito de terceiro	43
2.3 Sucessão processual: extensão da coisa julgada a um (falso) terceiro	45
2.4 Substituição processual e legitimidade extraordinária em processos não coletivos	47
2.5 Instrumentos de tutela coletiva: ações coletivas e o IRDR	53
2.5.1 A legitimidade extraordinária e a substituição processual nas ações coletivas.....	53
2.5.2 A estabilidade da decisão em IRDR: precedente ou coisa julgada?.....	60
2.6 A coisa julgada em demandas envolvendo litisconsórcio unitário facultativo e direitos incindíveis	69
2.6.1 O litisconsórcio e suas diferentes classificações	69
2.6.2 Relações jurídicas envolvendo direitos incindíveis	71
2.6.3 Repercussões desses conceitos na coisa julgada.....	73
3. A REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA COMO REQUISITO PARA EXTENSÃO DA COISA JULGADA A TERCEIRO	84
3.1 A origem da representatividade adequada e sua conceituação no direito norte-americano.....	84
3.2 A aplicação da representatividade adequada em litígios não coletivos como versão mitigada do direito do contraditório	91
3.3 A representatividade adequada no Brasil: razões para uma necessária mudança de paradigma.....	100

4.	UMA PROPOSTA DE SOLUÇÃO PARA EXTENSÃO DA COISA JULGADA A TERCEIROS NOS LITÍGIOS MULTITUDINÁRIOS DO MERCADO DE CAPITAIS	108
4.1	Traçando os contornos do problema: um resumo das questões específicas dos litígios multitudinários do mercado de capitais.....	108
4.2	Uma primeira tentativa de solucionar o problema através da teoria de Alexy.	122
4.3	A teoria do direito como integridade como método para solução do problema	131
4.3.1	Uma releitura do art. 506 do CPC através da interpretação construtiva	135
4.3.2	Consistência, risco moral e isonomia: a representatividade adequada como resposta para o problema.....	140
4.4	Características do sistema proposto e sua aplicação	147
5.	CONCLUSÃO	161
6.	BIBLIOGRAFIA.....	167

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CDC	Código de Defesa do Consumidor
CPC	Código de Processo Civil
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
EUA	Estados Unidos da América
IRDR	Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
OCDE	Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico
TRF-5	Tribunal Federal Regional da 5ª Região

INTRODUÇÃO

Em 18 de novembro de 2020, a OCDE divulgou o estudo “*Private enforcement of shareholder rights: A comparison of selected jurisdictions and policy alternatives for Brazil*”¹, resultado de um trabalho conjunto entre a OCDE e a CVM, a autarquia reguladora do mercado de capitais do Brasil. O propósito da publicação foi avaliar o atual quadro regulatório brasileiro em relação à supervisão de direitos de acionistas de companhias abertas, com ênfase em duas áreas em particular: o uso de ações derivadas e de arbitragens coletivas, apontando, em sua conclusão, algumas sugestões para o aprimoramento dessas ferramentas a fim de, na opinião dos autores, melhor tutelar as relações societárias no mercado de capitais.

Nesse sentido, o estudo deu particular ênfase ao regime informacional envolvido na divulgação, por companhias abertas, de litígios relevantes e à confidencialidade das arbitragens, tendo tecido comentários no sentido de que uma divulgação mais ampla sobre essas demandas facilitaria a formação de coisa julgada *erga omnes*, “tornando a intervenção de terceiros viável e vinculando membros da classe à decisão”². A propósito, uma das sugestões expressas do trabalho foi a necessidade de “estabelecer regras tornando públicas as informações de litígios societários e de mercado de capitais envolvendo companhias abertas (...) se uma decisão é capaz de vincular indivíduos que não são partes na arbitragem, todo o mercado deveria ter acesso aos dados e documentos envolvidos na disputa”³.

A publicação desse trabalho motivou a CVM a iniciar a audiência pública SDM nº01/2021, a fim de discutir com os participantes do mercado a criação de um “novo comunicado sobre demandas societárias”⁴, apresentando minuta de normativo para comentários. Após a coleta de opiniões dos participantes, com subsequentes considerações da

¹ “Supervisão privada dos direitos dos acionistas: Uma comparação entre jurisdições selecionadas e alternativas de políticas públicas para o Brasil” (tradução livre).

² Tradução livre de: “A fundamental aspect of a collective arbitration system is that the interested parties must be kept informed of the commencement and development of the arbitration. The passing of information to the interested parties is the only possible way to legitimize the proceeding, to make third party intervention feasible and to bind the members of the class to the award (*erga omnes effect*)”. (OECD, “Private enforcement of shareholder rights: A comparison of selected jurisdictions and policy alternatives for Brazil”, 2020, disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnibpcajpcgjclefindmkaj/https://www.oecd-ilibrary.org/fr/private-enforcement-of-shareholder-rights_5ec8b8d7-en.pdf?itemId=%2Fcontent%2Fpublication%2F5ec8b8d7-en&mimeType=pdf. p. 132)

³ Tradução livre de: “Establish rules making public the information on corporate and capital market disputes involving listed companies (...) if the award is capable of binding people who are not parties in the arbitration, the whole market should have access to the data and documents surrounding the dispute”. (OECD, *Op. Cit.* p. 143)

⁴ http://conteudo.cvm.gov.br/audiencias_publicas/ap_sdm/2021/sdm0121.html (acesso em 22.03.2023)

CVM, houve a publicação do Anexo I à Resolução nº 80/2022 da CVM, impondo às companhias abertas o dever de publicar informações principais relativas a demandas societárias de feição multitudinária⁵.

De todo modo, conquanto a questão relacionada exclusivamente à divulgação de litígios no mercado de capitais tenha sido disciplinada no normativo, não houve um aprofundamento sobre a extensão da coisa julgada a terceiro, e nem mesmo seria possível haver, tendo em vista que não competiria à CVM disciplinar essa matéria, fundamentalmente afeita a institutos processuais.

É nesse contexto de maior preocupação institucional em aprimorar as técnicas de *enforcement* privado do mercado de capitais que se dá o presente trabalho. É importante apontar, no entanto, que não é pretensão desta dissertação se pautar pelas sugestões e pelas conclusões do estudo realizado pela OCDE. Enquanto o referido trabalho deu ênfase a procedimentos arbitrais ou judiciais coletivos, esta pesquisa tem maior enfoque na possibilidade de extensão da coisa julgada a terceiros em litígios no mercado de capitais em processos ou em arbitragens não coletivas e de que maneira isso pode ser solucionado tendo em vista os diferentes interesses em jogo.

Mais precisamente, são aferidas as consequências no plano processual da nova regulamentação da CVM que, ao impor um dever de divulgação ao mercado das principais informações de litígios multitudinários, acabou por viabilizar também a própria extensão a terceiros da coisa julgada que se formar no âmbito dessas lides. Também é investigado em que medida essa hipótese proposta interage com o disposto no art. 506 do Código de Processo Civil⁶

⁵ O uso da expressão “feição multitudinária” refere-se, aqui, às hipóteses previstas pelo art. 1º do Anexo I à Resolução nº 80/2022, abaixo parcialmente transcrita:

“Art. 1º Este anexo se aplica às demandas societárias em que o emissor, seus acionistas ou seus administradores figurem como partes, nessa qualidade, e:
 I – que envolvam direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos; ou
 II – nas quais possa ser proferida decisão cujos efeitos atinjam a esfera jurídica da companhia ou de outros titulares de valores mobiliários de emissão do emissor que não sejam partes do processo, tais como ação de anulação de deliberação social, ação de responsabilidade de administrador e ação de responsabilidade de acionista controlador.
 § 1º Para fins deste anexo, considera-se demanda societária todo processo judicial ou arbitral cujos pedidos estejam, no todo ou em parte, baseados em legislação societária ou do mercado de valores mobiliários, ou nas normas editadas pela CVM.

§ 2º Obrigações decorrentes de convenções de arbitragem, de regulamentos de órgãos arbitrais institucionais ou entidades especializadas ou de qualquer outra convenção não eximem o emissor do cumprimento das obrigações de divulgação previstas neste anexo, respeitadas as hipóteses e observados os limites de sigilo decorrente de lei.”

⁶ Art. 506. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.

e se é suficiente para, sozinha, justificar a extensão da coisa julgada ao terceiro em demandas incindíveis do mercado de capitais.

Adianta-se, aqui, uma conclusão no sentido negativo. É preciso mais do que oferecer ciência e oportunidade de intervenção para justificar a vinculação de um terceiro ao resultado de um processo de que não participou. A bem da verdade, a fim de ao menos iniciar o rascunho de uma resposta adequada para esse problema, é necessário enxergá-lo expressamente pelo que ele realmente é: um caso difícil envolvendo um conflito normativo entre os princípios do contraditório e da segurança jurídica. Só pode ser resolvido, portanto, através de um método de ponderação.

É claro que não basta dizer que os princípios e interesses em jogo devem ser ponderados. É necessário que isso seja feito de maneira justificada, cuja fundamentação contenha critérios intersubjetivos, podendo ser submetidos a um controle racional. A metodologia interpretativa do direito como integridade formulada por Ronald Dworkin é especialmente promissora para auxiliar na formulação de uma resposta para essa empreitada. Ela demanda que o ordenamento seja analisado sistemática e harmonicamente, para que haja consistência e integridade na solução do caso concreto.

Na hipótese submetida a investigação, isso significa entender o conceito de coisa julgada e de que modo a regra geral pela sua não extensão a terceiros pode ser harmonizada com as suas exceções previstas pelo ordenamento. Apenas com essa compreensão, pode começar a ser desenhada uma saída para o problema posto.

Conclui-se que é possível justificar normativamente a vinculação da coisa julgada ao terceiro nos casos dos litígios litisconsorciais unitários multitudinários do mercado de capitais, através de uma versão mitigada do contraditório, resultante da ponderação fundamentada dos interesses em jogo e, em larga medida, inspirada no instituto da representatividade adequada de origem norte-americana. Aliás, ao longo deste trabalho, propõe-se que esse conceito seja revisitado pela doutrina que se debruça sobre ele no Brasil, visto que a técnica é de grande utilidade para justificar a extensão da coisa julgada a terceiros, extrapolando e muito seu atual tratamento pela maioria dos autores brasileiros como mero exercício controle de condições da ação.

Com base nessas premissas, é formulado um sistema de análise *a posteriori* da representatividade adequada a fim de que se impeça a litigância sucessiva sobre matérias envolvendo direitos incindíveis em situações de litisconsórcio. Esse sistema é submetido a algumas eventuais críticas, com o objetivo de dissipar desde já algumas eventuais objeções que lhe possam ser tecidas. No final, sublinha-se o caráter excepcional de aplicação da solução proposta, que não deve ser usada em situações outras que não o caso difícil sob exame.

1. COISA JULGADA: CONCEITO, PRESSUPOSTOS, EFEITOS, LIMITES, MODOS DE PRODUÇÃO E SUA EFICÁCIA PRECLUSIVA

1.1 A teoria de Liebman sobre a coisa julgada: contexto de sua doutrina e formulação teórica.

Para iniciar qualquer discussão sobre a extensão dos efeitos da coisa julgada é importante que primeiro se estabeleça sua definição, seus principais conceitos e seu papel no processo civil brasileiro. Afinal, o desenvolvimento e a conclusão deste trabalho se darão a partir da compreensão das premissas gerais desse instituto conforme estabelecidas e entendidas pela posição dominante na processualística brasileira. Em resumo, só faz sentido falar em extensão da coisa julgada a terceiro quando se comprehende o que está sendo, ou não, estendido.

E em se tratando de processualística brasileira, é impossível, por sua vez, definir a coisa julgada sem explicar a teoria de Liebman acerca desse instituto. O seu arranjo teórico sobre coisa julgada é amplamente recepcionado no Brasil⁷⁻⁸, tendo marcado sua influência desde, pelo menos, a elaboração do anteprojeto do CPC de 1973⁹, encabeçado por Alfredo Buzaid, ele próprio discípulo do autor italiano. É certo, também, que o CPC de 2015 recepcionou-o integralmente.

A centralidade da teoria de Liebman sobre a coisa julgada é tão firmemente estabelecida no Brasil que a tarefa de descrevê-la pode, à primeira vista, parecer redundante ou

⁷ “As premissas de Liebman sobre a coisa julgada foram lançadas em 1935 no clássico *Efficacia ed autorità della sentenza, e retomadas em vários estudos posteriores. O impacto que seus textos geraram na doutrina brasileira e latinoamericana foram imensos*” (CABRAL, Antonio do Passo. Alguns Mitos do Processo (II): Liebman e a coisa julgada. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, [s. l.], n. 52, p. 29-54, abril/jun 2014, p. 30.

⁸ “A corrente de Liebman, considerada um marco no estudo da coisa julgada, é defendida pela maioria dos processualistas brasileiros, como, por exemplo, José Frederico Marques, Moacir Amaral Santos, Cândido Rangel Dinamarco, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, Ada Pellegrini Grinover, Cassio Scarpinella Bueno, Humberto Theodoro Jr., Ernane Fidélis dos Santos, Thereza Celina Diniz de Arruda Alvim e Vicente Greco Filho” (CRAMER, Ronaldo. Coisa Julgada: Conceito. In: CRAMER, Ronaldo. **Ação Rescisória por Violação da Norma Jurídica**. Orientador: Teresa Arruda Alvim Wambier. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) - PUC-SP, São Paulo, 2010, p. 41).

⁹ “Assim, é até mesmo natural a adesão da ciência processual brasileira àquela que talvez possa ser considerada como a construção mais significativa no invulgar pensamento do Mestre: a teoria da coisa julgada. Ainda antes da promulgação do novo código de processo civil, a doutrina dominante e o Anteprojeto Buzaid acolhiam sua formulação; depois, o Código de 1973 encampou em grande parte a posição, ainda que com algum recuo e certa imprecisão. E os estudos processuais que floresceram a partir da promulgação da lei vigente demonstram claramente a recepção da teoria e seus desdobramentos” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Notas ao §1º. In: LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença**: e outros escritos sobre coisa julgada. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 8)

mesmo a mera repetição de um lugar comum na ciência processual pátria. Não é necessário grande esforço de pesquisa para identificar que as jurisprudências, tanto do STF quanto do STJ não hesitam em confirmar a recepção da doutrina do autor italiano pelo ordenamento brasileiro ao disciplinar a coisa julgada¹⁰.

Essa impressão, porém, deve ser dissipada. A importância da compreensão das premissas da teoria liebmaniana da coisa julgada será instrumento de grande utilidade para compreender a corrente de Liebman sobre a questão das ações de litisconsórcio unitário facultativo versando sobre direito indivisível, problema que toma um lugar central nas considerações deste trabalho.

Outro aspecto que justifica o estudo da teoria do autor italiano nesta dissertação é a importância de contextualizá-la em relação às discussões processuais atuais e precedentes à sua obra a fim de que se melhor compreendam seus fundamentos definidores, sobretudo em se tratando da inovação liebmaniana de classificar a coisa julgada não como um efeito, mas sim como uma qualidade da decisão judicial.

Em um primeiro passo nessa direção, convém resgatar as primeiras teorias sobre o instituto da *res iudicata*. Nas chamadas teorias materiais da coisa julgada, foi construída a noção de coisa julgada como presunção ou ficção da verdade. A doutrina da presunção ou ficção da verdade foi defendida principalmente por Pothier e por Savigny. Para a presente contextualização, é desimportante entrar no mérito das diferentes nuances entre o entendimento pela presunção de verdade, como estabeleceu Pothier, e a ficção de verdade, como defendeu Savigny. Deve-se dar ênfase, nessa teoria, à relação da coisa julgada com a produção de uma certeza indiscutível quando da solução das questões lógicas de um processo.

Nessa dogmática, “[a] coisa julgada imuniza a sentença não porque seu conteúdo deva ser compreendido como a verdade dos fatos, mas porque o Estado assim o determina por meio de uma norma externa à própria decisão”¹¹. Ao descrever essa corrente, Antônio do Passo Cabral chama a atenção para a importância dada à busca pela verdade. De acordo com o autor, “a busca processual estava, no passado, baseada numa perspectiva ultrarracionalista que

¹⁰ Por exemplo, ver REsp 1246209-RS, Terceira Turma do STJ, Min. Rel. Nancy Andrighi. Julgado em 19.06.2012; Recl. 4421-DF, Primeira Seção do STJ, Min. Rel. Luiz Fux. Julgado em 23.02.2011; Ag. Reg. em RE 251666, Segunda Turma do STF, Min. Rel. Celso de Mello. Julgado em 22.02.2002.

¹¹ CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas:** entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 4. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 79.

pensava poder o juiz, tal como um cientista, transportar a verdade da vida para dentro do processo, revelando-a na decisão”¹².

Em outras palavras, os defensores dessa corrente correlacionavam a formação da coisa julgada com a solução das questões cognitivas da demanda. Chiovenda considera que, ao assim procederem, os proponentes da teoria partiram de uma interpretação “deformada” do direito romano, gerada pela influência do que chama de “processo germânico” na processualística civil. Tal influência germânica teria levado, ao longo dos séculos, a uma equiparação entre as decisões interlocutórias e as sentenças, atribuindo a essas duas modalidades decisórias a força de coisa julgada, na medida em que ambas estão relacionadas à solução de aspectos lógicos da lide. Nas palavras de Chiovenda¹³:

“(...) [U]ma vez advinda, no nome e na disciplina, a equiparação do despacho interlocutório à sentença que decide sobre a causa, fácil foi conceber-se a *res iudicata* de todo aberrante da ideia romana. Imutável, como se considerou, qualquer decisão interlocutória não impugnada, mesmo que não versasse sobre o bem disputado, a necessidade de cuja garantia é a única razão da *res iudicata* romana, surge lentamente a tendência a pôr como fundamento de tal imutabilidade uma suposta eficácia inerente à decisão do juiz, qualquer que seja, e a encarar a certeza jurídica não mais como segurança da fruição de um bem, e sim como fixação da verdade *em torno a toda questão lógica*; daí o conceito de verdade fictícia ou presumida.

Essa deformação da ideia romana, porém, não teria logrado enraizar-se tão profundamente no espírito dos juristas e dos praxistas sem o concurso de outras mais gerais, que conduziram à inversão dessa relação entre o elemento lógico e o ato de vontade que apuramos como próprio do processo romano, vale dizer, à *superlativização do elemento lógico no processo*”.

É de interessante apontar que, apesar de sua contundente crítica à confusão da coisa julgada com a resolução de elementos lógicos da demanda, Chiovenda também defendia que, de alguma maneira, a coisa julgada seria um *efeito* da sentença, consistindo na afirmação da vontade concreta da lei¹⁴. Além disso, ao definir o instituto, Chiovenda terminava por confundir

¹² CABRAL, Antônio do Passo. *Op. Cit.*, p. 80

¹³ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Traduzido por Paolo Capitanio. 1. ed. Campinas, São Paulo: Bookseller, 1998. v. 1., p. 165-166.

¹⁴ “Para encerrar o estudo da ação, deve-se tratar da coisa julgada, porque também nos apresenta o processo considerado no resultado favorável a uma parte. O bem da vida que o autor deduziu em juízo (*res in iudicium deducta*) com a afirmação de que uma vontade concreta de lei o garante a seu favor ou nega ao réu, depois que o juiz o reconheceu ou desconheceu com a sentença de recebimento ou de rejeição da demanda, converte-se em coisa julgada (*res iudicata*)” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. Cit.*, p. 446)”

a conceituação da coisa julgada com o que modernamente costuma dizer que sejam seus fundamentos sociológicos-constitucionais¹⁵, embasando suas conclusões em seus estudos sobre o Direito Romano¹⁶.

Em outras palavras, em vez de considerar a coisa julgada como uma declaração de verdade decorrente da cognição judicial, o autor a considerava uma declaração da vontade da lei cuja estabilidade é consequência do fato de ter sido emanada de uma autoridade estatal. Essa linha de raciocínio, por sua vez, acaba por também conferir à coisa julgada um elemento declaratório. Apenas, nesse caso, a declaração é deslocada da atividade lógico-cognitiva do juiz para a emanação da vontade da lei proferida pelo magistrado.

Essa inconsistência foi notada por Liebman que, apesar de reconhecer em Chiovenda o esforço crítico em apontar os erros lógicos das teorias de presunção ou de ficção de verdade, detectou a tendência do autor em também confundir a coisa julgada com o elemento declaratório da decisão¹⁷.

Em todo caso, as principais considerações críticas de Liebman para construção de sua teoria não surgiram em oposição direta a Chiovenda e sim como resposta à doutrina do alemão Konrad Hellwig, para quem a coisa julgada necessariamente está atrelada ao efeito *declaratório* da decisão. Para esse autor, apenas as sentenças declaratórias seriam totalmente contempladas

¹⁵ Ver nota de rodapé nº 101 abaixo.

¹⁶ “Para os romanos, como para nós, salvo nas raras exceções em que uma norma expressa de lei dispõe diversamente (*supra*, nº 27), o bem julgado torna-se incontestável (*finem controversum accipit*): a parte a que se denegou o bem da vida não pode mais reclamar; a parte a quem se reconheceu, não só tem o direito de conseguí-lo praticamente, em face da outra, mas não pode sofrer, por parte desta, ulteriores contestações a esse direito e esse gozo.

Essa é a *autoridade da coisa julgada*. Os romanos a justificaram com razões inteiramente práticas, de utilidade social. Para que a vida social se desenvolva o mais possível segura e pacífica, é necessário imprimir certeza ao gozo dos bens da vida, e garantir o resultado do processo (...). Explicação tão simples, realística e chã, guarda perfeita coerência com a própria concepção romana do escopo processual e da coisa julgada, que difusamente analisamos nas observações históricas (nº 32). Entendido o processo como instituto público destinado à atuação da vontade da lei em relação aos bens da vida por ela garantidos, culminante na emanação de um ato de vontade (*a pronuntiatio iudicis*) que condena ou absolve, ou seja, reconhece ou desconhece um bem da vida a uma das partes, a explicação de coisa julgada só se pode divisar na exigência social da segurança no gozo dos bens” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. Cit.*, p. 447)”

¹⁷ “É verdade, contudo, que contra essa orientação doutrinária reagiu vigorosamente Chiovenda, mas, desde que ele também vê na coisa julgada o efeito da sentença – o que por sua vez consiste na afirmação de uma vontade concreta da lei, isto é, na produção de certeza a respeito de sua existência – a sua definição acaba, por igual, relacionando necessariamente a coisa julgada com a declaração emitida pelo juiz. Assim, até o autor que, mais que qualquer outro, procurou desanexar a coisa julgada da sua ligação com questões lógicas do processo, para relacioná-la com o elemento imperativo, ao ato de vontade contido na sentença, não pode deixar de ver na coisa julgada senão uma produção de certeza indiscutível. Ainda que várias sejam as fórmulas destinadas a explicar o misterioso instituto da coisa julgada, fazem-nas todos em última análise equivaler à criação de uma declaração irrevogável” (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença**: e outros escritos sobre coisa julgada. Tradução Ada Pellegrini Grinover. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 16)

pela imutabilidade da coisa julgada, enquanto as constitutivas e condenatórias seriam imutáveis apenas no que diz respeito ao seu conteúdo declaratório¹⁸. O elemento estritamente constitutivo ou condenatório dessas decisões, por sua vez, não seria atingido pela coisa julgada¹⁹.

Isso porque, para Hellwig, somente a declaração concederia certeza jurídica à questão judicial levada a julgamento²⁰, certeza essa que decorreria da “*autoridade inabalável do Estado*”. Ainda nesse raciocínio, enquanto a imutabilidade da declaração vincularia apenas as partes do litígio, os efeitos constitutivos e condenatórios da decisão seriam plenamente extensíveis a terceiros. Ademais, distinguindo-se dos defensores da teoria material da coisa julgada, Hellwig compreendia que a parte declaratória da sentença (a constituir coisa julgada)

¹⁸ “Se se trata de meras sentenças declarativas, então o efeito de autoridade da coisa julgada da sentença que concede a ação é totalmente equivalente ao da sentença que rejeita a ação como infundada. Esta última nega a existência da relação jurídica controvertida, enquanto a primeira a afirma, e ambas as sentenças (geralmente) têm efeito apenas entre as partes. No entanto, nas ações para a emissão de sentenças constitutivas, existe a diferença discutida anteriormente entre o efeito de autoridade da coisa julgada da sentença que rejeita a ação e a da sentença que a concede. A mesma discrepância é encontrada nas sentenças proferidas em ações de condenação ao cumprimento de uma obrigação. A rejeição da ação contém a negação da existência da obrigação alegada, enquanto a condenação ordena ao devedor que efetue a prestação. Assim como a sentença constitutiva implicitamente afirma o direito à alteração jurídica, a condenação envolve a constatação do dever de prestação. No entanto, ao contrário do conteúdo declarativo da sentença constitutiva, que nunca pode ser usado posteriormente para fundamentar a alegação da existência atual do direito à alteração jurídica, a condenação com força de lei torna incontestável que a obrigação do réu de efetuar a prestação não apenas existiu no momento da última audiência de fatos relevante, mas também que perdura até que ocorra um motivo para o término da obrigação estabelecida” (HELLWIG, Konrad. **Wesen und Subjektive Begrenzung der Rechtskraft**: Beiträgen zum bürgerlichen Recht. Leipzig: Georg Böhme, 1901, p. 4-5) (tradução livre).

¹⁹ Hellwig tentou, de fato, desembaraçar a meada, confinando, em resumo, a autoridade do julgado à pura declaração, tal como aparece em todas as sentenças; e já que estava firmemente persuadido de que nela residisse o efeito capital e característico da sentença, acabou por identificar a coisa julgada com a declaração obrigatória e indiscutível que a sentença produz. E, como era fácil prever, seguiu-o toda doutrina em peso. Observa ele que os atos, mediante os quais os órgãos jurisdicionais cumprem seu mister, são, ou atos declaratórios ou atos constitutivos, e estes últimos devem abranger tanto as sentenças constitutivas em sentido restrito, as quais modificam relações jurídicas substantivas preexistentes, como as sentenças condenatórias que criam o direito à execução forçada: mas as sentenças constitutivas, como as condenatórias, encerram ainda uma declaração, isto é, a declaração do direito à mudança jurídica ou à prestação. Ora, a coisa julgada (*Rechtskraft*) consiste na força vinculante da declaração, quer se apresente esta por si só na sentença, quer seja acompanhada de efeito constitutivo da espécie indicada; este efeito constitutivo, pois, nada tem que ver com a coisa julgada, absolutamente desnecessária para que ele se possa produzir. O termo tradicional de ‘coisa julgada’ (*Rechtskraft*) poderia e deveria então substituir-se pelo mais preciso de ‘eficácia da declaração’ (*Feststellungswirkung*), que indicaria, pois, o efeito constante de todas as sentenças com o qual podem apresentar-se juntos eventualmente também o efeito constitutivo ou o executório, conforme o tipo de sentença que se considere” (LIEBMAN, Enrico Tullio, *Op. Cit.* p. 17-18)

²⁰ Assim diz Antonio do Passo Cabral, ao comentar sobre a teoria de Hellwig: “[p]oder-se-ia dizer, é verdade, que a declaração (o *accertamento*, a *Feststellung*, literalmente: *fest* = firme, sólida + *Stellung* = posição) estaria naturalmente ligada à segurança que as sentenças (quaisquer sentenças, não apenas as declaratórias) visam a conferir à disputa judicial, eliminando as incertezas que o litígio traz para o tráfego jurídico. Assim, seria correto relacionar a coisa julgada com o elemento declaratório” (CABRAL, Antônio do Passo. *Op. Cit.*, p. 86.)

agiria no plano processual, enquanto as partes constitutiva e condenatória agiriam no campo do direito material²¹.

É justamente em contraposição à teoria de Hellwig que Liebman formula sua concepção da coisa julgada. O autor italiano pondera que o processualista alemão teria cometido um “*erro lógico*” ao conceituar a *res iudicata* enquanto um *efeito* da sentença, “*porque se colocam, assim, no mesmo plano coisas heterogêneas e de qualidade bem diversa. Ao efeito constitutivo da sentença poder-se-á comparar e contrapor o seu efeito declarativo, isto é, a sua eficácia de declaração, e não a coisa julgada que se forma sobre a declaração*”²². Diz, ainda, que a classificação dos diferentes efeitos da sentença em declaratório, constitutivo e condenatório nada tem a ver com a estabilidade da decisão, sendo este elemento algo adicional, agregado a esses efeitos²³.

Em resumo, Liebman estabelece que misturar uma coisa com a outra “*significa, portanto, confundir o efeito com um elemento novo que o qualifica*”²⁴, até porque a sentença é plenamente capaz de produzir seus efeitos antes mesmo de ser revestida pela coisa julgada, o que só ocorre após o trânsito em julgado²⁵. O autor também ilustra a independência dos efeitos da decisão em relação à coisa julgada ao identificar situações em que há decisões nas quais não se forma a *res iudicata*. Liebman dá o exemplo das “*sentenças em matéria de estado*” no direito canônico²⁶, mas há situações mais tangíveis para melhor compreender o fenômeno que, apesar

²¹ Com relação à sentença constitutiva, pode-se afirmar com todo o direito: *jus facit*. Ela cria e destrói direitos. No entanto, tal efeito não pode se limitar às partes do processo. Se um direito foi criado ou extinto, isso deve valer para todos. Na minha opinião, é paradoxal e também vai contra o uso da linguagem das fontes romanas descrever o efeito comum da autoridade *res judicata* da maneira tradicional: *res judicata* *jus facit inter partes*. Até onde os julgamentos se relacionam com seu conteúdo declaratório, o efeito se limita principalmente às partes do processo. A decisão judicial, que, por meio da autoridade inabalável do Estado, “determina concretamente” a relação jurídica disputada entre as partes usando regras de direito abstrato, tem o efeito processual de que todo juiz subsequente está vinculado à declaração de direito contida na sentença com força de *res judicata* e deve fundamentar sua própria decisão nela. A sentença de declaração tem apenas esse efeito de indiscutibilidade, portanto, ela apenas cria o direito processual correspondente à vinculação do segundo juiz, exigindo dele que respeite essa vinculação. No entanto, ela não tem nenhum efeito de direito privado e, portanto, não precisa e não pode ser acompanhada pela mesma consequência que é necessária para sentenças constitutivas e atos jurídicos privados. Se a eficácia da coisa julgada for interpretada dessa maneira, por um lado, não há contradição lógica inevitável em sua restrição às partes do processo: a possibilidade de contestar uma alegação de direito pode ser concedida a um e negada a outro. Por outro lado, a restrição da eficácia declaratória às partes do processo, conforme logicamente possível aqui, é justificada de lege ferenda pelo fato de que a sentença é o resultado da livre condução do processo dessas pessoas e, portanto, não deve prejudicar nem beneficiar terceiros” (HELLWIG, Konrad, *op. cit.* p. 18-19).

²² LIEBMAN, Enrico Tullio, *Op. Cit.*, p. 18.

²³ LIEBMAN, Enrico Tullio, *Op. Cit.*, p. 19.

²⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio, *Op. Cit.*, p. 20.

²⁵ “A lei confere efeitos à sentença ainda antes que passe em julgado; mesmo prescindindo da possibilidade da execução provisória que o juiz pode atribuir à sentença de primeira instância” LIEBMAN, Enrico Tullio, *Op. Cit.*, p. 37).

²⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio, *Op. Cit.*, p. 39.

de incomum, é autorizado inclusive no direito brasileiro. É o caso da decisão referente às relações jurídicas de trato continuado²⁷, por exemplo.

Assim, a teoria liebmaniana conceitua a coisa julgada como algo diferente dos efeitos da decisão, mas “*que a esses efeitos se ajunta para qualificá-los e reforçá-los em sentido bem determinado*”²⁸. Ou seja, a coisa julgada é uma qualidade da decisão:

“Nisso consiste, pois, a autoridade da coisa julgada, que se pode definir, com precisão, como a imutabilidade do *comando* emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a *definitividade* e intangibilidade do ato que pronuncia o *comando*; é, pelo contrário, uma qualidade mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato”²⁹

Deve-se apontar que Liebman não atribui a estabilidade da coisa julgada diretamente à autoridade estatal do órgão jurisdicional que prolatou a decisão. Para ele, a essa estabilidade se dá em “*razão de utilidade política e social*”³⁰, até porque a coisa julgada vincula os próprios juízes³¹, para que não decidam diferentemente em processos futuros envolvendo as mesmas partes.

O elemento autoritativo do julgado propriamente dito, isto é, o valor da decisão judicial enquanto ato originário de uma autoridade pública estatal é chamado, por Liebman, de “*eficácia natural da sentença*”. Este conceito – totalmente distinto da coisa julgada – estende-se para além das partes do processo, projetando-se “*em face de todos os que no âmbito do ordenamento*

²⁷ Essa afirmação é, no entanto, relativa. A sentença que versa sobre relações jurídicas de trato continuado tem sim coisa julgada enquanto durar o quadro fático ou jurídico que a fundamenta. Se este for modificado, afim será necessário reabrir a discussão objeto de julgamento. “Sentença sobre relação jurídica permanente faz, sim, coisa julgada. Para a relação jurídica continuativa, identificada por aqueles quadros fático e jurídico, há uma decisão transitada em julgado, indiscutível. Agora, modificado o quadro fático e/ou jurídico, necessário que se dê novo tratamento à relação jurídica, o que será feito por nova ação, que culminará em uma nova decisão transitada em julgado – indiscutível para aquela nova situação” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. v. 2. p. 683).

²⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio, *Op. Cit.*, p. 40.

²⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio, *Op. Cit.*, p. 54.

³⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio, *Op. Cit.*, p. 54.

³¹ Na verdade, vincula *tão somente* os juízes, na medida em que a coisa julgada é um fenômeno que atua meramente na esfera do direito processual. Se não houver impedimento legal, as partes podem dispor do direito material de maneira diferente do estabelecido por decisão judicial transitada em julgado. Nesse sentido ver CRAMER, Ronaldo. *Op. Cit.*, p. 46.

jurídico têm institucionalmente o mister de estabelecer, de interpretar ou de aplicar a vontade do Estado”³²⁻³³.

É justamente essa distinção entre os efeitos da decisão, a qualidade da coisa julgada e a eficácia natural que é tão relevante para o propósito desta dissertação. Quando, mais à frente, falar-se em extensão da coisa julgada a terceiros, estar-se-á considerando a extensão tão somente da imutabilidade da decisão aos terceiros. Não há qualquer necessidade de adentrar em considerações sobre a possibilidade de extensão dos *efeitos* ou da *eficácia natural* da decisão pois a aplicação desses elementos já é majoritariamente admitida pela doutrina nacional³⁴. O próprio Código de Processo Civil, ao conceituar a coisa julgada em seu art. 502³⁵, adota redação claramente aderente à teoria de Liebman, afastando-se do diploma processual de 1973³⁶ que, ao conceituar esse instituto, adotou a teoria de Hellwig³⁷.

Feita a contextualização doutrinária da teoria liebmaniana, passa-se a expor os pressupostos, os limites objetivos e subjetivos e a eficácia da coisa julgada.

1.2 Pressupostos para a formação da coisa julgada

Como visto, adotando-se como premissa a teoria de Liebman, a coisa julgada é uma qualidade específica que se “*ajunta*” a uma decisão judicial. A atribuição dessa qualidade, no entanto, não ocorre em todas as situações, mas dependem da ocorrência de pressupostos. A

³² LIEBMAN, Enrico Tullio, *Op. Cit.*, p. 55.

³³ “Conforme lição da mais viva atualidade na doutrina, nem a coisa julgada formal nem a material são efeitos da sentença, mas qualidades da sentença e de seus efeitos, uma e outros tornados imutáveis (Enrico Tullio Liebman). A *eficácia natural da sentença* vale *erga omnes*, enquanto a *autoridade da coisa julgada* somente existe entre partes” (GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 31. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 343).

³⁴ “Seja como for, existe, no Brasil um consenso generalizado a respeito da distinção Liebmaniana entre eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Notas ao §3º. In: LIEBMAN, Enrico Tullio. *Op. Cit.*, p. 65)

³⁵ Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

³⁶ Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

³⁷ “O Código de Processo Civil também não foi feliz no conceito de coisa julgada. O art. 467 diz que ‘denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário’. Como se sabe, essa definição não corresponde a do projeto do Código, que, conforme esclarece o item 10 da Exposição de Motivos, havia conceituado coisa julgada tal qual a doutrina de Liebman. No entanto, a regra foi modificada durante a tramitação legislativa, e o art. 467 do CPC acabou por definir coisa julgada como eficácia da sentença, adotando a teoria de Hellwig, o que, conforme dito acima, não é corrente, já que os efeitos da sentença não estão vinculados ao trânsito em julgado e podem ser produzidos antes” GRINOVER, Ada Pellegrini. Notas ao §3º. In: LIEBMAN, Enrico Tullio. *Op. Cit.*, p. 65.

redação do art. 502 do Código de Processo Civil, ao conceituar a coisa julgada, já delimita alguns dos pressupostos para sua formação.

Em primeiro lugar, o dispositivo estabelece que a decisão deverá ser “*de mérito*”, afastando da incidência da coisa julgada as decisões de cunho processual³⁸. É de se notar que essa redação abrange necessariamente não só as sentenças, como também as decisões interlocutórias de mérito para as questões prejudiciais incidentalmente decididas (chamadas pela doutrina de “coisa julgada sobre questão”)³⁹. Sobre estas há pressupostos adicionais previstos no art. 503 do CPC, além dos destacados neste capítulo⁴⁰.

O segundo pressuposto que pode ser apreendido pelo texto do art. 502 é o trânsito em julgado da decisão, constante do trecho “*não mais sujeita a recurso*”. Somando essas duas considerações, torna-se possível um fenômeno que era inexistente no diploma processual de 1973: a formação de coisa julgada material antes do fim do processo. Basta pensar no cenário no qual haja decisão interlocutória de mérito contra a qual não exista mais recurso cabível. Nessa circunstância, os efeitos dessa decisão estarão protegidos pela imutabilidade da *res iudicata* e não da preclusão. Na prática, isso impede, por exemplo, que uma das partes traga a questão decidida novamente em uma eventual apelação.

Em uma afirmação que está relacionada ao preenchimento desse segundo requisito, a doutrina costuma dizer que a chamada coisa julgada formal seria também um “pressuposto” da coisa julgada material⁴¹. É bom esclarecer que essa noção não é adotada por este trabalho. O

³⁸ Isso é controverso. Há autores, como Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandrino de Oliveira que entendem que há coisa julgada sobre matéria processual: “A estabilidade decorrente do §1º do art. 486 e a coisa julgada decorrente do art. 503 possuem o mesmo regime jurídico – o que as distingue é apenas o objeto que se torna indiscutível, consequência inevitável do fato de as decisões serem diferentes. A diferença existe entre as decisões que podem ser estabilizadas, e não entre as estabilidades” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. *Op. Cit.* p. 656-657)

³⁹ Para análise detida, ver MARINONI, Luiz Guilherme. Requisitos para configuração da coisa julgada sobre questão. In: MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa Julgada sobre Questão**. 2. ed. rev. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. cap. 2, p. 223-282.

⁴⁰ Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

§ 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentalmente no processo, se:

I - dessa resolução depender o julgamento do mérito;

II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;

III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.

⁴¹ “Coisa julgada formal é, então, o trânsito em julgado, um dos pressupostos para a formação da coisa julgada. Essa é a acepção que mais frequentemente aparece na literatura jurídica processual, embora com severas críticas” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. *Op. Cit.*, p. 642).

conceito de coisa julgada formal confunde-se com o fenômeno da preclusão e o uso de classificações distintas para uma e outra não oferece qualquer relevância metodológica⁴², inclusive para a reflexão empreendida nesta dissertação. Assim, no decorrer deste texto, a dita coisa julgada formal será referenciada sempre como preclusão, enquanto o uso da expressão coisa julgada será sempre relativa à chamada coisa julgada material.

O terceiro pressuposto é ser a decisão de cognição exauriente. As decisões prolatadas em cognição sumária – típica do exame para concessão das tutelas provisórias – não são aptas a gerar coisa julgada, por sua própria natureza precária (podendo ser revogadas a qualquer tempo⁴³) e juízo rarefeito da questão posta a julgamento. Diz-se que o juízo é rarefeito pois o julgador limita-se a analisar a demanda sob o prisma da probabilidade e da verossimilhança⁴⁴. Em se tratando de tutela de evidência, esses elementos devem ser demonstrados na forma do art. 311 do CPC⁴⁵. No caso da tutela de urgência, além da verossimilhança, é exigido o requisito do perigo de demora⁴⁶.

Sob essa perspectiva, é interessante examinar se o atual CPC não teria invalidado a cognição exauriente quanto pressuposto para a formação da coisa julgada, ao disciplinar o regime da tutela antecipada em caráter antecedente. Afinal, o art. 304, *caput*, do CPC prevê que “[a] tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso” (grifou-se). Seria essa estabilidade – que,

⁴² “Um ponto que tem passado praticamente incólume às discussões doutrinárias no Brasil é a suposta diferenciação que haveria entre coisa julgada e preclusão. A meu juízo, nunca houve motivo para que se extraísse qualquer diferença entre a preclusão e a chamada coisa julgada ‘formal’, na forma como tratada no sistema brasileiro” (CABRAL, Antônio do Passo. *Op. Cit.*, p. 347).

⁴³ Conforme art. 296 do CPC: “A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada”. Essa previsão é de todo incompatível com o fato de que a coisa julgada vincula os próprios juízes à imutabilidade dos efeitos da decisão.

⁴⁴ “Inicialmente, é necessária a verossimilhança fática, com a constatação de que há um considerável grau de plausibilidade em torno da narrativa dos fatos trazida pelo autor” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*. *Op. Cit.* p. 729).

⁴⁵ “Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;
II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável”.

⁴⁶ Art. 300 do CPC: “A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.”

inclusive, permanece mesmo após a extinção do processo⁴⁷ – uma previsão expressa de coisa julgada formada a partir da cognição sumária?

A resposta deve ser negativa. O próprio art. 304, em seu parágrafo 6º, desautoriza essa leitura, sendo taxativo ao enunciar que a “*decisão que concede a tutela não fará coisa julgada*”. Como se a letra da lei não fosse suficiente, a estabilidade produzida pela tutela antecipada em caráter antecedente possui diferente objeto e efeitos em relação à coisa julgada, conforme ensina Antônio do Passo Cabral⁴⁸:

“Trata-se de uma estabilidade extraprocessual, que atinge o mérito (ainda que analisado em cognição sumária) mas que é diferente da coisa julgada.

A diferença da estabilização para coisa julgada é evidente e a lei não deixa nenhuma dúvida. De fato, a estabilização e a coisa julgada diferem em seu objeto e seus efeitos. Em relação ao objeto, a estabilização atinge apenas os efeitos da decisão, enquanto a coisa julgada reveste seu conteúdo declaratório. Por este motivo, a coisa julgada tem o chamado efeito positivo, que determina a incorporação do conteúdo estável no em outros processos; a estabilização da tutela provisória não possui esse efeito”

O autor vai além e diz que a própria formulação do questionamento quanto à equiparação da estabilidade à coisa julgada já é, em si, um erro metodológico, originado de um “cacoete” acadêmico em tentar rotular todo o tipo de estabilidade processual à *res iudicata*⁴⁹. De fato, as estabilidades processuais devem ser compreendidas como um gênero de que a coisa julgada é espécie⁵⁰, contendo pressupostos, efeitos e limitações que lhe são específicas.

⁴⁷ “art. 304 (...) §1º No caso previsto no *caput*, o processo será extinto”.

⁴⁸ CABRAL, Antônio do Passo. *Op. Cit.* p. 322.

⁴⁹ “É verdade que, até o momento, tem sido majoritário o entendimento de que não se trata de coisa julgada, mesmo depois do prazo de dois anos. Essa percepção já representa um avanço da doutrina brasileira. Não obstante, vários autores não só formulam a pergunta metodologicamente equivocada (se é ou não coisa julgada), como concluem que se trata efetivamente de coisa julgada, esquecendo as diversas diferenças das estabilidades e de seus regimes. Trata-se de um ‘cacoete’ acadêmico, que é imaginar que ou temos coisa julgada ou nada; ou há coisa julgada, e portanto se torna um conteúdo estável no processo, ou não há coisa julgada, e tudo está em aberto podendo ser revisto” (CABRAL, Antônio do Passo. *Op. Cit.* p. 323-324.).

⁵⁰O fenômeno da estabilidade alcança atos jurídicos de Direito privado (como um estatuto de sociedade anônima ou um contrato, atos que não podem ser modificados livremente) e de Direito público (como acontece com decisões judiciais ou atos administrativos, entre outros). A estabilidade, porém, pode ser de graus variados. Em outros termos, pode-se mesmo dizer que existem atos mais estáveis do que outros. Assim, por exemplo, um ato administrativo só pode ser revogado pela própria Administração Pública, e mesmo assim desde que alguns pontos sejam observados. Por exemplo, não se admite a revogação de ato administrativo cujos efeitos já se tenham exaurido. No Direito Processual Civil encontram-se algumas espécies diferentes de estabilidade do ato processual. E a diferença se dá pelo grau de intensidade da estabilidade.

Outros tipos de estabilidades processuais serão eventualmente mencionados ao longo deste trabalho para ilustrar aspectos específicos, por comparação. De todo modo, aprofundar esse tema não é objeto da presente dissertação. Por ora, importa sublinhar que o art. 304 do CPC não institui uma exceção à necessidade de pressuposto da cognição exauriente para formação da coisa julgada, na medida em que a estabilidade ali produzida é de outra espécie.

Feitas essas considerações, e estando claro que os três pressupostos para formação da coisa julgada são (i) o trânsito em julgado, (ii) o fato de a decisão ser de mérito e (iii) a cognição exauriente, passa-se a analisar as funções da *res iudicata*.

1.3 As funções negativa e positiva da coisa julgada

A coisa julgada possui funções (ou efeitos) negativa e positiva. A primeira refere-se ao impedimento de o Estado decidir diferentemente do que já fora decidido em litígio anterior, resumido em *ne bis in idem*.

A segunda função, por sua vez, caracteriza-se na “*obediência ao julgado como norma concreta indiscutível, e então o que foi decidido passa a ser considerado vinculante não só naquele processo mas em outros processos posteriores, quando nestes venha a ser alegada uma questão prejudicial já decidida, com força de coisa julgada, no processo anterior*”⁵¹. Se, por exemplo, o decidido em um primeiro processo como uma questão principal for, em um segundo processo, uma questão prejudicial⁵², o juiz da segunda demanda está vinculado à decisão prolatada no primeiro e deverá levá-la como premissa válida e eficaz para prolação de sua decisão, sem possibilitar, quanto a ela, qualquer rediscussão.

A exemplificação acima pode dar a entender que o fenômeno só poderia ser observado de um processo para o outro, mas a função positiva da coisa julgada pode ocorrer em um mesmo processo, quando nele houver decisão interlocutória de mérito anterior já transitada em julgado.

Duas formas de conferir estabilidade ao ato processual são bastante conhecidas de todos os estudiosos do Direito Processual: a preclusão e a coisa julgada. Há, porém, outro fenômeno, que não pode deixar de ser examinado, e que com aqueles não se confunde: o da estabilização.

O CPC faz alusão ao fenômeno da estabilização em duas passagens: ao tratar da estabilização da tutela antecipada (art. 303) e ao regular a estabilização da decisão de saneamento e organização do processo (art. 357, § 12)” (CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 299).

⁵¹ CABRAL, Antônio do Passo. *Op. Cit.* p. 131-132.

⁵² Sobre o conceito de “questão prejudicial”, ver MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Questões Prejudiciais e Coisa Julgada**. 1967. Tese (De livre docênci) - UFRJ, Rio de Janeiro, 1967.

Afinal, como visto no subcapítulo anterior, o CPC de 2015, inovando em relação ao CPC de 1973, reconhece a coisa julgada sobre questão prejudicial incidentalmente decidida (art. 503).

Para ilustrar essa hipótese, imagine-se a seguinte situação: em uma ação de cobrança, o réu, em sua contestação, alega que a pretensão quanto à obrigação cobrada pelo autor foi extinta pela prescrição. O juiz, entendendo que a matéria é passível de julgamento antes da sentença, decide que não houve transcurso do prazo prescricional. O réu não interpõe qualquer recurso. Ao fim do processo, na etapa de prolação de sentença, o juiz não poderá voltar atrás dessa decisão. A função positiva da coisa julgada impõe que ele leve a ausência de prescrição como pressuposto lógico para decidir sobre a procedência, ou improcedência, do pedido principal, que é o cumprimento da obrigação.

Note-se que, nesse cenário, tampouco pode o réu buscar devolver ao Tribunal a matéria sobre a prescrição pela via da apelação. Esse impedimento ocorre por força da função negativa da coisa julgada, que, como dito, veda a repetição de demanda já decidida.

Outro reflexo da função positiva da coisa julgada ocorre no campo das ações coletivas. Pense-se no cenário em que, em uma ação civil pública, o Ministério Público pleiteie contra uma concessionária distribuidora de energia elétrica uma indenização por danos materiais causados pela ausência prolongada no fornecimento de energia para uma coletividade de consumidores, terceiros substituídos na relação processual⁵³. Caso a demanda seja julgada procedente por sentença transitada em julgado, os consumidores afetados poderão se valer dessa decisão para perseguir ações individuais de cumprimento de sentença e liquidação de danos, sem que o juiz de suas respectivas causas possa rediscutir sobre a matéria.

Essa possibilidade é viabilizada pelo fato de que o CPC não veda que uma sentença transitada em julgado beneficie terceiros. Seu art. 506 apenas impede apenas que não eles possam ser prejudicados⁵⁴. A redação desse dispositivo pôs termo à controvérsia existente sob égide do CP de 1973, que era categórico em admitir que a coisa julgada pudesse prejudicar ou beneficiar terceiros⁵⁵.

⁵³ O fenômeno da legitimidade extraordinária e da substituição processual serão detalhados no Capítulo 2.

⁵⁴ Art. 506. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.

⁵⁵ Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

Essa questão será melhor aprofundada nos subcapítulos relativos às formas de formação da coisa julgada e aos seus limites subjetivos, inclusive quando se adentrar na ponderação mais controversa no sentido de aferir se poderia a função negativa da coisa julgada ser estendida aos terceiros para impedi-los de litigar uma matéria já decidida em demanda da qual não fez parte.

Por fim, cabe apontar que parte da doutrina enxerga apenas a existência da função negativa⁵⁶ da coisa julgada, negando autonomia à função positiva para encaixá-la no mesmo conceito. Entendem que, nos dois casos, há uma vedação (efeito negativo) de o julgador posterior decidir sobre a matéria afetada pela coisa julgada.

De fato, tanto o que se chama de função positiva quanto negativa têm origem na vedação de rejulgamento da questão decidida e afetada pela coisa julgada. O que se destaca com essas nomenclaturas são os possíveis desdobramentos que essa estabilidade pode gerar. Se, de um lado, impede nova decisão em sentido igual ou contrário à primeira (efeito negativo), a coisa julgada também pode possibilitar que, a partir da decisão estabilizada, haja o prosseguimento, ou surgimento, de novas demandas prejudicadas pela primeira (efeito positivo).

Tome-se novamente no exemplo dado acima em relação ao terceiro substituído na ação coletiva iniciada pelo Ministério Público. Uma outra forma de encarar o fenômeno seria a partir da perspectiva da concessionária. Ela, derrotada na ação coletiva, não poderia rediscutir as questões ali decididas no bojo de uma nova ação individual de liquidação de danos iniciada pelo terceiro substituído. Vê-se, aí, a função negativa da coisa julgada.

Fica claro, assim, que as duas funções retratam o mesmo fenômeno – imutabilidade da decisão – sob perspectivas diferentes, de acordo com cada parte. Dito isso, essa distinção será adotada na presente dissertação, mas apenas para fins didáticos, quando se quiser dar enfoque a um ou a outro efeito, sem se perder de vista que ambos decorrem do impedimento de o julgador redecidir matéria já atingida pela *res iudicata*.

⁵⁶ É o que diz Ronaldo Cramer, com base na lição de Liebman e Barbosa Moreira: “Contudo, anote-se, como sustenta Liebman, que a função positiva da coisa julgada não existe, porque o que a caracteriza é, na verdade, a eficácia da sentença. Ou seja, o respeito que o Judiciário deve ter ao que foi decidido nada tem a ver com a coisa julgada, mas decorre, naturalmente, da eficácia da sentença, na medida em que seus efeitos devem ser respeitados por todos” (CRAMER, Ronaldo. **Ação Rescisória por Violação da Norma Jurídica**. *Op. Cit.*, p. 51)

1.4 Limites objetivos da coisa julgada

Na tradição jurídica brasileira que antecedeu o CPC de 2015, era comum a afirmação de que apenas a parte dispositiva da sentença faria coisa julgada entre as partes⁵⁷⁻⁵⁸. Afastava-se, portanto, de sua incidência, os fundamentos da decisão, aí incluídas as questões prejudiciais decididas pelo julgador. De fato, o art. 469 do CPC de 1973 era expresso nesse sentido.

Marinoni atribui essa escolha do legislador à influência da teoria de Chiovenda⁵⁹, para quem, como já visto anteriormente neste capítulo, a coisa julgada não se confunde com a solução de questões lógicas do processo⁶⁰, aí incluídas as questões prejudiciais ao julgamento da demanda principal. Na acepção chiovendiana, a ligação do elemento cognitivo à coisa julgada seria algo próprio da teoria materialista de ficção de verdade proposta por Savigny⁶¹.

Sem deixar de lado a óbvia relevância autoritativa da opinião de Chiovenda – e sua subsequente influência no ordenamento processual brasileiro – é fato que sua doutrina é fruto do contexto histórico, político e cultural de seu tempo. E é bastante nítida sua agenda ao examinar a distinção entre decisão interlocutória de mérito e sentença, reconhecendo a adição da coisa julgada apenas a esta última. O autor é ostensivo em defender o que enxerga como um retorno às tradições romanas a partir de um afastamento da influência do direito germânico e canônico, chegando a vincular a equiparação da decisão interlocutória à sentença com a queda

⁵⁷“Entende-se que o *que* é acobertado pela *res iudicata* é o dispositivo da sentença. Os fundamentos, ou a ‘atividade lógica exercida pelo juiz para preparar e justificar a decisão’ não são abrangidos pela coisa julgada” (CRAMER, Ronaldo. **Ação Rescisória por Violão da Norma Jurídica**. *Op. Cit.* p. 53).

⁵⁸“Estabelecer os limites objetivos da coisa julgada significa responder à pergunta: *quais partes da sentença ficam cobertas pela autoridade da coisa julgada?* O Código de Processo Civil [de 1973] assinala-as expressamente ao prescrever que não fazem coisa julgada: a) os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; b) a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; c) a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo. Resulta do texto que *apenas o dispositivo da sentença*, entendido como a parte que contém a norma concreta, ou preceito enunciado pelo juiz, é apto a revestir-se da autoridade da coisa julgada material. Excluem-se os *motivos*, ou seja, a solução dada às questões lógicas ou prejudiciais necessariamente enfrentadas para chegar à definição de resultado da causa” (GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. Cit.* p. 345-346)

⁵⁹ “A doutrina de Chiovenda sobre coisa julgada e preclusão teve grande influência sobre o vigente Código de Processo Civil italiano e sobre o Código de Processo Civil de 1973. Ambos os códigos não apenas limitam a coisa julgada ao pedido, como exigem ação declaratória incidental para que a coisa julgada possa recobrir a questão prejudicial ao julgamento do pedido” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa Julgada sobre Questão**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 142)

⁶⁰ “Em conclusão: objeto do julgado é a conclusão *última* do raciocínio do juiz, e não as premissas; o último e imediato resultado da decisão, e não a série dos fatos, das relações ou dos estados jurídicos que, no espírito do juiz, constituíram os pressupostos de tal resultado” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. Cit.* p. 495).

⁶¹ Ver nota de rodapé n. 13.

do império romano⁶². Aliás, ao longo de suas ponderações históricas do processo civil, o direito germânico e estrangeiro em geral é com frequência comparado desfavoravelmente ao direito romano⁶³.

O apelo à experiência histórica comum do império romano pode ter sido um importante elemento de autoridade e convencimento para formação de consenso durante o processo de formação da identidade nacional de uma Itália recém unificada à época de Chiovenda. Essa retórica, no entanto, não deveria impressionar a doutrina brasileira, sobretudo quando considerados os problemas decorrentes desse sistema.

A redução da coisa julgada ao pedido deduzido na inicial tornava necessário que uma das partes, caso estivesse interessada na atribuição de *res iudicata* à questão prejudicial, ajuizasse uma ação declaratória autônoma⁶⁴. Além de ineficiente – por depender de um processo adicional para configuração da coisa julgada – na prática, a noção chiovendiana também privatizava o limite objetivo da *res iudicata*, ao facultá-lo à livre disposição das partes, seja no momento da formulação dos pedidos na inicial, seja quando da opção em se ajuizar ação

⁶² “E, uma vez advinda, no nome e na disciplina, a equiparação do despacho interlocutório à sentença que decide sobre a causa, fácil foi conceber-se a *res iudicata* de todo aberrante da idéia romana. Imutável, como se considerou, qualquer decisão interlocutória não impugnada, mesmo que não versasse sobre o bem disputado, a necessidade de cuja garantia é a única razão da *res iudicata* romana, surge lentamente a tendência a pôr como fundamento de tal imutabilidade uma suposta eficácia inerente à decisão do juiz, qualquer que seja, e a encarar a certeza jurídica não mais como segurança da fruição de um bem, e sim com a fixação de verdade fictícia ou presumida. Essa deformação da idéia romana, porém, não teria logrado enraizar-se tão profundamente no espírito dos juristas e dos praxistas sem o concurso de outras mais gerais, que conduziram à inversão dessa relação entre o elemento lógico e o ato de vontade que apuramos como próprio do processo romano, vale dizer, à *superlativação do elemento lógico do processo*. Antes de tudo, enfraquece-se a própria idéia do Estado e da lei como vontade do Estado. Esborrado sob a invasão bárbara o império romano do Ocidente, os processos dos séculos subseqüentes nos apresentam, passo a passo, a aplicação dos mais variados direitos, uns ao lado dos outros, a aplicação dos mais variados direitos, uns ao lado dos outros nos mesmos países: lei romana, leis germânicas dos diversos invasores, lei eclesiástica, leis comunais; nenhuma que se ajuste à idéia romana, central e sólida, do Estado como poderoso organismo a cuja vontade todos obedecem no interesse da liberdade” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. Cit.* p. 164-165).

⁶³ Veja o que diz Chiovenda ao registrar, de forma crítica em comparação com o direito romano, o caráter adversarial do procedimento probatório germânico: “[L]imita-se o juiz a assistir passivamente à experiência probatória e a certificar-se mecanicamente do resultado. Tal fato se verifica, ainda hoje, nos direitos bárbaros ou semibárbaros nos quais se empregam juízos divinos: a convicção individual do juiz não tem importância alguma; a livre deliberação, a crítica das provas é coisa, para ele, despojada de significação” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. Cit.* p. 163).

⁶⁴ “A ideia de questão enquanto mera premissa lógica ajudou a fazer crer na necessidade de ação declaratória incidental. Chiovenda – e com ele a maioria da doutrina italiana – preferiu negar a coisa julgada sobre questão, exigindo a propositura de ação declaratória incidental, ao passo que o *common law* e o direito brasileiro atual optaram pela coisa julgada sobre questão desde que não presentes as circunstâncias temidas (sumariedade da cognição, por exemplo) por aqueles que construíram a não producente forma processual que, como é sabido, raramente foi utilizada na prática forense brasileira nos quase quarenta e cinco anos entre o Código de 1973 e o Código de 2015”. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa Julgada sobre Questão**. 2. ed. rev. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 164-165).

declaratória autônoma cujo objeto era a questão prejudicial ao primeiro processo. A esse respeito, são oportunas as considerações de Marinoni⁶⁵ sobre o ideário subjacente a esse regime:

“Não há dúvida de que a opção pela restrição da coisa julgada ao pedido, estimulada pelos teóricos que favoreceram o surgimento da ZPO de 1877, pautou-se na ideia de liberdade própria ao final do século XVIII e à primeira metade do século XIX (...).

Não obstante, se não há dúvida de que os conceitos alemães estiveram por detrás da ZPO de 1877 e, sabidamente, influenciaram o art. 34 do *Codice di Procedura Civile*, tinham na sua base a ideia de que a vontade dos litigantes deveria presidir o campo de operação da coisa julgada, nos dias atuais não há como ver na autonomia da vontade e no princípio dispositivo fundamento para excluir as questões da coisa julgada.

A coisa julgada é um elemento de direito público, indispensável à garantia da segurança jurídica e à coerência do direito”

Andou bem, portanto, o legislador ao promulgar o CPC de 2015, com reconhecimento expresso da formação da coisa julgada sobre questão prejudicial incidentalmente decidida nos termos do art. 503, ampliando o limite objetivo da coisa julgada em relação ao diploma processual anterior. O novo sistema primou pela eficiência ao prescindir de uma ação declaratória para tornar a questão prejudicial atingida pela coisa julgada, evitando a multiplicação de processos antes justificada em mera formalidade e tradição⁶⁶⁻⁶⁷. Ademais, tirou das partes a indesejada liberdade em escolher o que seria ou não afetado pela *res iudicata*, prestigiando a segurança jurídica.

A doutrina costuma atribuir essa mudança à crescente influência do direito norte-americano no processo civil brasileiro⁶⁸, fenômeno que pode ser notado em outros elementos

⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa Julgada sobre Questão.** *Op. Cit.* p. 168-169.

⁶⁶ “Retenha-se o ponto: Chiovenda não se preocupou com o significado da resolução da questão, mas apenas com a forma mediante a qual a questão é posta ao conhecimento judicial, o que, como se verá mais tarde, é completamente irrelevante ou tem relevância para quem supõe que determinado conceito, no caso o conceito romano de coisa julgada, pode ser imposto como verdadeiro em virtude da importância de uma tradição” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa Julgada sobre Questão.** *Op. Cit.* p. 148-149).

⁶⁷ Sob o prisma da eficiência, são pertinentes as considerações do Ministro Luiz Fux e de Bruno Bodart, adotando a teoria da análise econômica do direito “O Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 503, § 1º, passa determinar a extensão da coisa julgada à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentalmente no processo, desde que: dessa resolução depender o julgamento do mérito; a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia; e o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal. A mudança possui racionalidade econômica. Afinal, o regime anterior permitia que o autor instaurasse dois dispendiosos processos para tratar de questões que poderiam ser adequadamente apreciadas em um só processo. O sistema atual permite o máximo aproveitamento dos investimentos em produção de provas, formulação de arrazoados e outros atos processuais” (FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo Civil e Análise Econômica**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 152)

⁶⁸ “A extensão da coisa julgada à questão prejudicial resolvida na fundamentação faz lembrar, por semelhança, a *issue preclusion* do direito estadunidense. ‘*Issue preclusion* é uma espécie do fenômeno *res iudicata* que torna

introduzidos pelo CPC de 2015⁶⁹. Se for mesmo esse o caso, trata-se de exemplo eloquente no sentido de que, para contínua aprimoração da processualística civil, tradições imemoriais devem importar menos que a lógica, a coerência sistêmica e a eficiência do sistema processual.

Bem compreendido que, hoje, a coisa julgada pode se formar não só em relação aos pedidos, mas também às questões prejudiciais decididas, permanece a regra de que nem os motivos nem a verdade dos fatos serão por ela atingidos⁷⁰.

Os motivos, con quanto guardem peculiar relevância para fins de aplicação de precedentes a um caso concreto⁷¹, não vinculam o julgador por força de coisa julgada. Quanto à verdade dos fatos⁷², apesar de não atingida pela *res iudicata*, a decisão judicial pode servir como prova documental indiciária dos aspectos factuais ali referenciados⁷³.

1.5 Limites subjetivos da coisa julgada

Delimitados os limites objetivos, é pertinente tratar dos limites subjetivos da coisa julgada. Responder a essa pergunta importa reconhecer quem é afetado pela coisa julgada e, em razão disso, não mais poderá suscitar sua modificação em outra demanda.

A resposta está aparentemente contida no art. 506 do CPC, ao dispor que “[a] sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros”. A lógica é que

imutáveis e indiscutíveis as questões prejudiciais decididas em um processo’. Esse fenômeno, outrora designado *collateral estoppel*, impede a rediscussão, em outro processo, de uma mesma questão prejudicial incidental, de fato ou de direito, que tenha sido efetivamente controvertida e decidida num processo como etapa essencial para o julgamento do caso” (PRATES, Marília Zanella. **A coisa julgada no direito comparado: Brasil e Estados Unidos**. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 155-168). Ainda, veja-se o que diz Marinoni: “Na linha do direito estadunidense, o Código brasileiro delineou critérios que devem ser preenchidos para a produção da coisa julgada” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa Julgada sobre Questão**. *Op. Cit.* p. 223-224).

⁶⁹ Notável exemplo é a adoção do sistema de precedentes (art. 927 do CPC).

⁷⁰ Art. 504. Não fazem coisa julgada:

I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;
II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença.

⁷¹ “Os motivos determinantes de uma decisão judicial constituem o elemento normativo do precedente judicial” (DIDIER Jr., Fredie. Comentário ao art. 504 do CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 758-771, p. 765).

⁷² A expressão é criticada por Marinoni por remeter à teoria da coisa julgada como ficção de verdade: “A norma, porque alude ‘a verdade dos fatos’ e não simplesmente a ‘fatos’ – como obviamente poderia –, aponta para a histórica e há muito tempo superada teoria a coisa julgada como ficção de verdade ou como presunção de verdade” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa Julgada sobre Questão**. *Op. Cit.* p. 295)

⁷³ “Embora a ‘verdade dos fatos estabelecida na sentença’ não se torne indiscutível pela coisa julgada, a sentença servirá de fonte de prova de que aqueles fatos ocorreram. A sentença será um indício” (DIDIER Jr., Fredie. Comentário ao art. 504 do CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 758-771, p. 765)

apenas poderá ser *negativamente* afetado pela imutabilidade da decisão aquele que participou do contraditório, sob pena de violação do princípio da ampla defesa⁷⁴⁻⁷⁵. Como dito anteriormente, o enunciado não impede que o terceiro seja *beneficiado* pela coisa julgada, situação comumente observada em ações coletivas, havendo expressa previsão do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor nesse sentido.

Vale frisar que quando se fala que o terceiro não será, pela regra geral, negativamente afetado pela coisa julgada, isso não significa que ele também não será afetado pelos efeitos da decisão. Uma coisa não tem relação com a outra e tampouco o art. 506 do CPC veda que o terceiro sofra os efeitos de uma decisão processual prolatada em processo de que não fez parte. Para bem sedimentar a compreensão quanto a isso é imperativo recordar a distinção feita por Liebman⁷⁶ entre coisa julgada e a eficácia natural da sentença:

“Por isso, enquanto, abstratamente, estão todas as pessoas submetidas à eficácia da sentença, praticamente lhe sofrem os efeitos aqueles em cuja esfera jurídica entra mais ou menos diretamente o objeto da sentença: assim, antes de tudo e necessariamente, as partes titulares da relação afirmada e deduzida em juízo, e, depois gradativamente, todos os outros cujos direitos estejam de certo modo com ela em relação de conexão, dependência ou interferência jurídica ou prática, quer quanto à sua existência, quer quanto à possibilidade de sua efetiva realização. A natureza dessa sujeição é para todos, partes ou terceiros, a mesma; a medida da sujeição determina-se, ao revés, pela relação de cada um com o objeto da decisão. Entre partes e terceiros só há esta grande diferença: *que para as partes, quando a sentença passa em julgado, os seus efeitos se tornam imutáveis, ao passo que para os terceiros isso não acontece*”

Pondo a questão em termos mais concretos, isso significa que um acionista de sociedade por ações que ajuizar demanda anulatória de assembleia contra a companhia e, ao final do processo, restar bem-sucedido, todos os demais acionistas sentirão o efeito constitutivo dessa decisão. Isto é, todos estarão vinculados à desconstituição do conclave operada em um processo de que não fizeram parte e sofrerão as repercussões que forem disso decorrentes.

⁷⁴ “Em nosso sistema, esta é a regra geral, consagrada no art. 506 do CPC. Este dispositivo do CPC inspirou-se nas garantias constitucionais da inafastabilidade da jurisdição, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, XXXV, LIV e LV, CF)” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. *Op. Cit.* p. 671).

⁷⁵ “Mas o principal fundamento para restrição da coisa julgada às partes é de *índole política*: quem não foi sujeito do *contraditório*, não tendo a possibilidade de produzir suas provas e suas razões e assim influir sobre a formação do convencimento do juiz, não pode ser prejudicado pela coisa julgada conseguida *inter alios*” (GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. *Op. Cit.* p. 349)

⁷⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Op. Cit.* p. 125-126.

Questão diferente é saber se serão afetados pela imutabilidade – isto é, coisa julgada – da decisão. Pela teoria de Liebman e pela aplicação da regra geral do art. 506 do CPC, a resposta é não. Em resumo: os acionistas terceiros sofrem o efeito da anulação, mas poderão revertê-la em um processo próprio, se assim desejarem.

Refere-se ao art. 506 do CPC como regra geral e não como regra definitiva porque há exceções. Nem sempre a coisa julgada vinculará apenas as partes ou terceiros que dela se beneficiem. Talvez o caso de mais fácil identificação é aquele que envolve substituição processual decorrente da alienação da coisa ou do direito litigioso, conforme art. 109, §3º, do CPC. Nessa situação, o adquirente/cessionário estará vinculado à coisa julgada formada sobre decisão envolvendo a coisa ou o direito litigioso adquirido/cedido, independentemente de o resultado ser ou não favorável, mesmo se não tiver participado do litígio em questão.

Outro exemplo é a coisa julgada formada em decisão de improcedência de ação direta de constitucionalidade ou de procedência de ação direta de inconstitucionalidade é um exemplo bem visível de extensão da coisa julgada para *prejudicar* eventual terceiro que estivesse sendo beneficiado pela lei declarada inconstitucional⁷⁷.

Um interessante ponto de vista é o de Luiz Guilherme Marinoni, para quem a decisão prolatada em sede de IRDR gera coisa julgada *erga omnes* – isto é, perante todos, inclusive

⁷⁷ “Os limites subjetivos da coisa julgada na declaração de inconstitucionalidade não são controvertidos: sua eficácia é contra todos”(BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 243). O ministro prossegue explicando seu entendimento de que “[a] extensão *erga omnes* da autoridade da coisa julgada explica-se, doutrinariamente, por força do fenômeno da *substituição processual*, já mencionado (...). As pessoas e os órgãos constantes do art. 103 da Constituição atuam com legitimação extraordinária, agindo em nome próprio, mas na defesa do interesse da coletividade. Por essa razão é que os efeitos da decisão têm caráter geral, e não apenas entre as partes do processo, como é a regra” (BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.* p. 243). Deve-se ressaltar que a opção do ministro em justificar o fenômeno na substituição processual é controversa. Conforme Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr: “Para outros autores, não se poderia falar, no caso, de tutela coletiva, pois haveria aí uma tutela da norma, tutela abstrata, como argumentou a doutrina não se trata de um direito subjetivo coletivo, mas de ‘um interesse coletivo objetivo legítimo’. Quer dizer, ‘leva-se em consideração as peculiaridades do controle concentrado e abstrato da constitucionalidade, em que não há tutela de direitos ou interesses subjetivos, individuais ou coletivos’” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 13. ed. rev. atual. e aum. Salvador: JusPodivm, 2019. v. 4. p. 76-77)

terceiros – independentemente de ser o resultado benéfico ou não⁷⁸. Caso se adote esse entendimento – minoritário – essa seria mais uma exceção à regra geral do art. 506 do CPC⁷⁹.

Por fim, em um trabalho que se dedica a discutir a extensão da coisa julgada a terceiro no mercado de capitais, não se poderia deixar de falar, nesta oportunidade, da muito controvertida exceção envolvendo a formação da coisa julgada em demandas caracterizadas pelo litisconsórcio necessário facultativo ativo envolvendo direito incindível.

Esse debate, mal resolvido na doutrina até hoje, ocupa uma posição destacada neste estudo e seus contornos serão detalhados com minúcia no Capítulo 2, a seguir. Por ora, convém antecipar que, para parte da doutrina, há extensão da coisa julgada ao terceiro que, legitimado para ingressar no polo ativo de uma demanda envolvendo direito de natureza indivisível, não o fez durante a tramitação do processo. De acordo com essa orientação doutrinária, esse terceiro colegitimado deve ser vinculado permanentemente ao resultado do julgamento, não podendo relitigá-la em uma ação própria.

Um exemplo típico, já usado neste trabalho e que será muitas outras vezes referenciado, é o da ação anulatória de assembleia de sociedade por ações. Nesse tipo de demanda, são legitimados ativos todos os acionistas que poderão propô-la em conjunto, ou não. Na realidade das companhias abertas, que possuem milhares de acionistas por todo país ou mesmo no mundo, é impossível pensar na propositura conjunta. Assim, o mais comum é que a demanda seja proposta de forma individualizada. Nesse cenário, se o acionista autor da ação sagrar-se vencedor, anulando o conclave, poderiam os demais ajuizar demandas buscando o reconhecimento da regularidade da assembleia anulada? Para os defensores da extensão da coisa julgada a terceiro nessas situações, a resposta é negativa. Os demais acionistas não poderiam rediscutir a regularidade da assembleia no que fora anulada por força da função negativa da coisa julgada.

⁷⁸ “Na verdade, não há como atribuir caráter de precedente a uma decisão, saltando-se o problema da coisa julgada. Antes de afirmar que uma decisão é um precedente, há de se definir para quem a decisão se torna imutável ou, mais precisamente, quem são aqueles que ficam proibidos de rediscutir a questão decidida. De forma risível, o art. 985 do Código de Processo Civil finge esquecer que a decisão que proíbe os membros de um grupo (em regra autores das demandas repetitivas) de rediscutir questão decidida constitui coisa julgada *erga omnes*, atribuindo-lhe o nome mágico de ‘tese’ e a qualidade de vincular todos os juízes. Se as partes dos processos suspensos e dos eventuais processos futuros ficam proibidas de relitigar a questão decidida no incidente de resolução, o que as sanciona apenas pode ser a coisa julgada” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: Decisão de questão idêntica x precedente. 2. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 79)

⁷⁹ Minha posição, exposta no Capítulo 2, é a de não aderir ao entendimento de Marinoni.

Para justificar a excepcionalidade, os defensores dessa corrente sustentam que permitir a sucessiva discussão da validade do conclave por diferentes legitimados não seria consentâneo com a segurança jurídica e com a eficiência processual.

Note-se, pois isso é bom de frisar, que o objeto da controvérsia *não é* se serão os demais acionistas vinculados ou não ao efeito constitutivo da sentença anulatória. É plenamente aceito que serão, em razão da já explicada eficácia natural da sentença. O que se discute é unicamente a *imutabilidade* (coisa julgada) e tão só.

O exemplo dado fala em sociedade por ações em razão da temática deste estudo ter enfoque no mercado de capitais mas, a rigor, o mesmo se aplica em conclave de qualquer entidade organizacional, como é o caso do condomínio, do fundo de investimentos, das associações, entre outros⁸⁰.

Dito isso, a posição majoritária corrente é a de que não se justifica tal exceção à regra atualmente contida no art. 506 do CPC. Essa maioria adere à posição de Liebman, que buscou resolver a controvérsia pelo instituto do interesse de agir. Além disso, enfatizam que a extensão da coisa julgada nessas situações importaria em violação aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Há, porém, outra corrente, capitaneada por Barbosa Moreira, que entende que a solução proposta por Liebman deixa a desejar pois não estabiliza a decisão perante terceiros que estejam interessados em um resultado diverso do obtido pelo autor do processo⁸¹.

Toda essa discussão será abordada em detalhes no Capítulo 2 e ao longo deste trabalho. A fim de evitar repetições, basta encerrar este tópico resumindo que a regra geral é no sentido de limitar a coisa julgada (imutabilidade) às partes da demanda. Há algumas exceções no ordenamento e existe um profundo debate no sentido de saber se as ações com litisconsórcio versando sobre direito incindível constituem uma dessas excepcionalidades à regra geral.

⁸⁰ Barbosa Moreira, ao escrever sobre o assunto, dá o exemplo da ação de declaração de nulidade de patentes. Ver em MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Coisa Julgada: extensão subjetiva. Litispêndência. Ação de Nulidade Patente.* In: **Direito Processual Civil (ensaios e pareceres)**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

⁸¹ Todos os detalhes da discussão e informações constantes nesses dois últimos parágrafos serão vistos em detalhes no tópico 2.6.3.

1.6 Modos de produção da coisa julgada

Há três modos de produção da coisa julgada, cada um designado por uma expressão latina diferente. Trata-se da coisa julgada formada *pro et contra*, *secundum eventum litis* e, por fim, *secundum eventum probationis*.

A primeira modalidade de produção, *pro et contra*, é a mais comum e a mais conhecida no processo civil. É a coisa julgada que se produz independentemente do resultado da demanda. Forma-se tanto se for favorável quanto se for desfavorável sob a perspectiva das partes.

A segunda modalidade é a coisa julgada formada *secundum eventum litis*, ou seja, a depender do resultado do litígio. É o exemplo já anteriormente mencionado da coisa julgada nas ações coletivas que envolvem direitos individuais homogêneos⁸². Outra hipótese é a ação direta de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de lei.

A terceira e última forma de produção é a *secundum eventum probationis*, que impede que a coisa julgada se forme sobre sentenças de improcedência do pedido por falta de provas. Ou seja, só se manifesta quando a demanda for julgada com esgotamento das provas. É o caso, mais uma vez, das ações coletivas, conforme, por exemplo, art. 103 do Código de Defesa do Consumidor e art. 18 da Lei n. 4.717/1965 (Lei da Ação Popular), quando envolverem direitos difusos ou coletivos *strictu sensu*.

1.7 A eficácia preclusiva da coisa julgada

A eficácia preclusiva da coisa julgada está contida no art. 508 do CPC, que dispõe que, após transitada em julgado a decisão de mérito, serão consideradas “*deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido*”.

É dizer que, além de ser vedado às partes relitigar a própria matéria julgada na decisão judicial, por força da função negativa da coisa julgada, as partes também não poderão suscitar,

⁸² Ou, para ser mais preciso, deve-se dizer que a coisa julgada coletiva se forma *pro et contra*, mas se estende aos terceiros apenas *secundum eventum litis*. “Não é correto, portanto, dizer que a coisa julgada coletiva é *secundum eventum litis*; o que é segundo o resultado do litígio é a sua *extensão*, apenas para beneficiar os titulares dos direitos individuais” (DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo.** *Op. Cit.*, p. 477).

em um litígio futuro, as alegações que poderiam ter sido feitas no âmbito da demanda já julgada. Ou seja, forma-se a imutabilidade sobre o deduzido e, ao mesmo tempo, sobre o dedutível.

Nessa perspectiva, é interessante o ponto de vista de Dinamarco, ao se referir à eficácia preclusiva da coisa julgada como “*um mecanismo de autodefesa*”⁸³. De fato, o efeito preclusivo gerado sobre as matérias não alegadas é essencial para que se garanta a imutabilidade da decisão transitada em julgado, sob pena de tornar instável a causa objeto de julgamento. Conforme lição de Dinamarco⁸⁴:

“Seria muito pouco proclamar solenemente a intangibilidade da coisa julgada como situação de firmeza destinada a propiciar segurança jurídica àquele que foi vencedor no processo (Const., art. 5º, inc. XXXVI – *supra*, n. 1.143) mas ao mesmo tempo deixar o flanco aberto para novas decisões sobre pontos ou questões influentes sobre a causa que já haja sido definitivamente julgada”.

Note-se, portanto, que a eficácia preclusiva opera fora dos limites objetivos da coisa julgada. Vai além do expressamente decidido principal e incidentalmente, para atingir questões que não foram suscitadas nem pelas partes e nem de ofício pelo julgador. São os aspectos que poderiam ter sido trazidos, mas foram de alguma forma omitidos. Aí encaixam-se “*novos argumentos, novas circunstâncias de fato ou fatos simples, a interpretação da lei por outro modo, atualidades da jurisprudência, etc*”⁸⁵. Assim, para identificar a incidência da eficácia preclusiva da coisa julgada, é preciso ir que se analise, também, os motivos da decisão⁸⁶.

De acordo com a opinião majoritária da doutrina, a eficácia preclusiva da coisa julgada não atinge, porém, outras causas de pedir que não a formulada no primeiro processo. Em outras palavras, é possível que sejam formulados os mesmos pedidos do litígio anterior, caso fundado em causa de pedir diferente, pois aí estar-se-á diante de uma *nova* demanda, sobre a qual não se projeta a eficácia preclusiva da coisa julgada⁸⁷.

⁸³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: JusPodivm, 2024. v. III., p. 400

⁸⁴ *Idem*

⁸⁵ *Idem*, p. 401.

⁸⁶ Além disso, a eficácia preclusiva da coisa julgada é um instituto que foge à tradicional limitação objetiva da *res iudicata* ao pedido – e consequentemente ao dispositivo da sentença – porque, ao impedir o uso de alegações e defesas incompatíveis com a coisa julgada anterior, a eficácia preclusiva exige uma análise não apenas do *decisum*, mas também dos motivos da decisão” (CABRAL, Antônio do Passo. *Op. Cit.* p. 334).

⁸⁷ “As razões que poderiam ser opostas à rejeição do pedido são aqueles que o autor tiver omitido. Não se trata de causas de pedir omitidas, porque a coisa julgada material não vai além dos limites da demanda proposta e, se

Entendimento diverso, apesar de sustentado por alguns autores, não encontra guarida nos princípios do contraditório e da ampla defesa. A esse respeito, são certeiras as considerações de Ronaldo Cramer:

“As correntes que propõem uma interpretação mais abrangente do art. 474 do CPC [de 1973, equivalente ao art. 508 do CPC atual], para abranger alegações relativas a outras causas de pedir, violam o princípio da ampla defesa, eis que, no contraditório processual, as partes não se manifestam sobre os fundamentos que são estranhos à causa de pedir posta em juízo, e seria inviável exigir que assim fizessem. Portanto, deve prevalecer a interpretação de que o art. 474 do CPC não veda que o mesmo seja formulado no Judiciário, desde que com base em outra causa de pedir”

Por atingir um objeto diverso da coisa julgada, há ainda a posição doutrinária de Antonio do Passo Cabral que identifica na eficácia preclusiva mais do que mera parte integrante da coisa julgada, mas verdadeiro fenômeno autônomo próprio, classificando-a como preclusão extraprocessual gerada por atos omissivos⁸⁸.

A atribuição de autonomia faz sentido, dado que a coisa julgada nem sempre é acompanhada de eficácia preclusiva. Basta pensar na coisa julgada sobre questão que, para se formar, pressupõe que “*a seu respeito tenha havido contraditório prévio e efetivo*” (art. 503, §1º, II, do CPC). A desconexão da eficácia preclusiva e a coisa julgada sobre questão se dá por uma razão lógica a diferenciá-la da coisa julgada formada sobre o pedido principal. O objetivo da coisa julgada que cobre a sentença é o de conceder estabilidade à tutela jurisdicional a um dado bem da vida. Dessa forma, é justificado que se impossibilite a rediscussão tanto do deduzido quanto do dedutível, pelos motivos já expostos (em síntese, autodefesa da coisa julgada). Já o propósito da coisa julgada sobre questão é o de se impedir a rediscussão de uma

houver outra *causa petendi* a alegar, a demanda será outra e não ficará impedida de julgamento” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, *Op. Cit.*, p. 401)

⁸⁸ “Assim, vê-se que a eficácia preclusiva reflete uma parte da teorização da coisa julgada em franca contradição com o modelo clássico.: é uma preclusão que projeta vinculatividade para outros processos: uma preclusão extraprocessual. Perceba-se ainda que a eficácia preclusiva da coisa julgada é uma preclusão gerada por atos omissivos. Portanto, ao mesmo tempo, é uma parte da teoria da coisa julgada à margem do objeto do processo e fora do conceito clássico de preclusão. Para enquadrar a estabilidade do art. 508 do CPC no sistema sem incorrer em tais contradições, talvez seja mais interessante, como afirmam Habscheid e Otto, que a ‘preclusão dos conteúdos não apresentados’ seja compreendida *autonomamente*, e não como uma decorrência da coisa julgada. De fato, antes de serem institutos isolados,a ‘eficácia preclusiva’ deve ser uma ‘instituição complementar’ mas independente em relação à coisa julgada” (CABRAL, Antônio do Passo. *Op. Cit.*, p. 335).

questão já decidida. Assim, seria ilógico e alheio ao seu objetivo que fossem preclusas as questões não decididas⁸⁹.

2. COISA JULGADA E TERCEIROS

2.1 A disciplina jurídica da coisa julgada: princípios constitucionais e a lei

Quando se falou, no capítulo anterior, sobre os limites subjetivos da coisa julgada, foi dito que, na regra geral do art. 506 do CPC, a *res iudicata* forma-se entre as partes do processo, podendo se estender a terceiro apenas para beneficiá-lo. Na ocasião, convém lembrar, foram apontadas algumas exceções a esse regramento, dando-se exemplos de situações nas quais a coisa julgada pode ser estendida ao terceiro para prejudicá-lo.

Essas exceções serão resgatadas e melhor detalhadas no presente capítulo. Antes, porém, de adentrar nessas especificidades, convém investigar uma questão mais geral e preliminar: diante da literalidade do art. 506 do CPC, é possível estabelecer outro regime que não o da formação da coisa julgada apenas às partes, sem prejudicar terceiros?

De fato, qualquer teorização que leve à extensão da coisa julgada para prejudicar terceiros vai de encontro ao que é expressamente previsto no enunciado normativo. Mas será isso razão suficiente para impedir qualquer discussão no campo interpretativo, limitando debates sobre o tema a proposições *de lege ferenda*?

A resposta a esse questionamento há de ser negativa. Embora o texto legal seja inequivocamente importante, ele é apenas um elemento a compor a técnica hermenêutica que levará à criação da norma, que, por isso mesmo, não se confunde com a letra da lei.

⁸⁹ “É até possível dizer que a tutela da decisão da questão também é tutela de um bem da vida. O fato é que a tutela deste bem da vida exige a prévia discussão da questão. Note-se que as questões que foram deduzidas ou poderiam ter sido deduzidas pelo autor, mas não foram, não podem ser rediscutidas para infringir o bem da vida garantido pela coisa julgada. Assim, não importa que um fundamento, inserido na causa de pedir, não tenha sido negado; este não pode ser rediscutido para afastar a coisa julgada. Entretanto, a coisa julgada sobre questão não visa a obstar a relitigação de uma questão *que poderia ter sido discutida*, mas impedir a rediscussão de uma questão *que foi discutida*” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa Julgada sobre Questão**. *Op. Cit.* p. 253)

Essa premissa foi estabelecida a partir da superação do Estado Legislativo⁹⁰ pelo Estado Constitucional⁹¹. Se o primeiro era caracterizado pela sinonímia entre a regra e a norma⁹², o segundo superou esse paradigma para consagrar o significado da *interpretação jurídica* como mais do que a mera revelação da vontade da lei. Mais especificamente, no Estado Constitucional, “*as normas são fruto de uma outorga de sentido aos textos pelos seus destinatários*”⁹³⁻⁹⁴.

Nessa perspectiva, o papel do intérprete é confrontar o texto legal com a resolução do caso concreto, que nem sempre será solucionado pela mera subsunção do julgador ao enunciado normativo⁹⁵⁻⁹⁶.

E, a bem da verdade, em se tratando não só da coisa julgada em particular, mas também das estabilidades processuais em geral, não há como se negar a importância do papel da norma-princípio para balizar sua dogmática. Interessante é o exercício proposto por Antonio

⁹⁰ Aqui compreendido com a noção oitocentista da Supremacia do Parlamento. De acordo com a lição do Ministro Gilmar Mendes e de Paulo Gonçalves: “Supremacia do Parlamento e supremacia da lei eram aspectos de um mesmo fenômeno, hostil, por si mesmo, à ideia de um instrumento normativo superior ao Parlamento e à lei. Comprometia-se, assim, a noção de Constituição como instrumento com valor normativo efetivo, capaz de estabelecer parâmetros para aferição de validade jurídica dos atos dos poderes públicos” (MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 47)

⁹¹ “O instante atual é marcado pela superioridade da Constituição, a que se subordinam todos os poderes por ela constituídos, garantida por mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade. A Constituição, além disso, se caracteriza pela absorção de valores morais e políticos (fenômeno por vezes designado como materialização da Constituição, sobretudo em um sistema de direitos fundamentais autoaplicáveis)” (*Idem*, p. 53)

⁹² “No Estado Legislativo, pressupunha-se que toda norma era sinônimo de *regra*. Os princípios eram compreendidos como *fundamentos* para normas, *mas jamais como normas*” (MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente. 2. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.)

⁹³ *Idem*, p. 17.

⁹⁴ Em sentido semelhante, falando sobre a interpretação de normas constitucionais: “A interpretação orientada à aplicação não se torna completa se o intérprete se bastar com a análise sintática do texto. Como as normas têm por vocação própria ordenar a vida social, os fatos que compõem a realidade e lhe desenham feição específica não podem ser relegados no trabalho do jurista. Para se definir o âmbito normativo do preceito constitucional, para se delinearem a extensão e intensidade dos bens, circunstâncias e interesses atingidos pela norma, não se prescinde da consideração de elementos da realidade mesma a ser regida” (MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonçalves. *Op. Cit.* p. 82)

⁹⁵ “Os textos normativos carecem de interpretação não apenas por não serem unívocos ou evidentes – isto é, por serem desígnios de clareza –, mas sim porque devem ser aplicados a casos concretos, reais ou fictícios (...) o intérprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de um determinado caso dado (...). A norma é produzida, pelo intérprete, não apenas a partir de elementos colhidos no texto normativo (mundo do dever ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual ela será aplicada, isto é, a partir de dados da realidade (mundo do ser)” (GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 25)

⁹⁶ “No Estado Constitucional, o juiz não tem a simples tarefa de atuar a vontade da lei, como acontecia na época do Estado Legislativo, incumbindo-lhe o dever de interpretar a lei na medida da Constituição e de realizar o controle da constitucionalidade no caso concreto” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa Julgada Inconstitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 63).

do Passo Cabral⁹⁷ para compreender a relevância dos princípios gerais na sistematização das preclusões:

“Muito bem, pensemos na seguinte situação: se fossem revogados os arts. 502 a 508 do CPC, que disciplinam a coisa julgada material, as decisões judiciais de mérito deixariam de ser protegidas por qualquer tipo de estabilidade? Claro que a resposta só pode ser negativa. Não se discute que ao legislador é autorizado a estabelecer regimes mais ou menos rígidos para as estabilidades processuais, com requisitos detalhados para sua configuração e seus limites. É certo ainda que o formato das estabilidades processuais varia ao sabor da tradição jurídica de cada ordenamento, e não queremos negar a importância que a lei positiva tem nos ordenamentos de *civil law*. Mas, na ausência de lei, ainda assim haveria necessidade de um modelo de estabilidades, que poderia ser extraído de outros pontos do sistema, tanto de regras positivadas quanto dos princípios gerais de regência”.

O autor prossegue seu raciocínio concluindo que se “*a coisa julgada* deriva da segurança jurídica e do Estado de Direito, e portanto é um instituto informado por essas diretrizes normativas, o cerne da coisa julgada não está na legislação ordinária, mas nos princípios que a norteiam, mesmo na ausência de lei”⁹⁸.

Em outras palavras, muito além da disciplina constante dos arts. 502 a 508 do CPC, a coisa julgada deriva de um sistema de regras e princípios contemplados não só pela Constituição (p. ex.: segurança jurídica) como também por leis especiais (p. ex. microssistema de processos coletivos, jurisdição constitucional). Dada essa diversidade de fontes normativas, seria de todo incorreto interpretar o art. 506 do CPC como uma solução a ser uniformemente aplicada para todas as situações concretas⁹⁹. Como ficará claro em alguns casos a seguir, esse entendimento significaria – e certamente é assim compreendido por alguns autores – como verdadeira violação a postulados constitucionais, como a segurança jurídica e o direito à tutela jurisdicional adequada e efetiva. Uma forma de afastar a *res iudicata* de seus fundamentos constitucionais¹⁰⁰.

⁹⁷ CABRAL, Antonio do Passo. *Op. Cit.* p. 325.

⁹⁸ *Idem*, p. 328.

⁹⁹ “A fórmula tradicional, que afirma a limitação da coisa julgada às partes do processo (CPC, art. 506), é somente um *enunciado de princípio* e por si só não basta para resolver todos os problemas inerentes aos limites subjetivos da coisa julgada” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. *Op. Cit.*, p. 395)

¹⁰⁰ Sobre os fundamentos constitucionais da coisa julgada: “A coisa julgada é uma concretização do princípio da segurança jurídica. A coisa julgada estabiliza a discussão sobre uma determinada situação jurídica, resultando em um ‘direito adquirido’ judicialmente” (DIDIER JR., Freddie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op. Cit.*, p. 641).

Com base nessas premissas, adiro à opinião de que a discussão quanto à sistematização coisa julgada independe de alteração legislativa¹⁰¹, o que possibilita o debate para além das considerações *de lege ferenda*, analisando o sistema processual como um todo, orientando-se pelas balizas constitucionais aplicáveis ao tema posto. Assim, o art. 506 do CPC deve ser visto como uma regra geral, que comporta exceções, já defendidas há tempos pela doutrina sem maiores constrangimentos em relação à literalidade do dispositivo. É pertinente lembrar que a redação do art. 472 do CPC de 1973 era ainda mais restritiva e nem por isso alguns dos autores mencionados adiante se sentiram desautorizados a excepcioná-la conforme o caso.

O que deve ser avaliado, portanto, não é se existe a possibilidade de eventualmente contrariar a literalidade do art. 506 do CPC e sim se as exceções debatidas pela doutrina são, ou não, justificáveis dentro do sistema normativo que disciplina a coisa julgada.

2.2 Preliminarmente: o conceito de terceiro

Para entender a interação da coisa julgada com terceiros é fundamental, primeiro, que se entenda o conceito de terceiros. Existem dimensões do conceito de terceiro, que vão de sua dimensão “pura” à figura do terceiro juridicamente interessado. O conceito puro de terceiro é a contraposição do conceito puro de parte¹⁰², no seu sentido processual, ou seja, compreendido como aquele que não integra o processo, não tendo sido citado ou intervindo voluntariamente. Como Dinamarco coloca: “*todo sujeito permanece terceiro enquanto não ocorrer, com relação a ele, um dos fatos responsáveis pela aquisição da qualidade de parte*”¹⁰³.

A utilidade dessa conceituação se dá a partir da baliza constitucional do contraditório e da ampla defesa¹⁰⁴. O terceiro “puro” é aquele que não participa do contraditório porque não integra o processo. O uso da palavra “terceiro” ao longo desta dissertação até agora foi correspondente a essa noção.

Há, porém, nesse gênero de terceiro, duas espécies: o terceiro juridicamente interessado e o terceiro juridicamente indiferente. O primeiro, apesar de não ser parte do

¹⁰¹ No mesmo sentido: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada**: hipóteses de relativização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 172.

¹⁰² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 23

¹⁰³ *Idem*.

¹⁰⁴ “O conceito puro de terceiro associa-se à visão do processo pelo ângulo constitucional e, de modo particular, a partir da garantia do contraditório” (*Idem*).

processo é parte da relação jurídica discutida. É parte no *direito material* e, a princípio, possui legitimidade *ad causam* para fazer parte da demanda¹⁰⁵ mas, seja por opção ou por desconhecimento, acaba não lhe integrando.

Já o terceiro indiferente é aquele que pode ser prejudicado de fato pela questão decidida, mas seu prejuízo não constitui uma dimensão juridicamente relevante. Muitas vezes se trata de prejuízos de mera relevância econômica. Chiovenda exemplifica com os casos do herdeiro que é prejudicado por julgados contra o *de cuius* e com o credor que é prejudicado pelo reconhecimento de novos débitos de outros credores contra seu devedor¹⁰⁶. Aliás, a jurisprudência do STJ é clara no sentido de vedar intervenção de terceiros que possuam interesse meramente econômico na causa¹⁰⁷.

“PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE ASSISTÊNCIA SIMPLES. ART. 50 DO CPC. INDEFERIMENTO. INTERESSE JURÍDICO NÃO DEMONSTRADO. I - A lei processual exige, para o ingresso de terceiro nos autos como assistente simples, a presença de interesse jurídico, ou seja, a demonstração da existência de relação jurídica integrada pelo assistente que será existência diretamente de atingida pelo provimento jurisdicional, não bastando mero interesse econômico, moral ou corporativo. II - A falta de demonstração pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB - do necessário interesse jurídico no resultado da demanda, inviabiliza o seu ingresso no feito como assistente simples. III - Agravo regimental não provido”. (AgRg na PET nos EREsp 910.993/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, CORTE DJe 01/02/2013) ESPECIAL, julgado em 17/12/2012, REP DJe 19/02/2013)

As situações envolvendo este capítulo dizem respeito à figura do *terceiro juridicamente interessado*. Isto é, o legitimado ordinário *ad causam* que, podendo fazer parte da demanda, não o fez.

¹⁰⁵ “Dessa observação decorre a estreita conexidade entre os conceitos de *parte legítima* e *parte de direito material*, no sentido de que, salvo casos excepcionais (legitimidade extraordinária ou substituição processual), terão legitimidade ativa e passiva para a causa somente aquelas mesmas pessoas que sejam titulares da relação jurídica substancial posta como objeto do juízo” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. *Op. Cit.* p. 22).

¹⁰⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. Cit.* p. 500.

¹⁰⁷ AgRg na PET nos EREsp 910.993/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, CORTE DJe 01.02.2013. No mesmo sentido: REsp 1344292/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA 01.03.2016, DJe 09.03.2016; AgRg no AREsp 392.006/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05.11.2013, DJe 12.11.2013 e REsp 1199940/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 01.03.2011, DJe 04.03.2011.

2.3 Sucessão processual: extensão da coisa julgada a um (falso) terceiro

O fenômeno da sucessão processual é frequentemente mencionado como exceção à regra geral da relatividade da coisa julgada apenas às partes. Encontra-se disciplinado nos arts. 108 a 110 do CPC. O sucessor processual é aquele que, sendo originalmente um terceiro ao processo, adquire a qualidade de parte. Isso pode se dar de forma voluntária, através de ato *inter vivos* (alienação de bem litigioso, por exemplo) ou pode se dar por morte. Nessa situação, aquele que se torna parte por sucessão se sub-roga à parte sucedida, recebendo o bem ou o direito litigioso na situação em que se encontravam, aí incluindo a coisa julgada, se já tiver sido formada sobre as partes¹⁰⁸.

Ao estudar a questão, Liebman entendeu a sucessão processual de outra forma. Para o autor italiano, o sucessor seria uma espécie de falso terceiro, pois “*a formação da coisa julgada e a sucessão do terceiro na relação se verificam em momentos diversos, e que, por isso, não se apresenta nunca a existência contemporânea da parte e do terceiro em relação à sentença*”¹⁰⁹. Assim, não haveria que se falar em uma exceção à regra geral à relatividade da *res iudicata* às partes, e sim em sua confirmação¹¹⁰.

Outra é a visão de Eduardo Talamini, para quem haveria requisitos extras além da mera sucessão para que o sucessor fosse submetido à coisa julgada já formada, sob pena de violação às garantias constitucionais do processo que fundamentam a limitação da *res iudicata* às partes¹¹¹, aí naturalmente compreendidos o contraditório e a ampla defesa.

O primeiro requisito seria o fato de já ter havido a instauração do processo anteriormente à sucessão, seja por ato *inter vivos* ou por morte¹¹². Se o processo já houver sido instaurado, Talamini passa a distinguir os dois tipos de sucessão. No caso de ser ela por morte,

¹⁰⁸ “Os sucessores *mortis causa* consideram-se projeções da personalidade do falecido, de modo que, não mais estando este aqui neste mundo para gozar de direitos ou cumprir obrigações, a eles toca assumir a posição antes assumida pela parte que veio a falecer. Os sucessores *a título individual* recebem os bens ou direitos na situação em que se encontravam, inclusive a de litigiosidade, por determinação legal (CPC, art. 240, *caput – supra*, n. 491). É portanto natural que todos os sucessores recebam sobre sua esfera de direitos, na medida da sucessão, a eficácia da sentença e a autoridade da coisa julgada material produzida entre os que foram partes no processo” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. *Op. Cit.* p. 398).

¹⁰⁹ (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença**. *Op. Cit.* p. 97).

¹¹⁰ “Por todas estas razões, não é a sucessão uma causa independente de subordinação do terceiro à parte, que justifique a comunicação da coisa julgada” (*Idem*).

¹¹¹ TALAMINI, Eduardo. Partes, Terceiros e Coisa Julgada. In: DIDIER JR., Freddie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos Polêmicos e Atuais sobre Terceiros no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 220.

¹¹² *Idem*, p. 220.

a extensão da coisa julgada dependerá da devida habilitação dos sucessores no processo, sendo certo que, até lá, não estarão eles atingidos pela *res iudicata*¹¹³.

Mais interessantes são as ponderações do autor para o caso da sucessão processual por ato *inter vivos*. Para Talamini, é imperativo que se verifique se o sucessor-cessionário tinha (ou poderia ter) ciência do processo em curso. Sem ter conhecimento da lide, não poderia o sucessor-cessionário nela intervir, não justificando que sobre ele se estendesse a coisa julgada. Ainda de acordo com o autor, deveria haver uma investigação para que se identificasse (i) a anotação do processo na matrícula do imóvel e (ii) se a pendência da ação estava devidamente registrada no cartório distribuidor no foro aplicável¹¹⁴. Prossegue ele dizendo que “[u]ma vez reconhecida a boa-fé (objetiva) do sucessor, i.e., a ausência de ciência do processo, deverá ele ser tratado como terceiro, ficando alheio à autoridade da coisa julgada no processo em curso”¹¹⁵.

A proposta chama a atenção pelo uso da boa-fé como norma-princípio balizadora da formação da coisa julgada, destacando a importância da ciência, pelo sucessor, da existência do processo antes da aquisição da coisa ou do direito litigioso. Isso destaca o dito anteriormente no sentido de que a disciplina da coisa julgada deriva de elementos principiológicos, para além do enunciado normativo. Entendo, porém, que a ciência quanto à existência da demanda seria matéria de boa-fé subjetiva, posto que decorrente de crença errônea, porém justificável, quanto a uma situação concreta¹¹⁶.

Isto posto, em que pesa a interessante abordagem de buscar soluções no terreno da boa-fé, o estabelecimento de tais requisitos não parece ser a melhor forma de resolver o problema do sucessor-cessionário em questão. Não se deve esquecer que a coisa julgada é uma garantia de segurança jurídica para a outra parte no processo, que litigou, inclusive incorrendo em custos, para obtê-la. A coisa julgada é também uma garantia para o Estado-juiz, que não

¹¹³ *Idem*.

¹¹⁴ *Idem*, p. 221

¹¹⁵ *Idem*.

¹¹⁶ Conceituando a boa-fé subjetiva, veja-se a lição de Judith Martins Costa: “Assim, sinteticamente, é lícita a fórmula: pela expressão *boa-fé subjetiva* trata-se ou de designar um fato pelo qual um sujeito tem convicção, ainda que errônea, de estar a respeitar o Direito, pois crê na legalidade da situação; ou de indicar a situação de um terceiro que deve ser protegido porque confiou – legitimamente – na aparência de certo ato. Em todas as situações, há um estado de fato, a crença legítima, de modo que a boa-fé subjetiva tem o sentido de uma condição psicológica denotando uma situação fática habitualmente concretizada no convencimento do próprio direito, ou da ignorância de se estar lesando direito alheio ou, ainda, numa crença errônea, mas justificável” (COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. E-book Kindle).

pode se ver obrigado a decidir diversas vezes sobre a mesma matéria. A situação também geraria ineficiências processuais.

Nesses termos, a problemática mencionada por Talamini parece mesmo ser melhor resolvida fora do campo do direito processual, sob a guarda do direito civil material. Poder-se-ia falar eventualmente em vício redibitório, rescisão por inadimplemento, indenização por perdas e danos, entre outras pretensões que eventualmente pudessem ser deduzidas pelo cessionário contra o cedente para ressarcir eventuais prejuízos causados pela existência de coisa julgada prejudicial anterior relativamente ao bem ou direito alienado.

2.4 Substituição processual e legitimidade extraordinária em processos não coletivos

Outra situação frequentemente designada como uma hipótese de extensão da coisa julgada a terceiro é a substituição processual. O processo civil brasileiro possui como regra geral a previsão de que “[n]inguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio”, conforme art. 18 do CPC. Chama-se isso de legitimidade ordinária, em que a parte processual se confunde com o titular do direito material. O mesmo dispositivo, no entanto, prevê a excepcionalidade, em sua parte final: “salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”. Essas exceções são chamadas de legitimidade extraordinária, em que a parte processual não é titular do direito material, mas age processualmente em seu nome, defendendo direito seu.

Nesses casos, o legitimado extraordinário atua como *substituto* processual do *substituído*, que, apesar de ser “dono” do direito material discutido, é um terceiro – ainda que juridicamente interessado – ao processo.

Uma das hipóteses possui relação com a sucessão *inter vivos*, discutida no subcapítulo anterior. Isso porque, para sucessão propriamente dita, é necessário que haja o consentimento da outra parte (art. 109, §1º, do CPC). Caso isso não se confirme, o cedente permanecerá no processo, defendendo os interesses do cessionário. Ou seja, o cedente passa a

atuar como *substituto* processual do cessionário, que será um terceiro *substituído*¹¹⁷. Assim, a coisa julgada formada contra o substituto será estendida ao substituído¹¹⁸.

É facultado ao cessionário a opção de intervir no processo na qualidade de assistente litisconsorcial (art. 109, §2º, do CPC). Nessa circunstância, considerando que ele passará a figurar na relação processual, não haverá qualquer peculiaridade e a coisa julgada será formada contra o cessionário por ser ele parte do processo¹¹⁹.

Outro exemplo, mais próximo ao tema desta dissertação, é o da ação de responsabilidade contra administradores de sociedades por ações, previsto no art. 159, §§ 3º e 4º da Lei nº 6.404/76:

Art. 159. Compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembléia-geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio.

(...)

§ 3º Qualquer acionista poderá promover a ação, se não for proposta no prazo de 3 (três) meses da deliberação da assembléia-geral.

§ 4º Se a assembléia deliberar não promover a ação, poderá ela ser proposta por acionistas que representem 5% (cinco por cento), pelo menos, do capital social.

Convém destrinchar a disciplina legal mencionada acima. A regra do *caput* traz a previsão da legitimidade ordinária. A própria companhia (titular da ação) poderá ingressar com ação de responsabilidade contra o administrador que lhe causou dano. A doutrina costuma designar essa ação como ação social *ut universi*¹²⁰.

Já o §3º traz o primeiro exemplo de substituto processual. Uma vez aprovado o ajuizamento da ação contra o administrador pela assembleia geral, caso a companhia permaneça

¹¹⁷ A hipótese mais límpida de substituição processual, no Código de Processo Civil, é a do adquirente do bem litigioso, quando não ingressa na relação em sucessão à parte originária: o alienante prossegue no processo, agora como seu substituto processual, porque o interesse substancial no litígio pertence àquele e não mais a este" (DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil*. *Op. Cit.* p. 398).

¹¹⁸ "...(h)á também o caso da substituição processual ulterior decorrente da alienação da coisa ou do direito litigioso, consagrado no art. 109, §3º, do CPC, segundo o qual a sentença transitada em julgado *atingirá* não só as partes originárias do processo, mas também o terceiro que seja adquirente ou cessionário do direito ou coisa litigiosa" (DIDIER JR., Freddie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. *Op. Cit.* p. 672).

¹¹⁹ "[S]e o terceiro ingressar no processo no lugar do cedente ou intervier na qualidade de assistente (art. 109, §2º, CPC), a coisa julgada se lhe estende normalmente, sem qualquer peculiaridade, tendo em vista que, dessa forma, o terceiro se transformaria em parte" (*Idem*).

¹²⁰ EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. 2., p. 412.

inerte no prazo de três meses, qualquer acionista será legitimado extraordinário para propositura da demanda, substituindo a sociedade. Essa ação também é chamada de ação social *ut singuli* derivada¹²¹.

Por fim, o §4º prevê que mesmo se a assembleia não deliberar pela persecução da ação, ainda assim um acionista poderá atuar como substituto processual da companhia, desde que tenha, no mínimo, participação equivalente a 5% do capital social. A doutrina dá a essa ação o nome de ação social *ut singuli* originária¹²².

O legislador foi cuidadoso em estabelecer diferentes legitimidades a depender do resultado da deliberação assemblear sobre o ajuizamento da ação. Se deferida a propositura da demanda, com subsequente inércia da companhia, qualquer acionista poderá atuar como substituto. E mesmo se indeferida, ainda assim o acionista minoritário poderá demandar em nome da companhia, desde que tenha participação correspondente a 5% ou mais do capital social. Conforme entendem Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira¹²³, essas previsões se prestam a endereçar um problemático “*fato da vida*”: existe uma tendência não desprezível de a companhia não tomar qualquer medida contra seus administradores, que “*não raro se confundem com os próprios acionistas da companhia e mesmo seus controladores*”.

Analizando a lei societária, percebe-se que existe uma tentativa de contrabalançar essa problemática tendência através da substituição processual sem, todavia, permitir a instrumentalização da ação de responsabilidade como um conduite para demandas temerárias. É por isso que, enquanto se possibilita ao acionista que ingresse com a demanda mesmo em caso de rejeição pela assembleia, é estabelecido um parâmetro objetivo, razoavelmente restritivo, para a legitimação extraordinária nesse caso (titularidade mínima de 5% do capital social da companhia)¹²⁴.

¹²¹ *Idem.*

¹²² *Idem.*

¹²³ LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **Direito das Companhias**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 899

¹²⁴ “É previsão de todo pertinente em razão da dificuldade prática e mesmo da eventual falta de vontade que a maioria pode ter para propor uma ação contra os administradores que ela elegeu. Justifica-se essa autorização não só por este fato, mas também porque, não tendo o acionista ação individual para recompor dano indireto, somente para obter resarcimento do dano direto, é importante que se lhe atribua um instrumento processual que autorize a, não o fazendo a própria companhia, recompor indiretamente o seu patrimônio. O modelo, todavia, não é imune a preocupações relacionadas ao eventual e mesmo encontradizo uso indevido de ações de responsabilidade como meio de pressão sobre a maioria e os administradores da companhia, que se notabilizaram no direito norte-

Essa arquitetura legal para endereçar os incentivos para a eventual não persecução de ressarcimento pela própria companhia, seja através de inércia para a propositura da demanda já aprovada em assembleia, seja através de rejeição da matéria no conclave, reflete, em boa medida, uma preocupação do legislador com a *adequação* da representação dos interesses sociais em juízo e, de certo modo, com a tutela adequada e efetiva dos direitos em questão.

Esse é um ponto de relevante destaque, tendo em vista que, no Brasil, costuma-se falar em representatividade adequada apenas na temática das ações coletivas quando, na verdade, essa é uma questão que deveria necessariamente estar atrelada a qualquer discussão sobre a extensão da coisa julgada a terceiros. O conceito de representatividade adequada será oportunamente descrito no próximo capítulo desta dissertação, mas deve ser adiantado que a disciplina da legitimidade extraordinária no caso das ações sociais do art. 159 da Lei n. 6.404/76 é um claro exemplo de controle do representante adequado em situações alheias a ações coletivas.

Cabe complementar que o art. 246 da Lei n. 6.404/76, ao disciplinar a ação de responsabilidade da companhia controlada contra a sociedade controladora, prevê um sistema semelhante ao da ação social *ut singuli* originária, determinando que o legitimado deverá ter 5% ou mais do capital social ou, alternativamente, deve prestar caução pelas custas e honorários de sucumbência. Novamente há, aí, uma simultânea preocupação em fornecer instrumentos para ressarcimento de prejuízos pela companhia ao mesmo tempo em que se busca vedar lides temerárias.

O art. 291 da Lei n. 6.404/76 estabelece que a Comissão de Valores Mobiliários poderá reduzir a porcentual mínimo necessário previstos nos arts. 159, § 4º e 246, §1º, a, da Lei n. 6.404/76, mediante fixação de escala em função do capital social, o que é feito atualmente por meio da Resolução CVM nº 70/2022. O referido normativo reduz a exigência para até 1% do capital social, nos casos de companhias com capital social acima de 10 bilhões de reais.

americano como as *strike suits*" (*Idem*, p. 900). Veja-se que os autores estabelecem que a legitimidade extraordinária do acionista seria, ainda, uma espécie de contrapartida pela ausência de legitimação do acionista para buscar a reparação pelos prejuízos indiretos que sofreu na qualidade de sócio. Negar a possibilidade de substituição processual da companhia seria equivalente a negar ao acionista qualquer instrumento processual para reparação dos danos causados, situação certamente dissonante do direito constitucional do jurisdicionado à tutela adequada e efetiva (art. 5º, XXXV, da Constituição).

Mais interessante do que as regras previstas é a lógica do debate que orientou a edição da Resolução CVM nº 70/2022. No relatório da audiência pública conduzida pela Comissão de Valores Mobiliários, a autarquia buscou refinar o equilíbrio entre fornecer os instrumentos processuais necessários para a busca dos interesses sociais e o risco de demandas temerárias. Em suas conclusões, justificou a necessidade de diminuir os percentuais mínimos exigidos pela lei como parte de esforços regulatórios para aumentar o *enforcement* privado no mercado de capitais, tendo estabelecido, ainda, que não há provas de que a flexibilização dessa exigência produziria um aumento de litigância abusiva¹²⁵. Percebe-se, novamente, uma lógica que busca o equilíbrio ótimo entre a tutela adequada e efetiva dos direitos *versus* a inibição de demandas abusivas, consistente em delimitar, para essa finalidade, quem seriam os *representantes adequados* para substituir a companhia.

Encerrada a delimitação dos aspectos específicos atinentes às ações sociais da Lei n. 6.404/76, é pertinente apontar uma inovação do art. 18 do CPC de 2015 em relação ao seu equivalente no CPC de 1973. Trata-se da alteração das possíveis fontes normativas da legitimidade extraordinária. Se o art. 6º do diploma processual anterior excepcionava as hipóteses de substituição processual quando “*autorizado por lei*”, o art. 18 do atual código estipula que as exceções serão autorizadas pelo “*ordenamento jurídico*”. A nova disciplina legal reforça situações como a exposta acima, em que uma autarquia reguladora aumentou o rol de legitimados extraordinários para ações sociais, ainda que nessa hipótese específica já houvesse a outorga de poder para tanto pela lei (art. 291 da Lei n. 6.404/76).

A diferença na redação também abre caminho para ponderar se é possível estabelecer legitimidade extraordinária por meio de pacto negocial, fazendo uma leitura conjunta do disposto no art. 18 do CPC com o constante do art. 190 da lei processual¹²⁶, que

¹²⁵ “É importante registrar que as propostas do Grupo de Trabalho abordam outros obstáculos mencionados pelos participantes para o ajuizamento de demandas, como o desequilíbrio entre os ônus individuais a serem suportados pelo acionista em caso de insucesso e os benefícios coletivos em caso de êxito. Isso porque a CVM reconhece que esses outros obstáculos existem e, portanto, concorda que a redução dos percentuais de participação ora em discussão não representa uma resposta completa e exaustiva aos empecilhos para o desenvolvimento de mecanismos de **enforcement** privado no mercado de capitais. No entanto, a redução desses percentuais pode ser uma ferramenta complementar às outras iniciativas em desenvolvimento. Não há evidências de que o efeito combinado desses esforços em múltiplas frentes venha a resultar em estímulo a iniciativas oportunistas e contrárias ao interesse social, dado que atualmente ações judiciais movidas por acionistas são pouco comuns” (Relatório de Análise da Audiência Pública SDM nº 07/19 – Processo SEI nº 19957.009455/2019-38, disponível em: https://conteudo.cvm.gov.br/audiencias_publicas/ap_sdm/2019/sdm0719.html)

¹²⁶ Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

consagrou a atipicidade do negócio jurídico processual. Sendo o negócio jurídico fonte normativa, ele integra o ordenamento¹²⁷.

Trazendo a questão para o contexto do mercado de capitais, um possível reflexo dessa disciplina é que a própria companhia possa eventualmente regular as hipóteses de sua substituição processual em estatuto social, ampliando o rol de legitimados para além do disposto em lei e pela regulação da Comissão de Valores Mobiliários. Uma sociedade por ações com capital social inferior a 10 bilhões de reais poderia, por exemplo, diminuir voluntariamente o limite do art. 159, §4º, da Lei n. 6.404/76 para 1% do capital social, aderindo ao regime mais permissivo previsto pela Resolução CVM nº 70/2022.

Não se tem notícia de nenhuma cláusula desse tipo em estatutos de companhias abertas, mas seu uso pode propiciar uma melhoria na governança corporativa, incrementando instrumentos já disponíveis para o ressarcimento, ainda que indireto, dos acionistas.

Também pode ser útil que fundos de investimentos disciplinem essa questão em seus respectivos regulamentos. Não há regra expressa de substituição processual para que cotistas de fundos de investimentos atuem como legitimados extraordinários para ajuizamento de ações reparatórias contra administradores ou gestores que lhes causaram prejuízos, à semelhança do sistema existente na Lei n. 6.404/76. Essa questão pode ser especialmente sensível para investidores de fundos pois, a rigor, eles não possuem legitimidade para pleitear ressarcimento por danos *indiretos* decorrentes de danos *diretos* causados ao fundo. Assim, a inserção de uma cláusula em seus regulamentos prevendo uma sistemática semelhante à da lei societária tornaria mais robusta a tutela adequada e efetiva de cotistas de fundos de investimentos prejudicados por seus administradores ou gestores. Mesmo que se admita sua legitimidade para propor ações em nome próprio por prejuízos causados ao fundo de investimento – o que contraria o art. 18 do CPC – a substituição processual poderia auxiliar na efetividade do processo, pois favoreceria a concentração de demandas em um único litígio, mitigando a insegurança jurídica e os custos característicos da litigância pulverizada.

¹²⁷ “O art. 18 do NCPC exige, para atribuição da legitimação extraordinária, autorização do ‘ordenamento jurídico’, e não mais da lei. Além disso, o art. 189 do NCPC consagrou a atipicidade da negociação processual – o tema foi tratado no capítulo sobre a teoria dos fatos jurídicos processuais. Negócio jurídico é fonte de norma jurídica, que, por isso mesmo, também compõe o ordenamento jurídico. Negócio jurídico pode ser fonte normativa da legitimação extraordinária” (DIDIER JR, Fredie. Fonte Normativa da Legitimação Extraordinária no Novo Código de Processo Civil: a Legitimação Extraordinária de Origem Negocial. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 56, p. 137-143, abr./jun. 2015, p. 139).

Passada essa digressão, tem-se que, para as hipóteses de substituição tratadas nesta oportunidade, a coisa julgada se formará não só sobre o substituto, mas também sobre o substituído. Eduardo Talamini¹²⁸ novamente adverte que é necessário preencher requisitos para tanto, a fim de que não sejam violados o contraditório e a ampla defesa:

“(i) se o sujeito teve a prévia oportunidade de exercer a ação e não o fez, é razoável que, em certos casos, a lei atribua a legitimidade a outrem para atuar em juízo e vincular o substituído. Afinal, se a lei poderia até prever a perda do direito ou da pretensão, pelo decurso do tempo, não há o que impeça essa outra solução, menos grave; ou (ii) se o sujeito tinha (ou, conforme parâmetros razoável diligência, *deveria ter*) ciência do processo em que ocorria sua substituição, também é legítimo que a coisa julgada o atinja, (iii) especialmente nessa segunda hipótese, a extensão da coisa julgada ao substituído fica ainda condicionada à possibilidade de ele, querendo, participar do processo como assistente”

Essas exigências são, de fato, oportunas. Diferentemente do que se dá com os casos de sucessão processual, a ciência da ação pelo substituído não é algo inerente ao instituto. Ainda que seja improvável que o substituído não venha tomar nota da demanda iniciada em seu nome, exigir sua ciência ou a disponibilização de meios para tanto, é questão imperativa a fim de vinculá-lo à coisa julgada. O mesmo se diz em relação a possibilidade de facultá-lo a participação no processo. Esses dois requisitos são fundamentais para que o substituído possa intervir, caso entenda que seus interesses não estão sendo adequadamente representados em juízo. Estender a coisa julgada sem dar essa oportunidade corresponderia a efetivamente violar seu direito ao contraditório e à ampla defesa, o que não se pode admitir.

2.5 Instrumentos de tutela coletiva: ações coletivas e o IRDR

2.5.1 A legitimidade extraordinária e a substituição processual nas ações coletivas

A legitimidade extraordinária e a substituição processual são um fenômeno que também se manifesta, com frequência, nas ações coletivas. Apesar de se tratar do mesmo instituto descrito no subcapítulo anterior, a legitimidade extraordinária na ação coletiva é descrita em separado em razão de suas diferentes consequências para o substituído. Diferentemente do que ocorre com as situações de substituição não coletivas, em que a extensão da *res iudicata* ocorre *pro et contra*, a coisa julgada coletiva não se estende ao terceiro não

¹²⁸ TALAMINI, Eduardo. Partes, Terceiros e Coisa Julgada. *Op. Cit.* p. 224.

participante do processo, salvo se for para beneficiá-lo. Ou seja, os procedimentos coletivos não constituem exceção ao art. 506 do CPC, ao menos no que diz respeito aos substituídos.

De todo modo, antes da vigência do atual diploma processual, a coisa julgada na ação coletiva destoava da regra geral do CPC de 1973 que, conforme já dito, previa que a *res iudicata* se formava apenas entre as partes “*não beneficiando, nem prejudicando terceiros*”. Já havia, no entanto, previsão legal para excepcionar a coisa julgada coletiva da regra geral, conforme o constante do art. 103 do CDC.

Aliás, é importante tomar nota de que, ao contrário do que se poderia intuir, a disciplina do CDC, no que diz respeito à tutela de direitos coletivos, não se restringe a demandas consumeristas. Na verdade, o CDC é uma fonte normativa fundamental do chamado microssistema das ações coletivas, expressão usada na doutrina para designar o conjunto de leis que disciplinam a tutela coletiva no ordenamento brasileiro.

Além da lei de consumo, compõem esse microssistema a Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65), a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), a Lei de Ação Civil Pública do Mercado de Capitais (Lei nº 7.913/89), a Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/09) – no que diz respeito ao mandado de segurança coletivo –, entre outras leis esparsas¹²⁹. A coexistência desses diplomas legais como componente de um mesmo sistema foi viabilizada pelo constante dos arts. 90¹³⁰ e 117¹³¹ do CDC, acrescentando o art. 21 à já existente Lei da Ação Civil Pública¹³².

Dentro dessa lógica de microssistema, o CDC é uma espécie de “Código do Processo Coletivo Brasileiro”, para tomar emprestada a expressão cunhada por Freddie Didier e Hermes Zaneti Jr.¹³³. De fato, é o diploma consumerista que estabelece os conceitos de direitos

¹²⁹ Sobre a interação entre esses e outros diplomas legais como um microssistema: “[a] lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microssistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se” (STJ, REsp. 510.150/MA, 1^a Turma, Min. Rel. Luiz Fux, j. 17.02.2004).

¹³⁰ Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.

¹³¹ Art. 117. Acrescente-se à Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, o seguinte dispositivo, renumerando-se os seguintes:

¹³² Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

¹³³ DIDIER JR. Freddie; ZANETI JR., Hermes. *Op. Cit.* p. 68

coletivos, dividindo-os em três espécies: direitos difusos (art. 81, I, CDC), direitos coletivos *stricto sensu* (art. 81, II, CDC) e direitos individuais homogêneos (art. 81, III, CDC).

Os direitos difusos são aqueles de natureza transindividual e indivisível, “pertencem à coletividade como um todo, sendo esse agrupamento formado por sujeitos indeterminados (...) e, ademais, indetermináveis”¹³⁴. Um exemplo típico é o direito à preservação do meio ambiente, que não possui uma dimensão individual, sendo *indetermináveis* os sujeitos que dele usufruem.

Os direitos coletivos *stricto sensu* também são transindividuais, mas pertencem a um grupo de sujeitos *determináveis*, unidos pela existência de um vínculo anterior ao conflito ou à lesão causada¹³⁵. Seus titulares são identificáveis, mas apenas até o nível de um grupo, classe ou qualquer outra espécie de vínculo associativo. São direitos pertencentes a uma categoria¹³⁶.

Por fim, há os direitos individuais homogêneos. Diferentemente dos dois casos anteriores, esses direitos podem ser identificados a nível individual. Em todo caso, ao mesmo tempo, fazem também parte de um grupo. A distinção entre esse tipo de grupo e o grupo do direito coletivo *stricto sensu* é que o grupo dos titulares de direitos individuais homogêneos se forma *após* ou, *em razão da* lesão causada. É um grupo de vítimas gerado por um ato lesivo comum, compartilhando, nessa gênese, aspectos fáticos e jurídicos homogêneos. Essa homogeneidade torna preferível seu tratamento unificado através de uma ação coletiva em lugar da pulverização de ações individuais idênticas. Possuem, portanto, uma *superioridade* da forma de tutela coletiva em relação à esfera individual¹³⁷, inclusive por questões de gerenciamento de

¹³⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PORTO, José Roberto Mello. **Manual de Tutela Coletiva**. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 302.

¹³⁵ *Idem*, p. 303.

¹³⁶ “Portanto, para fins de tutela jurisdicional, o que importa é a possibilidade de identificar um grupo, categoria ou classe, vez que a tutela se revela indivisível, e ação coletiva não está ‘à disposição’ dos indivíduos que serão beneficiados” (DIDIER JR. Freddie; ZANETI JR., Hermes. *Op. Cit.* p. 91)

¹³⁷ “Para além desses dois requisitos (origem comum e homogeneidade), há quem sustente, com inspiração nas class actions for damages do direito norte-americano (Rule 23, b-3, das Federal Rules de 1966), um terceiro: a superioridade da tutela coletiva, no que diz respeito à justiça e à eficácia da decisão³⁶⁰. Assim, apenas haveria interesse de agir em um processo coletivo capaz de gerar solução efetiva, com utilidade prática, nos moldes, inclusive, da norma fundamental estatuída pelo art. 4º do Código de Processo Civil” (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PORTO, José Roberto Mello. *Op. Cit.*, p. 305).

estoques de processos (“*case management*”) pelo Poder Judiciário¹³⁸ e como melhor ferramenta para providenciar uma tutela adequada e efetiva.

As diferentes leis que compõem o microssistema de ações coletivas vão definir diferentes legitimados extraordinários para representar a coletividade¹³⁹, efetiva titular do direito material discutido. No caso da ação popular, qualquer cidadão é considerado legitimado para representar o interesse do patrimônio público (art. 1º da Lei nº 4.717/65). Já no regime da ação civil pública, são considerados legitimados o Ministério Público, a Defensoria Pública, os diferentes entes federativos, autarquias, fundações, empresas públicas ou sociedades de economia mista e associação civil constituída há pelo menos um ano e que tenha a proteção do direito envolvido como sua finalidade institucional (art. 5º da Lei nº 7.347/85). No caso específico da ação civil pública do mercado de capitais, são legitimados o Ministério Público e a Comissão de Valores Mobiliários.

Costuma ser dito que a previsão de legitimados extraordinários pela lei seria uma manifestação de controle *ope legis* da representatividade adequada no direito brasileiro. Isto é, seria uma forma de o legislador garantir que os direitos coletivos serão representados por um agente capaz de adequadamente defender os interesses da coletividade em juízo. A meu ver, a afirmação é muito limitada, e diminui a importância do conceito da adequada representação. Elaboro a respeito através das razões expostas no Capítulo 3.

Por falar em coisa julgada, os diferentes tipos de direito coletivo conduzem a diferentes formas de formação da coisa julgada e de sua extensão a terceiros. O CDC é expresso nesse sentido, disciplinando cada hipótese em seu art. 103, abaixo transscrito na íntegra em razão de sua inequívoca relevância para compreensão deste tópico:

¹³⁸ “As ações coletivas promovem economia de tempo e de dinheiro não somente para o grupo-autor, como também para o Judiciário e para o réu. Para o grupo-autor, a economia proporcionada pela tutela coletiva é manifesta. Afinal, tanto o custo absoluto de litigar a controvérsia coletiva é reduzido à despesa de uma única ação, como tais despesas podem ser rateadas proporcionalmente entre os membros do grupo. A possibilidade de julgar em um único processo uma controvérsia complexa envolvendo inúmeras pessoas, por outro lado, representa uma notável economia para o Judiciário, que se desembaraça de uma grande quantidade de processos repetitivos. Como disse Stephen Yeazel, as ações coletivas são uma espécie de “aspirador de pó judicial”, que suga ações individuais semelhantes e alivia o trabalho dos tribunais” (GIDI, Antonio. **A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: As ações coletivas em uma perspectiva comparada.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 26)

¹³⁹ Nem sempre a legitimidade das ações coletivas será de natureza extraordinária, conforme advertem Fredie Didier e Hermes Zanetti Jr.: “é possível cogitar, ao menos no direito brasileiro, uma ação coletiva ajuizada pela própria comunidade envolvida: a ação proposta pelas comunidades indígenas: art. 37 da Lei Federal nº 6.001/1973 (Estatuto do Índio)” (DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Op. Cit.* p. 37).

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

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

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

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

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

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

§ 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.

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

Como se vê, nas ações coletivas envolvendo direitos difusos ou coletivos *stricto sensu*, a coisa julgada se forma *secundum eventum probationis*. Isto é, apenas ocorre em decisões prolatadas com suficiência de provas. No caso de ação ser julgada improcedente por falta de provas, não se forma coisa julgada e qualquer legitimado, aí incluso o derrotado na primeira ação, poderá propor a demanda novamente, munido de prova nova¹⁴⁰. Se, por outro lado, a demanda for julgada procedente ou improcedente com esgotamento probatório, a

¹⁴⁰ “Além disso, é requisito a prova substancialmente nova, não bastando a formalmente nova. Assim, deve a prova ser, ao menos na avaliação superficial do juiz da segunda ação, aparentemente capaz de gerar um julgamento favorável, ainda que, ao final do processo, se convença no sentido da improcedência. Reunidas tais exigências, poderá haver propositura de nova ação coletiva de conhecimento, ainda que pelo próprio legitimado coletivo que ajuizou a anterior e independentemente de anterior rescisão do decidido na primeira demanda” (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PORTO, José Roberto Mello. *Op. Cit.*, p. 172)

decisão se tornará indiscutível na esfera coletiva, não podendo ser reproposta por outro colegitimado. Em qualquer caso, porém, ela só será estendida a terceiro no nível individual se for para beneficiá-lo (art. 103, §1º, do CDC).

Ainda sobre os direitos difusos ou coletivos, a legislação distingue a coisa julgada como *erga omnes* para os primeiros e como *ultra partes* para os segundos. Essa distinção se dá porque enquanto a coisa julgada *erga omnes* se refere à coletividade indiscernível que caracteriza os direitos difusos, a coisa julgada *ultra partes* atinge somente o grupo determinável titular do direito coletivo *stricto sensu*. A bem da verdade, essa diferença de nomenclatura parece pouco útil¹⁴¹. O que importa é que, nos dois casos, a coisa julgada se projeta para fora das partes do processo, afetando terceiros nos termos delineados pelo parágrafo anterior.

Já no caso dos direitos individuais homogêneos, há um tratamento legal apartado. De início, percebe-se que inexiste referência à formação de coisa julgada coletiva, havendo apenas disciplina de sua extensão a terceiros, novamente autorizando-a apenas para beneficiários. Freddie Didier e Hermes Zanetti Jr. entendem que se trata de lacuna legislativa e orientam pela sua solução através de equiparação ao tratamento dado aos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*¹⁴². Nesse caso, também seria formada coisa julgada *pro et contra* no âmbito coletivo sempre que a decisão fosse julgada com suficiência de provas, vinculando os demais legitimados extraordinários. Já Antonio Gidi é da opinião de que a decisão poderia atingir os outros legitimados mesmo que fosse por insuficiência de provas¹⁴³. Eduardo Talamini, por sua vez, entende que a decisão de improcedência somente formaria coisa julgada *inter partes* sem vincular os demais não participantes do processo¹⁴⁴.

Há precedente do STJ sobre o tema, consistente no julgamento do REsp. 1.302.596-SP, também conhecido como “Caso Vioxx”. Na ocasião, prevaleceu o voto do Min. Paulo de Tarso Sanseverino que entendeu pela formação de coisa julgada *pro et contra* na ação coletiva,

¹⁴¹ DIDIER JR. Freddie; ZANETI JR., Hermes. *Op. Cit.* p. 475.

¹⁴² *Idem*, p. 478.

¹⁴³ “Na improcedência da ação coletiva em defesa de direito individual homogêneo não ocorre exatamente o mesmo, porque os direitos em jogo são individuais e divisíveis, apenas tratados coletiva e indivisivelmente devido à origem comum. Nesses casos, apenas a tutela coletiva do direito individual fica trancada; porque a tutela individual do direito individual, como vimos, é irremovível do cidadão por uma garantia constitucionalmente assegurada (CF, art. 5º, XXXV)” (GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 139-142).

¹⁴⁴ “A interpretação mais adequada do dispositivo é a seguinte: a abrangência *erga omnes* ocorre apenas no caso de procedência; porém, configura-se a coisa julgada, *inter partes*, em qualquer hipótese de sentença de mérito” (TALAMINI, Eduardo. Partes, Terceiros e Coisa Julgada. *Op. Cit.* p. 239).

estendendo-se aos demais legitimados extraordinários, mesmo quando houver julgamento de improcedência por insuficiência de provas. Isso não afasta, contudo, a possibilidade de os titulares do direito perseguirem suas respectivas demandas na esfera individual¹⁴⁵. O entendimento foi reforçado em outro julgado do STJ, mais recente¹⁴⁶.

Disso se conclui que, em qualquer situação, para qualquer modalidade de direito coletivo, a coisa julgada não será estendida ao nível individual. O resultado obtido pelo substituto processual não vincula o substituído em caso de derrota, diferentemente do que ocorre nas hipóteses não coletivas de substituição. Ou seja, o titular do direito é imunizado da imutabilidade da decisão da ação coletiva e poderá demandar individualmente, havendo um estímulo para pulverização de demandas.

Note-se, porém, que a coisa julgada coletiva se forma *pro et contra*. Ou seja, a decisão favorável ou desfavorável vincula os demais substitutos processuais. É sua extensão para o titular individual que ocorre *secundum eventum litis*¹⁴⁷.

Por essa razão, as ações coletivas são alvo de críticas por parte da doutrina. Antonio Gidi critica a opção legislativa pela extensão da coisa julgada ao substituído apenas *secundum eventum litis*, em razão de sua ineficiência¹⁴⁸, inclusive porque, em sua visão, impediria a

¹⁴⁵ “Em resumo, a teor do artigo 103, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, nas ações coletivas intentadas para a proteção de interesses ou direitos individuais homogêneos, a sentença fará coisa julgada erga omnes apenas no caso de procedência do pedido. No caso de improcedência, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual. Não há espaço, portanto, para falar em repositura de nova ação coletiva, mas tão somente em resguardo do direito individual dos atingidos pelo evento danoso” (STJ, REsp. 1.302.596/SP, 2^a Seção, Min. Rel. p/ acórdão Paulo de Tarso Sanseverino, j. 09.12.2015)

¹⁴⁶ “Também é certo que a coisa julgada formada nas ações coletivas fundadas em direitos individuais homogêneos é estabelecida pela legislação (art. 103, III, do CDC), que preceitua: Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: (...) III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81. Portanto, proposta uma ação coletiva fundada em direitos individuais homogêneos, já se sabe que a sentença irá formar coisa julgada *pro et contra* em relação aos legitimados coletivos, entretanto terá efeitos *erga omnes* no caso de procedência do pedido (*secundum eventum litis*)” (STJ, REsp. 1.438.263/SP, 2^a Seção, Min. Rel. Raul Araújo, j. 28.04.2021)

¹⁴⁷ “a sentença coletiva *desfavorável* ao grupo faz coisa julgada *pro et contra*, vinculando o grupo titular da pretensão deduzida em juízo. A via coletiva estará definitivamente preclusa e nenhum dos co-legitimados poderá propor a mesma demanda coletiva em tutela do mesmo direito de grupo, seja ele difuso, coletivo ou individual homogêneo” (GIDI, Antonio. **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo**: A codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 289)

¹⁴⁸ “A coisa julgada *secundum eventum litis*, ou melhor, a extensão *secundum eventum litis* da coisa julgada, não é inconstitucional; ela é, simplesmente, uma péssima opção de política legislativa. Embora constitucional, a coisa julgada *secundum eventum litis* é uma técnica covarde, imatura e ineficiente” (Idem, p. 292)

realização de acordos coletivos¹⁴⁹. Já Sérgio Cruz Arenhart enfatiza o desequilíbrio que a regra gera para as partes do conflito, destacando que “*o réu de uma ação coletiva sobre interesses individuais homogêneos nunca pode considerar-se, de fato, vencedor na demanda; ele apenas deixa de ‘perder’ o litígio na sua dimensão coletiva, devendo então enfrentar a mesma discussão no plano individual*”¹⁵⁰.

Também em tom crítico a esse sistema, no caso específico das ações coletivas no mercado de capitais, o estudo recente conduzido pela OCDE em conjunto com a Comissão de Valores Mobiliários mencionado no início desta dissertação incluiu como sugestão de aprimoramento dessa forma de tutela a possibilidade de extensão da coisa julgada *erga omnes* a terceiros qualquer que seja o resultado do litígio¹⁵¹.

Para Fredie Didier e Hermes Zaneti Jr., a questão da não vinculação do legitimado ordinário ao resultado de improcedência da ação coletiva foi resolvida, “*em grande parte*”, pelo IRDR¹⁵², ainda que por meio de outro tipo de estabilidade. Em vez de vinculados pela coisa julgada, os legitimados ordinários passam a ser vinculados pelo precedente (art. 927 do CPC).

Para melhor compreensão desse argumento, é importante analisar o instituto do IRDR em apartado, conforme a seguir.

2.5.2 A estabilidade da decisão em IRDR: precedente ou coisa julgada?

Assim como ocorre com a ação coletiva, o IRDR é um mecanismo de litigância agregada, inserindo-se como instrumento de tutela coletiva¹⁵³. Isso não quer dizer, porém, que

¹⁴⁹ “(...a extensão da coisa julgada *secundum eventum litis* não permite acordos coletivos, pelo menos nos casos de direitos individuais homogêneos. E o motivo é óbvio: o fato de a coisa julgada vincular o grupo somente para beneficiar os seus membros, conflita com o fato de que acordo, por definição, é feito de concessões mútuas” (*Idem*).

¹⁵⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. E-book Kindle. p. 389-390.

¹⁵¹ (OECD, “Private enforcement of shareholder rights: A comparison of selected jurisdictions and policy alternatives for Brazil”, 2020, disponível em: [chrome-extension://efaidnbmnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.oecd-ilibrary.org/fr/private-enforcement-of-shareholder-rights_5ec8b8d7-en.pdf?itemId=%2Fcontent%2Fpublication%2F5ec8b8d7-en&mimeType=pdf](https://www.oecd-ilibrary.org/fr/private-enforcement-of-shareholder-rights_5ec8b8d7-en.pdf?itemId=%2Fcontent%2Fpublication%2F5ec8b8d7-en&mimeType=pdf). p. 131.

¹⁵² DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Op. Cit.*.. p. 490

¹⁵³ *Idem*, p. 42. Em sentido diverso, entendendo que o IRDR não compõe o sistema de tutela coletiva: TEMER, Sofia Orberg. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 2015. 242 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - UERJ, Rio de Janeiro, 2015.

se trate propriamente de uma demanda, quer seja de natureza coletiva, quer seja de natureza individual. Sua natureza procedural é de incidente, dotado de peculiaridades¹⁵⁴.

Tais peculiaridades, instigantes que sejam, extrapolam o objeto deste estudo. O que interessa para a análise aqui empreendida é unicamente investigar a natureza da estabilidade¹⁵⁵ gerada pela decisão no IRDR e a sua relação com a solução de litígios repetitivos e multitudinários. Até porque essa investigação é uma importante forma de sublinhar as diferenças da vinculação pela coisa julgada da vinculação pelo precedente.

A doutrina dominante enquadra a decisão proferida no IRDR como precedente, com base na disciplina do art. 927 do CPC, que expressamente prevê esse a decisão prolatada nesse incidente no rol de decisões que os juízes e os tribunais “*deverão observar*” (art. 927, III, do CPC). Esse dispositivo faz parte da sistematização dos precedentes no Brasil¹⁵⁶ e contém os precedentes considerados vinculantes. Para melhor compreensão do tema, é necessário fazer uma digressão explicando o funcionamento, de forma sintética, do sistema de precedentes.

A noção de precedente vinculante no direito brasileiro é, em certa medida, uma importação do princípio do *stare decisis* da jurisdição de países da *common law*, que viabiliza a sistemática dos precedentes¹⁵⁷⁻¹⁵⁸. Trata-se do princípio de que uma orientação firmada no

¹⁵⁴ “O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, como a denominação já indica, não se trata de uma demanda individual ou coletiva, mas, sim, de um incidente processual (...) Mas, mesmo como incidente processual, possui peculiaridades significativas” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 101).

¹⁵⁵ Aqui compreendida na acepção de Antonio do Passo Cabral, no sentido de que estabilidades são um conjunto de fenômenos jurídicos de que faz parte a coisa julgada e outros tipos de preclusão, definidas como espécies de estabilidade (CABRAL, Antônio do Passo. *Op. Cit.*, p. 314). Pressuposto desse entendimento é a premissa de que todos os atos estatais são, em alguma medida, estáveis, mas não necessariamente imutáveis, como a coisa julgada (*Idem*, p. 310-311).

¹⁵⁶ “Fala-se em sistema de precedentes porque o novo CPC traz um conjunto normativo que disciplina a criação (p.e. *caput* do art. 927 do NCPC), a aplicação (p.e. art. 489, §1º, inciso V, do NCPC) e a superação do precedente (p.e. §§ 2º, 3º e 4º do art. 927 do NCPC)” (CRAMER, Ronaldo. A Súmula e o Sistema de Precedentes do Novo CPC. **Revista EMERJ**, v. 20, n. 2, p. 312-324, maio/agosto, 2018, p. 312)

¹⁵⁷ “Na verdade, a instituição do *stare decisis* pode ser vista como um elemento de balanceamento da falta de sistematicidade do *common law*. Se a doutrina da tradição do *civil law* supunha que a sua sistematicidade era uma garantia de segurança jurídica, o *common law* adotou o *stare decisis* como meio para atenuar a sua menor racionalidade e pouca previsibilidade” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatorios**. 6. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. *E-book*. p. 48-49)

¹⁵⁸ “A doutrina do *stare decisis* na cultura legal dos Estados Unidos determina que, uma vez que uma Corte de recurso no estadual ou federal selecionou um de direito para usar no caso diante dela para ser decidido, por voto da maioria, dessa forma estabelecendo o precedente do caso, a Corte continuará a aderir àquele precedente, aplicando-o a casos futuros nos quais os fatos relevantes para fins decisórios sejam substancialmente os mesmos, mesmo quando as partes não são mais as mesmas” (COLE, Charles D. *Precedente Judicial - A Experiência Americana*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 92, p. 71-83, Out. 1998. p. 71)

escopo de um precedente vinculante deve ser seguida por todos os tribunais hierarquicamente inferiores àquele que proferiu a decisão. O precedente é considerado vinculante quando decidido por maioria de votos em um órgão jurisdicional que tenha competência dentro da circunscrição territorial em referência¹⁵⁹. Nos Estados Unidos, por exemplo, uma decisão por parte do tribunal de última instância do Estado de Nova Iorque não será vinculante para os tribunais do Estado de Virgínia. Nesse caso, o precedente terá força meramente persuasiva e não vinculativa.

É importante registrar que, mesmo em se tratando dos precedentes vinculantes, há trechos do julgado que vinculam e trechos que não vinculam. Apenas os motivos determinantes, também chamados de *ratio decidendi*, da decisão são considerados vinculativos¹⁶⁰. Questões que constem do voto, mas que não se relacionem necessariamente com a motivação que levou ao resultado do julgamento, são chamados de *obiter dictum*¹⁶¹. Na prática, a identificação entre um e outro pode mostrar-se complexa, mas, em linhas gerais, entende-se que a *ratio decidendi* é a pedra fundamental do precedente, sem a qual não seria possível atingir a orientação dada pelo julgado.

Essa diferenciação é extremamente relevante pois é dela que se extrai o valor da orientação firmada pelo precedente enquanto norma jurídica aplicável para todos os casos a ele semelhantes¹⁶². É na *ratio decidendi* da decisão que os mais diversos atores da sociedade em

¹⁵⁹ “Quando o caso análogo foi decidido pela Corte de última instância na jurisdição em que o pesquisador está buscando um precedente, tal caso, *se decidido por maioria de votos*, é um precedente. Em tal situação, o precedente em questão é tido como precedente vinculante quando decidido por uma Corte recursal do sistema estadual ou federal. Se o caso encontrado não for de decisão majoritária, ele será tido como autoridade persuasiva. Tal caso será também autoridade persuasiva se não tiver sido do mesmo foro, dentro do Estado em questão ou da circunscrição judiciária em questão” (*Idem*. p. 76)

¹⁶⁰ “A *ratio decidendi* ou o *holding* correspondem justamente ao entendimento jurídico emergente de um precedente que vinculará a decisão dos casos futuros” (BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU**. Brasília, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016, p. 19).

¹⁶¹ “A propósito, a doutrina do precedente distingue entre *ratio decidendi*, ou seja, a regra de direito que foi posta como fundamento direto da decisão sobre os fatos específicos do caso, e *obiter dictum*, ou seja, todas aquelas afirmações e argumentações que estão contidas na motivação da sentença, mas que, mesmo podendo ser úteis para a compreensão da decisão e dos seus motivos, todavia não constituem parte integrante do fundamento jurídico da decisão” (TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 199, p. 139-149, Set. 2011, p. 143).

¹⁶² “Em outros termos, um precedente é uma decisão judicial, proferida em um determinado processo, cujos fundamentos determinantes são empregados como princípios argumentativos para construir a decisão de outro caso posterior (...) o precedente fornece uma norma universalizável que pode ser aplicada como critério de decisão em casos sucessivos, em função da identidade ou da analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso, enquanto na jurisprudência não se emprega a análise comparativa dos fatos (ao menos na maior parte dos casos), mas se identifica uma norma, que é apresentada como enunciado de caráter genérico” (CÂMARA, Alexandre Freitas. Súmula da Jurisprudência Dominante, Superação e Modulação de Efeitos no Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 264, p. 281-320, Fev. 2017, p. 284).

geral vão se apoiar para a compreensão e aplicação do direito no dia a dia. Isso decorre da própria razão de ser do precedente, sobretudo em países de *common law*, enquanto ferramenta geradora de segurança jurídica e de uniformidade na interpretação da lei.

A norma jurídica gerada pelo precedente, por sua vez, em razão da já mencionada eficácia vinculante (*stare decisis*, nos países de *common law*), é dotada de estabilidade e são poucas as vias adequadas para sua superação. Uma delas é através da própria atividade legislativa, sendo criados enunciados normativos que vão na direção contrária à orientação do precedente. A outra se dá pela atuação dos tribunais, por meio de um fenômeno chamado de superação (*overruling*)¹⁶³. Isso ocorre, principalmente, quando a norma gerada pelo precedente perde sua força vinculante em razão, por exemplo, de mudanças históricas e sociais, não se mostrando mais adequada para regular aquela situação jurídica. O *overruling* é, portanto, um mecanismo que visa a impedir o engessamento do direito, servindo de ferramenta para sua adaptação à atualidade.

Estabelecida a norma jurídica firmada pelo precedente vinculante e explicada a sua estabilidade, convém explicar que a aplicação da orientação firmada no precedente será vinculante apenas em relação a casos análogos ao julgado. Situações que fujam às circunstâncias decididas pelo julgado não se submetem ao precedente em referência. A fim de se evitar a aplicação de um precedente inadequado em um determinado caso concreto, as cortes dispõem da ferramenta da distinção (*distinguishing*)¹⁶⁴. Nesse cenário, o intérprete deverá demonstrar as razões fáticas e jurídicas pelas quais uma dada situação merece tutela diferente daquela constante do precedente invocado, afastando sua aplicação.

Delineados os contornos que, em síntese, traduzem o sistema de precedentes, é importante diferenciar a eficácia gerada pelo precedente em relação à eficácia gerada pela coisa julgada. Como já dito anteriormente, a coisa julgada se traduz pelo efeito preclusivo negativo resultante da imutabilidade de uma decisão judicial transitada em julgado (não se admite preclusão no caso do precedente). Noutras palavras, ela impede que as *partes* de um processo judicial (guardadas as exceções expostas neste capítulo) rediscutam o provimento jurisdicional

¹⁶³ “A lei básica referente ao precedente pode ser mudada pelo legislador, a passagem do tempo e a cultura evolutiva podem tornar o precedente obsoleto, ou a maioria da Corte pode mudar sua filosofia judicial de tal modo que revogue um precedente anterior e estabeleça um novo precedente” (COLE, Charles D. Op. Cit. p. 78).

¹⁶⁴ “A distinção serve justamente para mostrar que não há analogia possível entre os casos, de modo que o caso está fora do âmbito do precedente” (MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: Da Persuasão à Vinculação. 4. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. *E-book*. p. 122).

constante da parte *dispositiva* de uma decisão após seu trânsito em julgado. Relembre-se, também, o já dito no Capítulo 2 quanto aos limites objetivos da coisa julgada: os fatos e os motivos não lhe integram (art. 504, I e II, do CPC).

A vinculação característica do precedente, por sua vez, não é aplicável apenas às partes litigantes no litígio que o gerou. Sua vinculação se dá sobre *todos os casos análogos* que sejam de competência do tribunal que prolatou o precedente e das cortes inferiores. Ademais, não é o dispositivo do julgado que gera a eficácia do precedente e sim os seus *motivos determinantes (ratio decidendi)*, havendo, aí, importância na análise dos fatos e dos motivos da decisão, para fins de definição de sua incidência¹⁶⁵.

Outra importante diferença se dá entre o afastamento da aplicação do precedente e o afastamento da incidência da coisa julgada. O primeiro demanda uma intensa atividade intelectual para a distinção do precedente em relação ao caso análogo, analisando a pertinência e adequação da norma jurídica para a situação concreta em referência. Já o segundo é uma atividade, normalmente, simples, bastando verificar se o litígio em questão possui relação de tríplice identidade (partes, pedido e causa de pedir) com um dado processo em que já tenha havido decisão de mérito transitada em julgado¹⁶⁶.

Feitas essas considerações sobre o sistema de precedentes em geral, percebe-se que o CPC de 2015 buscou incorporar vários aspectos que viabilizam esse modelo. Há, como já visto, referência ao caráter vinculante de precedentes, que deverá ser obedecido pelos tribunais¹⁶⁷. Além disso, existem previsões normativas quanto ao procedimento de distinção¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Ver nota de rodapé nº 161

¹⁶⁶ “Como visto, o precedente pode ser objeto de *overruling* e de *distinguishing*, técnicas que passam longe da coisa julgada sobre questão. A questão objeto da coisa julgada não pode ser redecidida por outro juiz e a parte que a discutiu está proibida de relitigá-la. Uma decisão de questão não pode ser revogada e as particularidades de um caso futuro não podem ser destacadas para a sua aplicação extensiva ou restritiva mediante *distinguishing*” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas** *Op. Cit.* p. 72-73). Apesar de a explicação falar especificamente da coisa julgada sobre questão, a mesma lógica pode ser aplicada à coisa julgada em geral.

¹⁶⁷ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

¹⁶⁸ Art. 1.037. Selecionados os recursos, o relator, no tribunal superior, constatando a presença do pressuposto do caput do art. 1.036 , proferirá decisão de afetação, na qual: I - identificará com precisão a questão a ser submetida a julgamento; II - determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional; III - poderá requisitar aos

Pois bem. Terminada a digressão, voltemos ao IRDR, que, como anteriormente mencionado, consta do rol de precedentes vinculantes do art. 927 do CPC. Em termos de estabilidade gerada pela decisão, a doutrina majoritária encaixa-o como mais uma hipótese de precedente obrigatório, cujo objeto é a solução de *questão de direito idêntica* litigada de forma *repetitiva*¹⁶⁹⁻¹⁷⁰ (art. 985, I e II, do CPC). Não existe um número mínimo de litígios definido pela legislação para que seja caracterizado o requisito da repetitividade. Melhor assim. O uso do conceito jurídico indeterminado dá margem para que o julgador ou o interessado possa suscitar o IRDR conforme essa técnica decisória se revele *superior* e mais vantajosa em relação à litigância pulverizada¹⁷¹.

São essas características do objeto do IRDR – identidade e repetitividade – que, talvez, melhor contribuam para compreender o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni, para quem o IRDR não se trata de precedente e sim de hipótese de coisa julgada sobre questão extensível a terceiro¹⁷².

De acordo com o autor, a análise do julgador quanto à incidência da tese firmada em IRDR em um dado caso concreto é uma operação lógica simples “*em tudo igual àquela que*

presidentes ou aos vice-presidentes dos tribunais de justiça ou dos tribunais regionais federais a remessa de um recurso representativo da controvérsia.

(...)

§ 9º Demonstrando distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo.

¹⁶⁹ Não é necessário que haja identidade entre as demandas propriamente, mas apenas de questões comuns, aí se incluindo questões preliminares ou questões prejudiciais, por exemplo. “Em realidade, o IRDR visa a solucionar *questões repetitivas* e não necessariamente *demandas repetitivas*” (TEMER, Sofia Orberg. *Op. Cit.* p. 45).

¹⁷⁰ Sobre o conceito de demandas repetitivas: “Entende-se, então, por demandas repetitivas aquelas demandas idênticas, seriais, que, em grandes quantidades, são propostas perante o Judiciário. Diz-se que elas são idênticas por terem objeto e causa de pedir idênticas, ainda que mudem as partes” (CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. *Op. Cit.* p. 477)

¹⁷¹ “No direito brasileiro, não se exigiu um número mínimo de requerimentos. Pelo contrário, se permitiu que houvesse a provocação até mesmo de ofício, pelo juiz ou pelo relator. Portanto, o importante é que haja um número suficiente a tornar conveniente a utilização do incidente. Nesse sentido, parece que o direito brasileiro pode e deve, neste aspecto, se socorrer dos critérios que norteiam as class actions norte-americanas e também o Musterverfahren da jurisdição no âmbito administrativo, que apontam para uma análise pragmática em termos de superioridade do instrumento coletivo para que ocorra uma melhor prestação jurisdicional. Os norte-americanos falam em predominância das questões comuns e superioridade das class actions. De modo análogo, deve se analisar o Incidente de Repetição de Demandas Repetitivas, ou seja, quanto à capacidade deste instrumento para ser, de fato, o mecanismo processual mais adequado diante do contexto. Portanto, se a efetiva repetição de processos, que dependam da resolução da questão controversa, não for efetivamente significativa em termos numéricos, o resultado obtido poderá não ser tão relevante, a ponto de compensar as mudanças processuais decorrentes, especialmente a suspensão dos processos e o procedimento especial estabelecido nos tribunais” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**, *Op. Cit.*, p. 107).

¹⁷² A opinião do autor foi brevemente mencionada na nota de rodapé nº 78.

*o juiz é obrigado a fazer quando se depara com arguição de coisa julgada*¹⁷³. Isso porque bastaria identificar que a demanda em análise envolve a *mesma* questão de direito que se repete em outros processos, sendo, portanto, um juízo de *identidade* e não de *semelhança*, como é com o precedente.

Ademais, ainda de acordo com Marinoni, por mais que o art. 986 do CPC preveja que a tese firmada possa ser revista, tal como ocorre com a superação de um precedente, essa revisão não é possível para as demandas já instauradas¹⁷⁴. Mesmo para os processos não iniciados, mas que digam respeito ao mesmo conflito que deu origem à questão repetitiva, o autor diz que a revisão da tese jurídica esbarraria no próprio propósito do IRDR, no sentido de conferir estabilidade à matéria julgada¹⁷⁵.

Em resposta a essas considerações, Humberto Dalla e José Roberto Mello Porto destacam que a aplicação da tese no caso concreto pode ser sempre submetida ao contraditório das partes, razão pela qual a decisão do IRDR seria um “*autêntico precedente*”¹⁷⁶.

A ponderação, porém, tangencia o argumento de Marinoni, cujo fundamento reside justamente na rasa profundidade da discussão envolvendo a aplicação da tese no caso concreto. Não se deve esquecer que a incidência da coisa julgada também é objeto de discussão pelas partes durante o processo, devendo ser suscitada em preliminar de contestação (art. 337, VII, do CPC). O elemento diferencial é a complexidade desse debate. Repita-se: a aplicação da coisa julgada é um simples exame calcado na identidade entre o pedido e a causa de pedir entre a demanda atual e a anterior. A incidência do precedente, por sua vez, envolve uma compreensão de sua *ratio decidendi* e de sua utilidade analógica para resolução do litígio posterior.

Assiste razão a Marinoni ao equiparar o juízo de identidade para aferição de incidência da coisa julgada com a aplicação da tese do IRDR no caso concreto. Esse aspecto

¹⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**, *Op. Cit.*, p. 79.

¹⁷⁴ *Idem*, p. 80.

¹⁷⁵ *Idem*.

¹⁷⁶ “Antes de analisá-las, porém, cumpre expor entendimento doutrinário no sentido de não se tratar a tese jurídica fixada de precedente judicial. Para essa visão, é inviável se pensar em imutabilidade do entendimento sem ventilar a ocorrência de coisa julgada, sobrevindo da sistemática prejuízo aos litigantes envolvidos, por não terem podido se manifestar no procedimento formador da tese. Assim, Luiz Guilherme Marinoni conclui se tratar de julgamento coletivizado formador de coisa julgada erga omnes, com grave vício de participação e contraditório, mais maléfico que a sistemática dos processos coletivos, em que a decisão se estende apenas in utilibus. Entendemos, contudo, se tratar de autêntico precedente, ainda que com peculiaridades em relação à tradicional concepção do common law. A discussão cabível, atinente à aplicabilidade ou não da tese ao caso concreto, é sempre viável e palco para exercício do contraditório efetivo pelos envolvidos” (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PORTO, José Roberto Mello. *Op. Cit.*, p. 259).

fica particularmente evidente em se tratando da possibilidade de suspensão dos processos pendentes até o julgamento da tese (art. 982, I, do CPC). Nessa hipótese, é simplesmente inegável que a análise de afetação dos processos que serão suspensos se dá a partir de um mero juízo de identidade. Afinal, não há como se falar em aplicação de precedente ou *distinguishing* quando sequer foi prolatada a decisão e sua *ratio decidendi*. Sem esses elementos, qualquer discussão que houver entre as partes é extremamente rarefeita e a suspensão do seu processo será uma verdadeira inevitabilidade se, de fato, houver identidade da questão discutida na demanda com aquela tratada no IRDR.

Pode ser que a equiparação do IRDR à coisa julgada sobre questão seja, no fim, uma repetição do “cacoete” acadêmico apontado por Antonio do Passo Cabral, no sentido de buscar rotular de coisa julgada os diversos tipos de estabilidade disciplinados pelo ordenamento jurídico¹⁷⁷. Afinal, por mais que exista correspondência entre o juízo de aplicação da coisa julgada com aquele do IRDR, fato é que o ordenamento jurídico atribui regimes diferentes aos dois institutos. Bem ou mal, o IRDR poderá ser revisto de ofício ou mediante requerimento (art. 986 do CPC). Ainda que essa revisão seja contrária à estabilidade e à segurança jurídica preconizadas pelo instituto do IRDR, ela é ao menos teoricamente possível. Dessa forma, ao menos em tese, tem-se que a decisão em IRDR tem uma possibilidade mais ampla de reversão do que a coisa julgada, limitada às estreitas hipóteses do art. 966 do CPC. É, portanto, menos *estável* do que a *res iudicata*.

Sendo esse o caso, talvez seja mais útil compreender a questão dentro do conjunto mais amplo das estabilidades processuais, em que a coisa julgada corresponde ao patamar máximo de estabilidade¹⁷⁸. Assim, é possível dizer que a estabilidade do IRDR se encontra

¹⁷⁷ Ver nota de rodapé nº 49

¹⁷⁸ “Não obstante a falta de uma disciplina comum, existe uma compreensão implícita, encontrada em quase todo texto sobre coisa julgada e preclusões, e que raras vezes é verbalizada por alguns autores, no sentido de que são *variáveis* as estabilidades conferidas pelo ordenamento jurídico para proteção do conteúdo de cada ato processual. Se tomarmos como exemplo as decisões judiciais, esta variação iria da preclusão à *res iudicata*, sendo a coisa julgada material considerada o mais alto grau de estabilidade dos atos estatais. De fato, existe uma tendência do legislador de submeter as decisões finais de mérito a uma estabilidade mais intensa, estabilidade esta que geralmente corresponde à coisa julgada material. Todavia, se, por um lado, há institutos que realmente conferem maior estabilidade a alguns atos processuais, de outra parte a constatação de que certos conteúdos produzem maior vinculação que outros sugere uma *diferenciação apenas de grau, e não de qualidade*, entre as estabilidades processuais. E, portanto, confirma a possibilidade de um tratamento comum e unitário” (CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas**, *Op. Cit.*, p. 330)

entre a estabilidade do precedente¹⁷⁹ e a estabilidade da coisa julgada, aproximando-se mais desta do que daquela.

Nessa ordem de ideias, entendo que a decisão do IRDR necessariamente impõe uma grave estabilidade não só para as partes desse procedimento, como também aos terceiros que possuem demandas afetadas pelo incidente, estejam elas já ajuizadas ou não. É importante sublinhar que essa estabilidade será formada *pro et contra*, ou seja, independentemente do resultado ser favorável ou não. E, diferentemente do que acontece nas hipóteses de extensão *pro et contra* da coisa julgada a terceiro, não há qualquer mecanismo ou preocupação do legislador em estabelecer no curso do IRDR um representante adequado daqueles que serão afetados pelo resultado do seu julgamento. Esse é, inclusive, um ponto de contundente crítica por parte de Marinoni, que chega a defender a inconstitucionalidade do IRDR por essa razão. Para a preservação da validade constitucional desse mecanismo, o autor propõe que seja feito o controle da representatividade adequada no âmbito do incidente¹⁸⁰:

“Não há como negar a realidade: no incidente de resolução de demandas repetitivas julga-se questão de muitos em processos de alguns. Como é óbvio, se no Estado Democrático de Direito a participação é indispensável requisito de legitimação do exercício do poder, não há como imaginar que uma decisão – ato de positivação do poder estatal – possa gerar efeitos em face de pessoas que não tiveram a oportunidade de participar *ou não foram adequadamente representadas*. Contudo, a invalidade constitucional de um procedimento é resultado extremo, que lhe deve ser evitado quando se pode corrigi-lo de modo a dar-lhe legitimidade constitucional”

Isto posto, dado que (i) a incidência da tese firmada em IRDR se dá por simples juízo de identidade e (ii) o resultado da tese, qualquer que seja, é estendido a terceiros que não participaram das discussões no incidente, deveria, de fato, haver mecanismos garantidores da representatividade adequada daqueles a serem atingidos pela decisão, sob pena de violação do contraditório e da ampla defesa.

Como se vê, o IRDR se afasta da dinâmica observada até aqui. Na sucessão e na substituição processual em ações não coletivas, apesar de a coisa julgada ser extensível *pro et contra*, os interesses do terceiro são resguardados pois lhe é dada a oportunidade de intervir no

¹⁷⁹ A estabilidade do precedente também é um tipo de estabilidade processual. O art. 926 do CPC estipula que os tribunais devem “uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável”. Nesse sentido entende Ronaldo Cramer (CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 97).

¹⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**, *Op. Cit.*, p. 92-93.

processo a qualquer tempo e a legislação buscou alinhar os interesses do substituto ao do substituído, como visto. Na ação coletiva, por sua vez, a extensão da coisa julgada só é autorizada se for benéfica ao legitimado ordinário. O IRDR é a única exceção prevista em lei que gera uma grave estabilidade extraprocessual para beneficiar ou para prejudicar o terceiro sem que haja qualquer mecanismo de intervenção ou de controle da representação dos interesses da coletividade.

2.6 A coisa julgada em demandas envolvendo litisconsórcio unitário facultativo e direitos incindíveis.

A última hipótese de extensão da coisa julgada a terceiro diz respeito aos litígios envolvendo litisconsórcio unitário facultativo em relações jurídicas de direitos incindíveis. É necessário alertar desde já que não se trata de um entendimento pacífico da doutrina. Muito pelo contrário, nos dizeres de Freddie Didier Jr., “*a extensão da coisa julgada àquele que poderia ter sido litisconsorte unitário, mas não o foi, é uma das grandes polêmicas do processo civil*”¹⁸¹. A afirmação dá o tom dos desafios envolvendo a questão posta.

Antes de propriamente adentrar nas minúcias dessa discussão, vale dar um passo atrás e definir alguns conceitos que, até o momento, foram usados nesta dissertação sem maior detalhamento. Isso foi possível porque a análise até aqui cuidou de questões nas quais definilos com precisão não era necessário. A complexidade do tema ora posto, porém, torna imprescindível que as premissas da discussão estejam bem estabelecidas.

Mais especificamente será explicado adiante a definição de litisconsórcio e, por fim, de direito incindível. Após esclarecer esses institutos, será explicado o porquê de alguns enxergarem em determinados litígios envolvendo litisconsórcios unitários facultativos uma peculiar exceção ao art. 506 do CPC.

2.6.1 O litisconsórcio e suas diferentes classificações

¹⁸¹ DIDIER JR., Freddie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: JusPodivm. v. 1. 2015, p. 464.

Litisconsórcio nada mais é do que a existência de pluralidade de partes em determinado polo da relação processual¹⁸²⁻¹⁸³. O fenômeno é regulado do art. 113 ao 118 do CPC, mas a disciplina da lei pouco cobre sobre os diversos desdobramentos que pode haver nesse tema. Dessa forma, boa parte da sistemática envolvendo litisconsórcio fica a cargo da doutrina¹⁸⁴ e da jurisprudência.

Há quatro critérios para classificação dos tipos de litisconsórcio¹⁸⁵. O primeiro é quanto ao polo processual em que ele se manifesta. Isto é, se se trata de um litisconsórcio *ativo* (quando houver mais de um autor) ou *passivo* (quando houver mais de um réu).

O segundo critério é quanto a força aglutinadora da causa de sua formação. A intensidade dessa força é que definirá o litisconsórcio como *necessário* – quando for indispensável a inclusão do litisconsorte no processo – ou como *facultativo* – quando a sua inclusão se dá por mera faculdade ou conveniência. Conforme coloca Alexandre Câmara, há duas causas para necessariedade, conforme art. 114 do CPC: expressa determinação legal para sua formação ou natureza incindível da relação jurídica substancial controvertida no processo¹⁸⁶.

A necessariedade do litisconsórcio é matéria de ordem pública, podendo o juiz saná-la de ofício. Caso o litisconsorte necessário não seja integrado à lide, deverá o processo ser extinto sem resolução de mérito (art. 115, par. único, do CPC). Caso haja prolação da sentença sem a integração do litisconsorte necessário, a decisão será nula ou ineficaz, conforme as hipóteses previstas nos incisos do art. 115 do CPC.

Por essas razões, há quem diga não existir no Brasil a figura do litisconsórcio necessário ativo, pois isso configuraria uma limitação ao direito potestativo e constitucional de ação por parte do autor, já que este precisaria da concordância do outro colegitimado ativo para iniciar o processo. Outra possibilidade, igualmente problemática, seria a de obrigar o outro

¹⁸² “(...) [L]itisconsórcio é a *situação* que existe entre duas ou mais pessoas quando são autores ou réus no mesmo processo” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**. *Op. Cit.* p. 27).

¹⁸³ “Litisconsórcio é a pluralidade de demandantes ou de demandados em um mesmo processo. Assim, sempre que em um processo houver mais de um demandante ou mais de um demandado, ter-se-á um *processo litisconsorcial*” (CÂMARA, Alexandre. *Op. Cit.* p. 80)

¹⁸⁴ “Ficam em aberto [no CPC] certos temas importantíssimos como o da *competência* para o processo litisconsorcial, o dos *prazos*, o da *revelia e seu efeito*, o da *prova* e do *ônus* de produzi-la, o dos *recursos*, o dos *embargos* à execução ou da *impugnação* ao cumprimento de sentença, *etc*” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**. *Op. Cit.*, p. 32).

¹⁸⁵ *Idem*, p. 72.

¹⁸⁶ (CÂMARA, Alexandre. *Op. Cit.* p. 81-82).

colegitimado a integrar o polo ativo do processo, impondo-lhe uma obrigação de litigar contra sua vontade¹⁸⁷.

A terceira forma de classificação do litisconsórcio é em relação ao regime de tratamento do litisconsórcio. Nesse critério, o litisconsórcio pode ser *unitário* ou *simples*. No litisconsórcio unitário é “*quando todos os litisconsortes têm, obrigatoriamente, de obter o mesmo resultado no processo*”¹⁸⁸. Já o simples, também chamado de comum, é quando há certa independência entre o destino dos colitigantes, que poderão obter resultados diferentes no processo¹⁸⁹.

Por fim, o quarto e último critério de classificação diz respeito ao momento de formação do litisconsórcio, que poderá ser *inicial* ou *ulterior*. Trata-se de diferença autoexplicativa. O inicial se forma a partir da petição inicial, quando a ação for ajuizada conjuntamente por vários autores e, no caso dos réus, a partir de sua citação nos termos requeridos na exordial. O ulterior ocorre nos diversos casos de intervenção do terceiro interessado, em momento posterior à petição inicial.

2.6.2 Relações jurídicas envolvendo direitos incindíveis

Os direitos ou relações jurídicas incindíveis têm direta relação com o tema do litisconsórcio. Seu envolvimento em determinado litígio determinará a *unitariedade* do litisconsórcio em questão. Isto é, quando for discutido direito ou relação jurídica incindível, os

¹⁸⁷ É essa a opinião de Alexandre Câmara, cf. CÂMARA, Alexandre, *Op. Cit.* p. 81-82: “O litisconsórcio necessário é sempre passivo. Não existe litisconsórcio necessário ativo, por ser esta uma figura que atenta contra a lógica do sistema processual brasileiro. Isto se diz porque o direito processual civil brasileiro está construído sobre dois pilares de sustentação: o direito de acesso ao Judiciário e a garantia da liberdade de demandar. Em outras palavras, a base do direito processual civil brasileiro está construída sobre estas duas ideias fundamentais: (a) ninguém é obrigado a demandar; mas (b) é livre o acesso ao Judiciário àqueles que pretendem ajuizar demandas. Pois a admissão de um litisconsórcio necessário ativo desequilibraria este sistema. É que se fosse admitida a existência de algum caso de litisconsórcio ativo necessário, sempre se poderia encontrar algum caso em que um dos litisconsortes necessários quisesse demandar e outro não, e neste caso se teria de admitir uma das duas seguintes hipóteses: (i) ou seria possível obrigar-se alguém a demandar contra-sua vontade (o que contraria a garantia da liberdade de demandar); ou (ii) ficaria o outro impedido de demandar sozinho em busca da satisfação de seus interesses (o que contraria o direito de acesso ao Judiciário). Pois a única forma de evitar isso é afirmar-se que o litisconsórcio ativo nunca é necessário, mas sempre facultativo”. Há autores, porém, que defendem a possibilidade de litisconsórcio necessário ativo, como é o caso de Leonardo Greco (GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. I, p. 462), Lia Carolina Batista (CINTRA, Lia Carolina Batista. **Intervenção de terceiro por ordem do juiz: a intervenção iussu iudicis no processo civil**. In: BUENO, Cassio Scarpinella. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 1, p. 190) e Cândido Rangel Dinamarco, por exemplo (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**. *Op. Cit.* p. 198-199).

¹⁸⁸ CÂMARA, Alexandre. *Op. Cit.* p. 84.

¹⁸⁹ “O litisconsórcio comum é marcado pela regra da (relativa) independência dos colitigantes, segundo a qual os atos e omissões de cada um não poderão prejudicar os demais (embora possam beneficiá-los – CPC, art. 117)” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**. *Op. Cit.*, p. 73).

colitigantes deverão sofrer o mesmo destino na resolução da demanda, pois a incindibilidade da matéria não permite repercussões diferentes para cada um dos envolvidos.

A ação de anulação de assembleia de acionistas é um caso clássico. A assembleia não pode ser anulada para uns e permanecer hígida para outros. Ou se anula para todos ou se mantém eficaz para todos. Não há como cingir os efeitos da prestação jurisdicional para cada indivíduo.

A propósito, é o direito material que irá determinar a incindibilidade¹⁹⁰⁻¹⁹¹. Esse fenômeno é denominado por Liebman como concurso subjetivo de ações: quando há mais de um legitimado buscando a invalidação de um mesmo ato que terá efeito sobre todos os demais¹⁹².

Também vale destacar a advertência do autor italiano na identificação das verdadeiras relações incindíveis. Estas não se confundem com demandas que tenham por fundamento um ato comum impugnado por pessoas diversas versando sobre relações jurídicas perfeitamente divisíveis. O potencial de conflito do provimento jurisdicional em direitos indivisíveis não se confunde com o conflito de julgados em tese¹⁹³.

¹⁹⁰ “Ou seja, em última análise a unitariedade do litisconsórcio é indiretamente ditada pelo direito material” (*Idem*, p. 121).

¹⁹¹ “As características da relação material impõem que todos os envolvidos recebam tratamento homogêneo, de modo que a decisão seja uniforme para todos eles: ou se rejeita ou se acolhe o pedido em bloco” (PEREIRA, Guilherme Setoguti J. **Impugnação de Deliberações de Assembleia das S/A**. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 271).

¹⁹² Pode ocorrer também o caso de pluralidade de ações concorrentes distintas pela diversidade dos sujeitos ativos ou passivos. Além do caso clássico das obrigações solidárias, cuja disciplina pertence hoje, pelas razões já indicadas, à teoria das obrigações, e não dá lugar a particular destaque do ponto de vista processual, vai aqui recordado o caso das ações de impugnação pertencentes a uma pluralidade de sujeitos contra um mesmo ato (...) acolhida a demanda de um deles, o resultado se estende para todos, e as ações dos outros são absorvidas e extintas justamente porque concorrentes” (LIEBMAN, Enrico Tullio. Ações Concorrentes, p. 217-228. In.: LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença**: e outros escritos sobre coisa julgada. Tradução Ada Pellegrini Grinover. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 226-227).

¹⁹³ “Naturalmente, o problema estudado no texto só se pode apresentar quando for o caso de ato realmente único e indivisível. Só então é que há concurso subjetivo de ações, porque visam todas *necessariamente* à anulação total do ato. A solução é diferente, se o ato é divisível (isto é, se pode praticamente subsistir para alguns dos sujeitos e ser anulado para outros), ou se o ato, só aparentemente único, é na realidade composto de uma pluralidade de atos substancialmente distintos (...) em ambos esses casos, as ações dos vários interessados são perfeitamente independentes; a sentença, quer de procedência, quer de improcedência, tem efeito unicamente para os litigantes que participaram do processo e deixa íntegra a posição dos outros. Pode aí decorrer, evidentemente, uma contradição lógica dos julgados, por terem decidido questões iguais de modo diferente. Mas a doutrina certa é que o simples conflito teórico dos julgados não pode obstar à rigorosa aplicação dos princípios da coisa julgada e seus limites subjetivos” (*Idem*, p. 227).

Particularmente útil para compreender essa distinção é a orientação de Chiovenda¹⁹⁴ ao distinguir entre o que chama de conflito prático *versus* conflito teórico de julgados:

“Os princípios da coisa julgada excluem, por consequência, por si mesmos, só o conflito *prático* de julgados, isto é, decisões *diversas* relativamente à *própria ação*, portanto praticamente incompatíveis. Não visam eles, porém, nem prescrevem nenhum remédio ao simples conflito *teórico* dos julgados, quer dizer, ao caso de decisões *logicamente* incompatíveis, mas praticamente conciliáveis”

Para melhor ilustrar a questão, vale exemplificar com uma situação relativamente comum. Veja-se o caso de uma construtora que entrega em atraso unidades imobiliárias compradas na planta por diversos adquirentes. Trata-se de um único fato danoso que repercutiu nas esferas jurídicas de uma pluralidade de pessoas. Cada uma delas poderá ingressar em juízo para pretender a reparação de danos causados pelo atraso. De todo modo, não só é possível como é frequente que nem todos obtenham os mesmos resultados. Mesmo compartilhando do mesmo quadro fático e jurídico, pode ser que um dos compradores obtenha sucesso total na demanda, com reconhecimento do inadimplemento contratual da construtora, enquanto outro se veja frustrado em sua pretensão, com uma decisão atribuindo o atraso a uma questão de força-maior não imputável à ré, por exemplo. Não há como negar que existe uma incompatibilidade lógica entre esses dois julgados hipotéticos envolvendo a mesma situação fática. Em todo caso, apesar desse conflito, é possível a coexistência simultânea – a conciliação prática – entre essas duas decisões, pois seus resultados apenas se refletem na esfera individual dos autores em questão.

Há, assim, nítida diferença com a hipótese da ação de anulação de assembleia, pois os efeitos da decisão em cada um dos processos projetam-se para a esfera jurídica dos demais legitimados. Desse modo, mais do que mera incompatibilidade lógica, há potencial para verdadeiro conflito prático. E é justamente isso que torna o direito envolvido incindível.

2.6.3 Repercussões desses conceitos na coisa julgada

¹⁹⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. Cit.* p. 497.

A questão que causa debate na doutrina é a referente a casos como o da ação anulatória de assembleia de acionistas, isto é, situações de litisconsórcio ativo facultativo unitário envolvendo direito incindível.

O litisconsórcio nesse exemplo é classificado como ativo pois a legitimidade ativa para ajuizamento da demanda anulatória é da pluralidade dos acionistas. Estes, por sua vez, poderão deduzir a pretensão de maneira conjunta ou individual, razão pela qual esse litisconsórcio também é facultativo. Por fim, considerando que a pretensão anulatória não pode ser cindida (direito incindível), os acionistas terão necessariamente o mesmo destino no julgamento da demanda, sendo unitário o litisconsórcio.

A discussão ocorre quando nem todos os colegitimados deduzem a pretensão ao mesmo tempo. É o caso do terceiro – parte da relação jurídica de direito material – que, a princípio, tem legitimidade para figurar no polo ativo de uma demanda iniciada por outro colegitimado mas não o faz até o trânsito em julgado da decisão que a julga. A circunstância desperta algum desconforto, naturalmente, pelo potencial de instabilidade que isso gera à causa julgada. Afinal, aplicando-se o sistema da regra geral de não extensão da *res iudicata* a esse terceiro, a demanda poderia ser sucessivamente relitigada por cada um dos colegitimados diferentes contra o mesmo réu, gerando insegurança jurídica e dando margem para uma sucessão de conflitos práticos de julgados.

Esse tema já era objeto de reflexão para Chiovenda¹⁹⁵ que é enfático em defender a extensão da coisa julgada mesmo ao terceiro não participante, dando inclusive o mesmo exemplo protótipo das deliberações assembleares em sociedades por ações:

“Ao contrário, no domínio dos direitos potestativos verificamos a eventualidade de casos em que o direito ele impugnação ele um ato corresponde a diversas pessoas *sujeitas* ao mesmo *ato* e nos quais o ato não pode *existir* ou *não existir* senão com relação a todos os sujeitos, a coisa julgada, formada sobre a impugnação proposta por um, *exclui as impugnações dos outros*; e isto, não porque os outros fossem representados no primeiro processo, e sim porque ao juiz não seria possível operar a anulação do ato em relação a um, quando já fora levado a negá-la em relação a outros (supra, nº 109).

O caso típico é o direito de impugnação às deliberações da assembleia, correspondente a *todo sócio* (Cód. Comercial, art. 163).

¹⁹⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. Cit.* p. 505.

Observei (n. 109) que nesse caso, como nos semelhantes, conquanto haja diversidade de pessoas e, pois, *diversidade* de ações, a coisa julgada, formada sobre a ação de um só, impede toda nova ação”.

É particularmente interessante notar a indiferença do autor com a ausência de representação dos colegitimados no processo. Como se viu nos exemplos anteriores das situações excepcionais que autorizam a extensão da coisa julgada a terceiro, há mecanismos – impostos pela lei ou fruto de construção doutrinária – que buscam garantir a possibilidade de o terceiro eventualmente intervir no processo ou, pelo menos, ser bem representado quando sua defesa estiver sendo feita por um legitimado extraordinário. Não é o caso da posição do autor italiano nessa situação. É nítido que o enfoque de Chiovenda em relação à matéria é outro. Em sua visão, a identidade da *qualidade* dividida pelos colegitimados substituiria a identidade da pessoa e a coisa julgada formada sobre um excluiria a ação dos outros¹⁹⁶.

A conclusão não deixa de ser coerente com a sua conceituação de coisa julgada. Afinal, o autor italiano atribui a imutabilidade da decisão à certeza da solução definitiva da demanda dada por uma autoridade estatal incumbida de dar concretude à vontade da lei, no que recebeu a já mencionada crítica de Liebman¹⁹⁷. Partindo-se da premissa chiovendiana de que o juiz é uma espécie de “revelador” da vontade da lei preexistente ao caso concreto – e sendo essa vontade já conhecida após o julgamento da demanda ajuizada por um dos legitimados – a resposta não poderia ser diferente nas demandas posteriores, na medida em que a vontade da lei será sempre a mesma. Por essa perspectiva, faz todo sentido estender aos terceiros a imutabilidade da primeira decisão, impedindo-os de – inutilmente, por essa concepção – relitigar uma demanda cujo resultado já é invariavelmente conhecido.

De todo modo, não é apenas em prestígio aos princípios do contraditório e da ampla defesa que se deve descartar a proposta de Chiovenda para embasar uma conclusão sobre essa controvérsia no Brasil. Sua proposição deve ser rejeitada pois parte de premissas conceituais relativas à coisa julgada diferentes daquelas estabelecidas na processualística brasileira pela teoria de Liebman, como já dito no Capítulo 2. É por meio da concepção liebmaniana da coisa julgada, que inclusive superou a ideia de uma vontade da lei preexistente ao caso concreto, que

¹⁹⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. Cit.* p. 430-431.

¹⁹⁷ Ver nota de rodapé nº 17

devemos estabelecer as balizas desta discussão, até porque foi essa a teoria positivada pelo CPC ao disciplinar a *res iudicata*.

Pois bem. A intrigante questão do terceiro colegitimado também não passou despercebida por Liebman. Para ele, não há que se falar em extensão da coisa julgada (imutabilidade) ao terceiro. Em todo caso, Liebman buscou solucionar a questão pelo instituto do interesse de agir: se é bem verdade que os efeitos da decisão são estendidos aos terceiros pela eficácia natural da sentença, isso significa que, sendo o acionista autor da ação anulatória vitorioso na demanda, a assembleia é anulada para todos igualmente. Assim, os demais colegitimados não poderiam ajuizar novas ações anulatórias, simplesmente porque não teriam o interesse de agir para fazê-lo. Afinal, não há que se falar em pretensão de anular aquilo que já foi anulado¹⁹⁸.

Caso, por outro lado, o autor fosse derrotado, os demais colegitimados poderiam deduzir suas próprias pretensões separadamente. Liebman, porém, não vê grande problema nessa situação do ponto de vista da estabilidade da matéria discutida, pois lembra que o prazo decadencial para propositura de demanda de anulação de assembleia é diminuto¹⁹⁹. Assim, o prazo exíguo impediria o sucessivo questionamento do conclave em ações diversas.

A solução oferecida por Liebman seria, de fato, uma saída definitiva e elegante para a questão posta, prestigiando a estabilidade da relação jurídica sem comprometer o contraditório

¹⁹⁸ “Limitada a dissertação ao caso de muitas ações concorrentes de impugnação contra um mesmo ato, não há dúvida de que, se a uma pessoa pertencem muitas ações de nulidade de contrato (por exemplo, por dolo e erro), acolhida uma delas, também a outra se extingue, tendo-se já alcançado o escopo comum a ambas; se, pelo contrário, a ação de dolo não é acolhida, poderá ainda propor-se a ação por erro. (...) O mesmo que se verifica no concurso objetivo se dá com o subjetivo, isto é, se as ações de impugnação pertencem por igual motivo a muitas pessoas diversas. A diversidade das ações depende, então, da diversidade de sujeitos, não mais da causa, mas é igualmente suficiente para excluir a extensão da autoridade da coisa julgada de uma a outra. (...) [A] opinião que eu sigo não implica, tal como pode parecer à primeira vista, em alargamento da *coisa julgada* aos terceiros no caso de sentença favorável. O que se estende aos terceiros, isto é, aos outros legitimados à impugnação, é somente o *efeito* da sentença (...). Mas este resultado não implica, com efeito, extensão da coisa julgada além dos seus costumados limites subjetivos; tal se produz legitimamente para todos porque a todos se estende a eficácia da sentença, na sua objetiva consistência determinada pelo conteúdo da decisão, mercê de um princípio geral, atribuído à sua qualidade de ato do Estado” (LIEBMAN, Enrico Tullio. Pluralidade de Partes Legítimas à Impugnação de um Único Ato. In.: LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença**: e outros escritos sobre coisa julgada. Tradução Ada Pellegrini Grinover. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 235-236).

¹⁹⁹ “Deve-se, porém, acrescentar que, na prática, o inconveniente se evita, estabelecendo entre as cláusulas estatutárias prazos curtos de decadência para a propositura de impugnações dos sócios” (LIEBMAN, Enrico Tullio. Pluralidade de Partes Legítimas à Impugnação de um Único Ato. In.: *Op. Cit.*, p. 236).

e a ampla defesa. Sua proposição, no entanto, não é suficiente para solucionar a questão, como ficou evidente a partir das considerações críticas tecidas por Barbosa Moreira²⁰⁰:

“[A solução proposta por Liebman] só serve para as hipóteses em que os outros co-legitimados visem ao mesmo resultado já obtido pelo primeiro deles. Mas bem pode acontecer que a algum interesse precisamente resultado contrário, ou seja, a declaração judicial da validade do ato. Ora, em tal caso, só pelo vínculo da coisa julgada se poderá justificar o impedimento a que o juiz de um segundo processo torne a conhecer da matéria e, eventualmente, profira decisão oposta à outra - com o que se criaria a situação, inconcebível, de valer o ato para B e não valer para A”.

Com efeito, a proposição de Liebman não é bastante para endereçar a situação na qual haja acionistas interessados na validade do conclave. Assim, julgada procedente a demanda anulatória, poderia haver sócios interessados em declarar a validade da assembleia. Eles ainda sentiriam os efeitos da anulação, mas, por não estarem vinculados à coisa julgada, poderiam relitigar a matéria. Aliás, em se tratando de companhias abertas – que possuem, muitas vezes, milhares de acionistas difusos nacional, ou, em alguns casos, internacionalmente –, essa multiplicidade de interesses não só é perfeitamente razoável, como pode mesmo ser provável.

Tendo constatado a insuficiência da teoria de Liebman, Barbosa Moreira sustenta que seria mesmo o caso de estender a coisa julgada aos demais legitimados qualquer que fosse o resultado do processo, isto é, deveria haver extensão na modalidade *pro et contra*²⁰¹. Para o autor, o mais importante seria evitar a prolação de coisas julgadas contraditórias entre si²⁰².

²⁰⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Coisa Julgada: extensão subjetiva. Litispendência. Ação de Nulidade Patente, *Op. Cit.*, p. 160.

²⁰¹ “A única via idônea, pois, a justificar cabalmente a inadmissibilidade de qualquer ação posterior que tenha por objeto o mesmo ato - seja para veicular pedido *igual* ao primeir0, ou *contrário* a êle - é a que consiste em reconhecer que a sentença anulatória ou declaratória da nulidade produz coisa julgada para todos os co-legitimados” (*Idem*, p. 161).

²⁰² “Resumindo e armando em forma silogística a argumentação oponível à doutrina liebmaniana - e em razão da qual já não nos sentimos, hoje, autorizados a subscrevê-la -, assim poderíamos expressar-nos : é forçoso atribuir ao vínculo da coisa julgada a inadmissibilidade de ações posteriores, propostas por outros co-legitimados, que tenham por objeto o ato previamente anulado ou declarado nulo ; mas admitir que essa extensão da *auctoritas rei iudicatae* se manifeste apenas quando acolhida a primeira impugnação seria abrir a porta à eventualidade, que cumpre a todo custo evitar, de coisas julgadas contraditórias em relação à mesma pessoa; logo, tem-se de reconhecer que a *res iudicata* vincula todos os co-legitimados, independentemente do teor da sentença, isto é, quer se tenha julgado procedente, quer improcedente, o pedido do primeiro impugnante” (*Idem*, p. 162).

Além do processualista carioca, são exemplos de autores que aderem a esse entendimento Ada Pellegrini Grinover²⁰³ e Freddie Didier²⁰⁴. Em todo caso, apesar do apontamento de Barbosa Moreira, sua proposta continua sendo controversa. Assim como Chiovenda, ele não endereça problemas quanto à ausência de representação adequada dos terceiros que serão afetados. Aliás, aqui cabe esclarecer que o acionista primeiro a tomar a iniciativa de buscar a anulação do conclave não pode ser considerado substituto processual dos demais, por absoluta falta de fonte normativa para tanto²⁰⁵. Sua lição tampouco fornece orientação para sanear até mesmo a falta de ciência que esses colegitimados possam ter da demanda já ajuizada, um grave problema que inclusive impede a tomada de decisão no sentido de intervir ou não no processo.

As razões para a ausência de preocupação em solucionar esses problemas que, a rigor, representam uma violação do contraditório e da ampla defesa, parecem residir no fato de que, para Barbosa Moreira, a extensão da coisa julgada para os demais colegitimados seria uma decorrência lógica natural da unitariedade do litisconsórcio, uma forma de impedir eventual conflito prático de julgados²⁰⁶.

Em contraponto, não parece que o posicionamento deva se sustentar efetivamente por uma questão de lógica. Isso significaria implicar que a solução propugnada por Liebman

²⁰³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Notas à “Pluralidade de partes legítimas à impugnação de um único ato”. In: LIEBMAN, Enrico Túlio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, com notas de Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 233.

²⁰⁴ DIDIER Jr., Freddie. Comentário ao art. 506 do CPC. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Op. Cit, p. 778.

²⁰⁵ Nesse sentido: “Dada a ausência de uma regra de legitimação extraordinária – que deve ser expressa em lei – não há como entender que o(s) sócio(s) que age(m) em juízo o faz(em) em nome dos demais” (BUENO, Cassio Scarpinella. **Partes e terceiros no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 103)

²⁰⁶ Veja-se como o autor atrela a extensão da coisa julgada a terceiro como consequência lógica da unitariedade do litisconsórcio: “Ora, a índole *facultativa* dêsse litisconsórcio enseja a instauração de processos *sucessivos*, mediante a propositura de ações autônomas, com identidade de fundamento e de objeto, por dois ou mais co-legitimados. É claríssimo, porém, que as mesmas razões de lógica jurídica pelas quais, na hipótese de impugnações simultâneas, só pode ocorrer o acolhimento de tôdas ou a rejeição de tôdas, igualmente se opõem a que, no caso de sucessividade, tenham sortes diferentes as várias impugnações. Se, no âmbito de um mesmo processo, o resultado há de ser homogêneo, os motivos dessa necessária homogeneidade evidentemente prevalecem ainda quando prefiram os interesses dos agir cada qual de per si. Mas um único meio existe de assegurar a uniformidade da solução na hipótese de serem sucessivos os processos: é vincular ao pronunciamento emitido no primeiro deles, e transitado em julgado, os juízes dos eventuais processos subsequentes. Em outras palavras: ampliar a êstes a autoridade da coisa julgada que naquele se constituiu, em ordem a afastar, pela proibição do reexame, a possibilidade de decisões contraditórias. Não o diz expressamente, é certo, o art. 90. Mas não há outro entendimento que com ele lógicamente se compadeça. A necessidade, a que ali se alude, é a decisão uniforme no processo litisconsorcial (mesmo *facultativamente* litisconsorcial) postula a extensão, a todos os litisconsortes *potenciais*, da *rcs iudicata* formada no processo que um só dos co-legitimados instaurou” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Coisa Julgada: extensão subjetiva. *Litispendência*, Op. Cit, p. 165).

padeceria de algum ilogismo, o que não é verdade. A explicação dada pelo autor italiano, no sentido de solucionar a questão pela via do interesse de agir é perfeitamente coerente com a sua conceituação de coisa julgada, diferenciando-a dos efeitos da decisão. Operando-se estes sobre os terceiros juridicamente interessados, não haveria mais embasamento fático para justificar sua pretensão. A crítica pertinente à proposição liebmaniana não se dá por suposta incoerência. Dá-se, antes, pela sua ineficiência, pela sua incapacidade de promover uma harmonia entre os julgados, inclusive submetendo o réu a eventuais demandas sucessivas²⁰⁷, sem tornar perene a prestação jurisdicional por ele recebida.

Por outro ângulo, Eduardo Talamini²⁰⁸, Cândido Rangel Dinamarco²⁰⁹, Egas Dirceu Moniz de Aragão²¹⁰ e José Rogério Cruz e Tucci²¹¹ defendem que a coisa julgada não se estende a terceiros nessas situações, favorecendo a solução de Liebman, em prestígio ao contraditório e à ampla defesa, ainda que admitam a ineficiência da proposição liebmaniana para a pacificação definitiva do conflito.

Aliás, sobre esse aspecto, Cruz e Tucci destaca que a existência de prazos decadenciais exíguos não é o suficiente para solucionar a questão pois, a seu ver, “*para o legitimado, que não está adstrito à coisa julgada da precedente demanda, o prazo [decadencial] inicia-se a partir do trânsito em julgado da decisão naquela proferida*”²¹². Adere, assim, à proposta *de lege ferenda* defendida por Eduardo Talamini²¹³:

“[P]arece adequado estabelecer norma expressa determinando a citação de todos os colegitimados para que, querendo, optem por ingressar em um dos pólos da ação, e para que fiquem, de todo modo, submetidos à coisa julgada gerada nesse processo em que foram citados”²¹⁴.

²⁰⁷ Em sentido semelhante, confirmam-se as considerações de José Rogério Cruz e Tucci, referindo-se à solução proposta por Liebman: “Essa percepção do fenômeno estudado, à qual expressamente adere Dinamarco, parece-me bem mais técnica e consoante com a moderna dogmática do processo civil. Todavia, é evidente que conspira contra a harmonia dos julgados” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Limites Subjetivos da Eficácia da Sentença e da Coisa Julgada Civil**. 2006. Tese (Cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo) - USP, São Paulo, 2006, p. 244).

²⁰⁸ TALAMINI, Eduardo. Partes, Terceiros e Coisa Julgada. *Op. Cit.*, p. 211

²⁰⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, *Op. Cit.*, p. 391.

²¹⁰ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Observações sobre os limites subjetivos da coisa julgada**. Revista dos Tribunais, v. 625/1987, nov. 1987.

²¹¹ Ver nota de rodapé n. 206

²¹² CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Limites Subjetivos da Eficácia da Sentença e da Coisa Julgada Civil**. *Op. Cit.*, p. 245.

²¹³ *Idem*, p. 246.

²¹⁴ TALAMINI, Eduardo. Partes, Terceiros e Coisa Julgada. *Op. Cit.*, p. 211

A orientação é semelhante a de Egas Moniz de Aragão²¹⁵, Cássio Scarpinella Bueno²¹⁶ e de Thereza Arruda Alvim²¹⁷, defendendo a citação editalícia para os demais colegitimados, a fim de vinculá-los à coisa julgada formada na demanda.

É por essa razão que analisar o fenômeno sob a perspectiva do mercado de capitais revela-se particularmente intrigante. Isso porque o Anexo I à Resolução nº 80/2022 da CVM passou a prever o dever de as companhias abertas divulgarem um comunicado de demandas societárias que envolvam ou direitos coletivos ou “nas quais possa ser proferida decisão cujos efeitos atinjam a esfera jurídica da companhia ou de outros titulares de valores mobiliários de emissão do emissor que não sejam partes no processo”, havendo previsão expressa para a ação anulatória de deliberação social. O art. 2º dessa Resolução estipula que a companhia deverá, no prazo de 7 dias úteis, divulgar ao mercado “as principais informações relativas à demanda” e inclui dados como “partes no processo”, “valores, bens ou direitos envolvidos”, “principais fatos”, “pedido ou provimento pleiteado”, além das principais decisões que forem prolatadas no procedimento, seja judicial, seja arbitral.

Esse regramento supre o problema apontado pela doutrina quanto à falta de ciência dos colegitimados e é uma espécie de substitutivo da citação editalícia, sendo discutivelmente mais eficiente do que essa possibilidade. Afinal, esses comunicados são divulgados no sítio eletrônico oficial da CVM e nos sítios eletrônicos dedicados à relação com investidores que devem ser mantidos e alimentados por companhias abertas. Seu acesso é público e disponível para qualquer investidor interessado. Assim, os colegitimados não só têm ciência da existência da lide e de seus contornos como ainda tem a faculdade e a oportunidade de nela intervir, se assim julgarem conveniente.

Levando-se em consideração a concepção trinomial do princípio do contraditório e da ampla defesa, na qual o contraditório é formado pelo trinômio ciência, oportunidade e consideração²¹⁸, restam preenchidos, a princípio, dois de seus elementos no caso ora analisado.

²¹⁵ ARAGÃO, Egas Moniz de. **Sentença e coisa julgada**: exegese do código de processo civil (arts. 444 a 475). Rio de Janeiro: Aide, 1992 p. 303-304.

²¹⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Partes e terceiros no processo civil brasileiro**. *Op. Cit.*, p. 102.

²¹⁷ ALVIM, Thereza Arruda. **O direito processual de estar em juízo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 183.

²¹⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: Teoria geral do direito processual civil.. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1, p. 131.

A consideração, definida como poder de influência, a dimensão substancial do princípio do contraditório²¹⁹, por sua vez, merece análise mais detida. Conforme diz Fredie Didier Jr.²²⁰:

“Não adianta permitir que a parte simplesmente participe do processo. Apenas isso não é o suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do órgão jurisdicional”

O poder de influência, evidentemente, pressupõe a participação do interessado após a tomada da ciência e providenciada a oportunidade para sua intervenção, mas, como visto, não se esgota nessas garantias. É necessário algo adicional: a certeza de que a parte será efetivamente ouvida e seus argumentos sopesados pelo julgador²²¹.

Isso pode ser problemático em demandas do mercado de capitais, dada a natureza multitudinária – de multidão – do litisconsórcio. Companhias abertas podem ter dezenas ou até mesmo centenas de milhares de investidores espalhados pelo Brasil ou pelo mundo. A Petrobras, por exemplo, possui um total de 994.950.884 de ações em circulação²²². São, no mínimo, dezenas de milhares de legitimados para propor ação de anulação de assembleia, ou sobre outros direitos de natureza incindível.

Esse grande grupo de acionistas serão científicos, nos termos do Anexo I à Resolução nº 80/2022 da CVM, e lhes será dada a oportunidade de intervir na demanda, vez que possuem todos legitimidade *ad causam* para tanto. Em todo caso, em termos práticos, permitir a participação simultânea desse enorme conjunto de litisconsortes, que podem muito bem ser representados por diferentes advogados, tornará impraticável o processamento da lide. Além disso, será humanamente impossível para o pobre juiz de um caso como esse adequadamente sopesar e considerar todos os argumentos lançados por esses litisconsortes em suas manifestações.

²¹⁹ DIDIER Jr, Fredie. **Curso de direito processual civil**: Teoria geral do processo e processo de conhecimento. *Op. Cit*, p. 121.

²²⁰ *Idem*.

²²¹ “Além do mais, a tutela constitucional da ação comprehende todos os meios para a obtenção do pronunciamento do juiz sobre a própria pretensão. Não se trata, obviamente, de mera garantia de acesso, comprehendendo outros mecanismos e princípios destinados a assegurar um processo justo e efetivo, ou seja, ‘o devido processo legal’” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**: Influência do direito material sobre o processo. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros/JusPodivm, 2022, p. 126-127)

²²² O número considera apenas as ações no chamado “*free float*”, conceito que exclui ações em tesouraria ou que façam parte do grupo de controle. Fonte: <https://www.investidorpetrobras.com.br/visao-geral/composicao-acionaria/>

Não se nega que o juiz, nos casos de litisconsórcio multitudinário, pode limitar o número de litisconsortes na ação, conforme art. 113, §1º, do CPC. A consequência dessa limitação, no entanto, não é o impedimento de que os excluídos processem suas demandas e sim que haja o desdobramento do feito para autuação apartada²²³. É pertinente lembrar que esses processos frutos do desmembramento necessariamente tramitariam em apenso, dada a conexão existente com a demanda originária (art. 55, §1º, do CPC).

Assim, a medida pode até se revelar útil para tornar mais ordeira a tramitação de processos envolvendo litisconsórcios multitudinários de menor escala, mas não soluciona o problema dos litisconsórcios de maior intensidade numérica. A diferença é que as manifestações e considerações de cada litisconsorte seria pulverizada em diversos procedimentos, em vez de estarem concentrados em um só. O problema de o juiz ser incapaz de adequadamente considerar o externado pelos litisconsortes e ser por eles influenciados permanece.

É dizer que a garantia plena do contraditório pelo potencial de intervenção dos colegitimados é tanto uma possibilidade teórica e quanto uma impossibilidade prática. De nada adianta viabilizar a ciência e a oportunidade processual de intervenção pelos demais investidores quando eles dificilmente serão plenamente ouvidos em suas manifestações individuais. Essa circunstância pode, inclusive, inibir os colegitimados de tomarem a decisão de participar do processo.

Para complicar ainda mais o cenário, no Brasil, existe a peculiaridade de as companhias abertas disporem de cláusulas arbitrais em seus estatutos para que os litígios *interna corporis* sejam resolvidos por arbitragem. A arbitragem pode ter muitos benefícios como método de solução de conflitos, mas possui a grande desvantagem de ser um procedimento caro e pouco acessível. Nessa perspectiva, o potencial de intervenção pelo terceiro ciente é ameaçado pelos altos custos de uma arbitragem e a decisão de intervir ou não no processo considerando o aspecto econômico é plenamente legítima. Assim, não parece razoável, sob o prisma do contraditório pleno, estender a esse terceiro a coisa julgada formada

²²³ “Cumpre-lhe impor o desdobramento sempre que perceber que o litisconsórcio multitudinário poderá chegar a níveis de complicações capazes de embaralhar o próprio exercício da jurisdição; essa é uma razão de ordem pública, que ele deve considerar *ex officio*” (DINAMARCO, Cândido Randel. **Litisconsórcio**. *Op. Cit.* p. 294).

em uma arbitragem anterior de que não participou simplesmente porque, naquele momento, sua participação no processo não foi economicamente viável.

Por todas essas razões, a extensão da coisa julgada àquele que não participou do processo, mesmo nos contornos da divulgação determinada pela regulação da CVM, necessariamente importa em algum grau de flexibilização do princípio do contraditório, mormente no que diz respeito à efetiva oportunidade de participação no processo e à capacidade de adequadamente influenciar no convencimento do julgador.

Afora isso, ainda há o potencial de simulação e conluio processual entre o autor do processo e o réu, a fim de eventualmente obter-se propositalmente um insucesso em uma primeira demanda para, na sequência, estender a coisa julgada ali formada para os demais colegitimados. Em outras palavras, não há mecanismos de controle do alinhamento de interesses entre o autor do processo e os terceiros não participantes.

Mesmo a doutrina crítica à extensão da coisa julgada ao colegitimado em situação de litisconsórcio unitário facultativo envolvendo direito indivisível, que propõe a solução da questão pela notificação dos colegitimados, não elaborou a respeito de uma solução legal ou doutrinária que pudesse suprir as deficiências acima apontadas.

Em todo caso, todos esses problemas não afastam a preocupação legítima quanto à ineficiência da não extensão, seja pela instabilidade da questão decidida, seja pela indevida submissão do réu a demandas sucessivas versando sobre a mesma matéria.

É necessário, portanto, que se investigue se existe alguma circunstância que autorize a mitigação do contraditório pleno, caracterizado pela natureza trinomial acima descrita, a fim de justificar a extensão da coisa julgada a terceiro para solucionar os problemas da segurança jurídica que, tal como o contraditório, ostenta importância constitucional (art. 5º, inciso XXXVI).

Entendo que parte da resposta reside na comparação com as exceções nos quais se admite a extensão da coisa julgada *pro et contra* a terceiro, conforme descritas anteriormente ao longo deste trabalho. Existem, nas hipóteses anteriores, mecanismos legais e doutrinários a refletir não só uma preocupação com a ciência e com a oportunidade de intervenção, mas

também *com quem* está no processo substituindo o terceiro ou a coletividade, influindo na atividade de cognição do magistrado e alinhado com os interesses dos não participantes.

No capítulo a seguir busco sistematizar esses mecanismos dentro do conceito de representatividade adequada, já mencionado esparsamente nesta dissertação, mas que será definido e detalhado a seguir, incluindo suas origens no direito norte-americano e as discussões sobre sua importação por doutrinadores nacionais.

3. A REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA COMO REQUISITO PARA EXTENSÃO DA COISA JULGADA A TERCEIRO

3.1 A origem da representatividade adequada e sua conceituação no direito norte-americano

O conceito de representatividade adequada foi desenvolvido no ordenamento jurídico norte-americano, no contexto das *class actions*, as ações coletivas da jurisdição dos EUA. Essa modalidade procedural é muito característica do sistema processual daquele país, sendo precursora mundial para a resolução de litígios em massa²²⁴. O instrumento é atualmente disciplinado na legislação federal dos EUA desde que as *Federal Rules of Civil Procedure* foram promulgadas em 1938, sendo previsto na *Rule 23* desse dispositivo legal.

O sucesso das *class action* em lidar com a litigância de massa inspirou o surgimento das ações coletivas brasileiras, ainda que estas tenham características que as tornam fundamentalmente distintas das suas correspondentes norte-americanas. Sem entrar em maiores detalhes procedimentais, importa para esta dissertação destacar dois aspectos que distinguem a ação coletiva do Brasil da dos EUA: o regime de legitimidade e a formação *pro et contra* da coisa julgada em relação aos membros do grupo²²⁵.

²²⁴ “For many years after Rule 23 was adopted, the United States was not only the center of class action litigation, it was virtually the only jurisdiction that permitted class actions. Nor were large-scale aggregated proceedings common elsewhere” (HENSLER, Debora H. The Future of Mass Litigation Under Foreign Legal Systems: Variations and Alternatives to American Class Actions. **George Washington Law Review**, v. 79, n. 2, 2011, p. 306).

²²⁵ “Com efeito, exceto alguns pormenores técnicos, como a legitimidade para agir e a coisa julgada, não há diferenças substanciais entre as ações coletivas brasileiras e americanas. O abismo existente entre ambos os sistemas no que se refere à tutela coletiva dos direitos é consequência das diferenças existentes entre o direito, o processo civil e o sistema político, social e econômico do Brasil e dos Estados Unidos” (GIDI, Antonio. **A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**. *Op. Cit.* p. 17)

Diferentemente do que ocorre no Brasil, em que as ações coletivas devem ser ajuizadas por legitimados extraordinários específicos, a legitimidade para conduzir uma *class action* pertence a qualquer membro individual da classe²²⁶. Nesse cenário, o elemento distintivo da ação individual para a *class action* é que, enquanto naquela o titular do direito age apenas representando seus próprios interesses, na ação coletiva ele age representando os interesses do grupo como um todo. Nessa perspectiva, é importante que, para que os demais membros do grupo se vinculem ao resultado da *class action*, seja ele qual for, o autor deve ser um *representante adequado* desse grupo.

Por essa razão, o conceito de representatividade adequada é um aspecto inexorável à funcionalidade da *class action* norte-americana, pois está intimamente relacionado à vinculação do resultado da ação coletiva a todos os membros da classe, independentemente de terem participado ou não do processo.

Sumarizando a importância da representatividade adequada, Cassio Scarpinella Bueno²²⁷ destaca a estabilidade que é garantida à decisão da *class action*, bem como a possibilidade de extensão dos efeitos do *decisum* a terceiros litisconsortes não participantes:

“Desde que uma class action volta-se, por sua própria natureza, contra litígios de massa, passa a ser inerente à sua concepção o entendimento de que membros ausentes desta mesma classe sejam afetados por seus efeitos e pela impossibilidade de rediscussão da decisão (coisa julgada material). Senão, qual seria a vantagem do sistema se cada vez os mesmos indivíduos pudesse questionar o quanto já decidido anteriormente? Onde o princípio da economia processual? Onde a redução da atividade jurisdicional e dos custos processuais?

É por isto que, na doutrina que estuda as class actions, é comum a expressão de que, se todos estes membros ausentes foram devidamente representados, não há como questionar que tenham tido their own day in court, e, fique dito de pronto, não há qualquer necessidade de autorização prévia dos membros putativos de uma classe para que possam ser representados em juízo pelo autor da class action. A questão

²²⁶ “O direito americano moderno percebeu que a forma mais eficiente de controlar o cumprimento (*enforcement*) de alguns tipos de leis com dimensões sociais (como as leis do consumidor, antitruste, *civil rights, securities* etc.) é atribuir tal controle diretamente às pessoas interessadas, e não somente através do controle monopolístico do Estado. Essa concepção deu origem à *private attorney general litigation*, ações de interesse social (cuja legitimidade, no Brasil, seria tendencialmente atribuída ao Ministério Público), propostas de forma privada diretamente pelas pessoas cujos direitos foram violados. O cidadão, ao lutar pelo seu interesse pessoal, está tutelando o interesse da comunidade à qual pertence. A legitimidade para agir é dada ao cidadão, mas a função da ação proposta é a mesma daquela proposta pelo *attorney general*: a tutela do interesse público” (*Idem*, p. 34)

²²⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. As Class Actions Norte-Americanas E As Ações Coletivas Brasileiras: Pontos Para Uma Reflexão Conjunta. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 82, p. 92-151, 1996.

da representatividade adequada, destarte, passa a ser questão prejudicial para o recebimento e o processamento de uma class actions como tal (cf. item 2.3, infra), e, também, questão preliminar para a procedibilidade daquelas ações propostas por quem não litigou diretamente, a ser dirimida em casos futuros”.

Frise-se: essa preocupação quanto à qualidade da representação é extremamente relevante em um cenário no qual a formação da coisa julgada coletiva ocorre de maneira *pro et contra*, isto é, em havendo decisão favorável ou desfavorável à classe, como ocorre na jurisdição americana. Caso a representação não seja compreendida como adequada, não é autorizada a extensão dos efeitos da coisa julgada aos demais membros do grupo²²⁸.

A esse respeito, o caso paradigma que gerou a doutrina da representação adequada nos EUA é bastante ilustrativo da utilidade desse instituto em mecanismos de litigância agregada. Trata-se do precedente *Hansberry v. Lee*²²⁹, em que se discutiu a invalidade de uma restrição imobiliária registrada em cartório com fundamento em critérios raciais²³⁰.

Em 1927, proprietários de residências em bairros abastados de Chicago registraram em cartório imobiliário uma sequela – *covenant* – impedindo que os imóveis daquela região fossem vendidos ou locados a pessoas negras. O objetivo era garantir o segregacionismo racial, lamentavelmente naturalizado à época. Nos termos do próprio *covenant* registrado, 95% dos proprietários das matrículas deveriam concordar com sua inscrição, através de assinaturas, a fim de que tomasse efeito.

Dez anos depois, Carl Hansberry, um homem negro, corretor de imóveis e ativista dos Direitos Civis, adquiriu uma propriedade em Washington Heights, uma das zonas que

²²⁸ “O poder que tem o representante para tutelar os interesses dos membros ausentes do grupo ao qual pertence deriva do dever de adequadamente representá-los em juízo. Nos casos em que o grupo ou alguns membros não foram representados adequadamente na ação coletiva, os tribunais, em processo posterior, não reconhecem o efeito vinculante da coisa julgada coletiva e podem decidir novamente a questão (*collateral attack*)” (GIDI, Antonio. **A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos.** *Op. Cit.* p. 101).

²²⁹ U. S. Supreme Court, *Hansberry v. Lee*, 311 U.S. 32, 37-38 (1940).

²³⁰ Esses tipos de restrição eram comuns nos EUA na era anterior à luta dos Direitos Civis durante a década de 1960. Essas restrições, ou *covenants*, “criaram compartimentos em milhares de cidades dos EUA: áreas de brancos, caucasianos, áreas de negros e áreas de latinos e outros. Segundo o “Mapping Prejudice”, as áreas de brancos recebem mais recursos, como ruas mais bem cuidadas, parques públicos e áreas verdes, melhores escolas (com professores mais bem pagos e currículos mais avançados). Negros e latinos ficam, em muitos casos, circunscritos a áreas próximas a rodovias, estradas de ferro, aterros sanitários, bem como a centros de cidades e bairros decadentes” (Contratos residenciais perpetuam segregação racial nos Estados Unidos. [S. l.]: Conjur, 31 dez. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-31/contratos-residenciais-perpetuam-segregacao-racial-eua>. Acesso em: 12 jan. 2023.)

continha tal restrição. Ana Lee e outros proprietários da região, por sua vez, moveram uma ação judicial contra Hansberry e o alienante do imóvel visando a executar o *covenant*.

Em sua defesa, Hansberry argumentou que o *covenant* era inválido por seus próprios termos, uma vez que apenas 54% dos proprietários assinaram sua anuência com o registro da sequela, em vez do mínimo de 95% exigido por sua própria redação. Esse elemento fático foi devidamente comprovado durante o processo.

Em resposta, Lee argumentou que Hansberry não poderia contestar a validade da sequela pois estaria sujeito à preclusão da coisa julgada. Isso porque, no ano de 1934, foi movida uma *class action* de proprietários contra um alienante que vendeu um dos imóveis atingidos pelo *covenant* a uma pessoa negra. Naquela oportunidade, a “classe” de proprietários sustentou, com concordância do polo passivo quanto a esse ponto, que o *covenant* era válido, o que acabou sendo reconhecido por decisão transitada em julgado²³¹. No raciocínio defendido por Lee, Hansberry, na condição de proprietário de um imóvel naquela região, teria sido representado pelos membros da *class action* de 1934, motivo pelo qual estaria precluído de desafiar a validade da sequela.

Em face desse argumento, o juízo de primeira instância, apesar de constatar que, de fato, não houve aderência de número suficiente de proprietários para validade do *covenant*, acabou dando razão a Lee, restando vencido Hansberry. Após interpor apelação, a Corte de Apelações de Illinois manteve a decisão de primeiro grau. Inconformado, Hansberry recorreu à Suprema Corte dos EUA.

A Suprema Corte recebeu o caso e reformou o acórdão da Corte de Apelações de Illinois, considerando que seria inadmissível entender que Hansberry teria sido representado pela *class action* dos proprietários que defendiam a validade da restrição racial. Havia, de acordo com o tribunal, uma diferença entre os interesses dos membros da ação coletiva em relação a Hansberry, de modo que ele não poderia ser afetado pelo julgado coletivo. Confirase²³²⁻²³³:

²³¹ Trata-se do caso *Burke v. Kleiman*, 277 Ill. App. 519 (1934).

²³² *Hansberry*, 311 U.S. p. 42-45

²³³ *Hansberry*, 311 U.S. p. 44

It is familiar doctrine of the federal courts that members of a class not present as parties to the litigation may be bound by the judgment where they are in fact adequately represented by parties who are present (...).

It is one thing to say that some members of a class may represent other members in a litigation where the sole and common interest of the class in the litigation, is either to assert a common right or to challenge an asserted obligation. It is quite another to hold that all those who are free alternatively either to assert rights or to challenge them are of a single class (...).

Such a selection of representatives for purposes of litigation, whose substantial interests are not necessarily or even probably the same as those whom they are deemed to represent, does not afford that protection to absent parties which due process requires (...) Apart from the opportunities it would afford for the fraudulent and collusive sacrifice of the rights of absent parties, we think that the representation in this case no more satisfies the requirements of due process than a trial by a judicial officer who is in such situation that he may have an interest in the outcome of the litigation in conflict with that of the litigants.

(...)

[T]hose signers or their successors who are interested in challenging the validity of the agreement and resisting its performance are not of the same class in the sense that their interests are identical so that any group who had elected to enforce rights conferred by the agreement could be said to be acting in the interest of any others who were free to deny its obligation.

A partir de um critério de identidade de interesses, a Suprema Corte entendeu que a classe de proprietários no litígio anterior não era um representante adequado de *Hansberry*, pois enquanto este tinha o interesse em reconhecer a invalidade do *covenant*, a classe buscou justamente o contrário²³⁴.

Desde então, a noção de representatividade adequada foi sedimentada no ordenamento norte-americano. Ainda que não haja uma orientação demasiadamente detalhada a fim de estabelecer os parâmetros definidores dessa representatividade adequada²³⁵, os

²³⁴ “*Hansberry* presented a case of indifference rather than a case of incompetence. The self-interest of the class representative in *Burke* was to enforce the restrictive covenant. The best way to do so was to bring a class action, which bound every signatory to the determination that the covenant was enforceable. The class representative and class counsel were at best indifferent, and more likely were hostile, to the interests of those members of the class that had no interest in enforcing the covenant” (TIDMARSH, Jay. Rethinking Adequacy of Representation. **Texas Law Review**, n. 87, p. 1137-1203, 2008-2009, p. 1153)

²³⁵ “Adequate representation’s theoretical underpinnings are murky at best” (BURCH, Elizabeth Chamlee. Adequately Representing Groups, **Fordham L. Rev.**, v. 81, 2013, 3042-3083, p. 3045).

julgadores buscam se balizar por dois parâmetros gerais: (i) evitar conflito de interesses entre o representante e os demais membros da classe e (ii) avaliar se esse representante possui condições de exercer uma boa defesa técnica dos direitos envolvidos²³⁶.

Esse controle qualitativo da representação pode ocorrer na fase da certificação da ação coletiva e deve ser feita pelo juiz da causa, ou seja, de maneira *ope judicis*. Dependendo do direito material envolvido, pode ser que haja outros parâmetros que devem ser observados para definição do representante adequado, definidos por legislação especial. É o caso, por exemplo, das ações de classe no mercado de capitais, reguladas pelo *Private Securities Litigation Reform Act* – PSLRA. Nesse diploma, há critérios que vão desde a quantidade de ações coletivas concomitantemente ajuizadas pelo representante²³⁷ até a sofisticação institucional do autor da *class action*²³⁸.

Um exemplo mais recente da aplicação dos critérios de representatividade adequada pela Suprema Corte foi no caso *Amchem Products, Inc. v. Windsor*²³⁹. Essa foi uma ação coletiva envolvendo pessoas intoxicadas por amianto. O procedimento foi liderado por autores que já haviam apresentado sintomas da intoxicação. A discussão foi se também deveriam ser afetados pela coisa julgada formada no processo aqueles que, apesar de terem sofrido exposição a amianto, ainda não haviam apresentado sintomas. A Suprema Corte entendeu que havia um conflito de interesses entre esses dois grupos: aqueles que já estavam intoxicados buscariam o rápido desembolso do maior valor de indenização possível para financiar sua recuperação. Já

²³⁶ “The bridge spanning the gulf between the interests of class members and the actions of the class representative and class counsel is the doctrine of adequate representation. The doctrine handles two distinct problems, one of incompetence and one of indifference. “Incompetence” concerns class representatives and class counsel who sincerely (whether for virtuous, deontological, altruistic, or utilitarian reasons) want to represent the interests of class members, but are incapable of effectively doing so because of insufficient financing, experience, talent, probity, or mental capacity. “Indifference” concerns egoist class representatives and class counsel who are willing to represent the interests of class members only to the extent that such representations serve their own interests” (TIDMARSH, Jay. Rethinking Adequacy of Representation. *Texas Law Review*, *Op. Cit.*, p. 1151).

²³⁷ “Lead plaintiffs must disavow having purchased the securities at the direction of plaintiff's counsel to participate in the class action. 15 U.S.C. § 78u-4(a) (2). Additionally, no person can be a lead plaintiff in more than five securities class actions during any three-year period without the express permission of the court. 15 U.S.C. § 77z-1 (a) (3) (B) (vi) (2006) (‘Except as the court may otherwise permit, consistent with the purposes of this section, a person may be a lead plaintiff, or an officer, director, or fiduciary of a lead plaintiff, in no more than 5 securities class actions brought as plaintiff class actions pursuant to the Federal Rules of Civil Procedure during any 3-year period’’) (KAUFMAN, Michael J; WUNDERLICH, John M. The Unjustified Judicial Creation of Class Certification Merits Trials in Securities. *University of Michigan Journal of Law Reform*. v. 43, n. 2, 2010, p. 349).

²³⁸ “Experience with this provision has shown that the lead plaintiff will typically be a large public pension fund (which must by law diversify) or at least another financial institution that is likely to be a diversified investor”. COFFEE, John C. Reforming the Securities Class Action: An Essay On Deterrence and Its Implementation. *Columbia Law Review*, vol. 106, n. 5, outubro de 2006. p. 36.

²³⁹ U. S. Supreme Court, *Amchem Products, Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591, p. 626-627.

os que ainda não haviam apresentado os sintomas, buscariam a preservação desses recursos em um fundo que pudesse ser acionado quando seus problemas de saúde surgissem²⁴⁰. Ao final, a Suprema Corte concluiu que²⁴¹:

“The settling parties, in sum, achieved a global compromise with no structural assurance of fair and adequate representation for the diverse groups and individuals affected. Although the named parties alleged a range of complaints, each served generally as representative for the whole, not for a separate constituency”

Tamanha é a relevância da coincidência de interesses entre o representante e os demais membros da classe que nem mesmo o consentimento presumido dos terceiros não participantes foi suficiente para justificar a sua vinculação. Isso porque a Suprema Corte entendeu que de nada adianta dar ciência a esses terceiros através de intimação quando eles não têm a possibilidade de tomar uma decisão informada de não se vincular ao julgado²⁴², realizando o chamado *opt out*²⁴³.

Resta clara, portanto, a função da representatividade adequada no contexto da jurisdição americana como requisito indispensável para justificar a extensão da coisa julgada ao terceiro não participante no contexto das *class actions*. Menos óbvia, talvez, seja a importância desse conceito no ordenamento jurídico brasileiro, no qual se entende que a coisa julgada coletiva só se forma favoravelmente ao substituído não participante²⁴⁴. Além disso, à

²⁴⁰ “In significant respects, the interests of those within the single class are not aligned. Most saliently, for the currently injured, the critical goal is generous immediate payments. That goal tugs against the interest of exposure-only plaintiffs in ensuring an ample, inflation-protected fund for the future. Cf. *General Telephone Co. of Northwest v. EEOC*, 446 U. S. 318, 331 (1980) (“In employment discrimination litigation, conflicts might arise, for example, between employees and applicants who were denied employment and who will, if granted relief, compete with employees for fringe benefits or seniority. Under Rule 23, the same plaintiff could not represent these classes.”)” *Amchem*, 521 U.S. 591, p. 626-627.

²⁴¹ *Idem*.

²⁴² “Many persons in the exposure-only category, the Court of Appeals stressed, may not even know of their exposure, or realize the extent of the harm they may incur. Even if they fully appreciate the significance of class notice, those without current afflictions may not have the information or foresight needed to decide, intelligently, whether to stay in or opt out” *Amchem*, 521 U.S. 591, p. 628.

²⁴³ Trata-se do chamado direito à autoexclusão. São apenas permitidas em uma das três modalidades existente na legislação federal norte-americana das *class actions*. Conforme Antonio Gidi: “O legislador somente concedeu o direito de auto-exclusão nos casos de ações coletivas do tipo (b)(3), que, por isso, são conhecidas como *opt out class actions* (ou *non mandatory class actions*). Para que um membro possa se auto-excluir do grupo, porém, é necessário que ele receba uma adequada notificação sobre a certificação de uma ação coletiva proposta em tutela do seu interesse” (GIDI, Antonio. **A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**. *Op. Cit.* p. 143).

²⁴⁴ É o que diz o art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, diploma normativo integrante do chamado microssistema de ações coletivas no Brasil. A propósito, confira-se seu inteiro teor: “Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I - *erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico*

primeira vista, a associação da representatividade adequada com as ações coletivas também não parece esclarecer o problema do litisconsórcio multitudinário, que não é um litígio coletivo. Em uma reflexão mais detida, no entanto, esse raciocínio superficial pode mostrar-se insuficiente. É o que se explora nos capítulos a seguir.

3.2 A aplicação da representatividade adequada em litígios não coletivos como versão mitigada do direito do contraditório

Ao resumir o conceito da representatividade adequada no subcapítulo anterior, ficou claro que se trata de um importante mecanismo para o funcionamento das *class actions*, desenvolvido no âmbito desse tipo de procedimento a fim de garantir a extensão da coisa julgada aos demais membros do grupo.

A aplicação desse conceito, no entanto, não se limita às ações coletivas. Embora seja verdade que a maior parte da doutrina norte-americana pareça debater o tema apenas no cenário das *class actions*, há discussões sobre o uso do instituto em outras modalidades processuais²⁴⁵.

Em todo caso, deve-se apontar que, nos EUA, tal como ocorre no Brasil, a extensão da coisa julgada a terceiros é uma exceção à regra geral de que todos têm direito a um dia no tribunal. Essa questão ficou particularmente clara quando a Suprema Corte julgou o precedente *Taylor v. Sturgell*²⁴⁶. Na decisão, a Corte rejeitou a doutrina da *virtual representation* que havia se desenvolvido na jurisprudência dos tribunais inferiores. Em linhas gerais, a *virtual representation* é uma hipótese de extensão da coisa julgada a terceiros após a verificação de uma identidade de interesses entre a parte do primeiro processo e o terceiro não participante²⁴⁷.

fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81; III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81”.

²⁴⁵ “(...) though a vast literature about adequate representation exists in the class-action context, it thins dramatically when contemplating other forms of group litigation, such as *parens patriae* actions and multidistrict litigation (MDL). Yet, the need for adequate representation is ubiquitous. Any time one person seeks to represent another in litigation, two questions arise: Is the representative relationship itself legitimate and, if so, are the representative's decisions and actions adequate?” (BURCH, Elizabeth Chamblee. Adequately Representing Groups, **Fordham L. Rev.** *Op. Cit.* p. 3043).

²⁴⁶ U.S. Supreme Court, *Taylor v. Sturgell*, 128, S. Ct. 977 (2008).

²⁴⁷ “Unlike the other primary forms of nonparty preclusion, virtual representation (at least in some of its manifestations) does not require a preexisting legal relationship between the nonparty and a party in the case in

Os fatos do caso concreto são os seguintes: Greg Herrick, um entusiasta de aeronaves antigas, requereu à *Federal Aviation Administration* (“FAA”) acesso a especificações técnicas relativas a um caça F-45, usando como base uma lei de acesso à informação. Seu pedido foi negado pela agência, sob a justificativa de que tais informações constituíam segredos comerciais. Irresignado, Herrick ingressou com uma demanda contra a FAA para obrigá-la a lhe ceder esses dados, mas restou vencido, tendo os tribunais dado razão à agência. Na sequência, Brent Taylor, uma pessoa próxima a Herrick, contratou o mesmo advogado que o representou em sua ação para ajuizar uma nova demanda com um pedido idêntico. A única diferença é que seu pleito se fundava em dois argumentos adicionais em relação ao processo anterior.

A matéria foi submetida à Corte Distrital do Distrito de Columbia, que aplicou a doutrina da *virtual representation* para estender a Taylor a coisa julgada formada na ação movida por Herrick. Na ocasião, a Corte entendeu que isso se justificava, entre outros motivos²⁴⁸, pois havia identidade de interesses entre Greg Herrick e Brent Taylor. Após interposição de apelação, a Corte de Apelações manteve o entendimento do julgador de primeira instância. Inconformado, Taylor recorreu à Suprema Corte, que recebeu seu recurso.

Ao analisar o caso, a Suprema Corte deu razão à Taylor, entendendo que houve irregular extensão da coisa julgada a terceiro. A Corte iniciou sua fundamentação afirmando que “[i]t is a principle of general application in Anglo-American jurisprudence that one is not bound by a judgment in personam in a litigation in which he is not designated as a party or to which he has not been made a party by service of process”²⁴⁹. Ou seja, estabeleceu que a regra geral do direito norte-americano é muito semelhante ao art. 506 do CPC brasileiro. Em seguida, a Suprema Corte identificou na *class action* uma exceção a esse regramento geral e passou a

order to bind the nonparty by the case's findings and judgment. Instead, the nonparty is bound if her interests are deemed to have been sufficiently aligned with a party in the prior case and certain other factors are satisfied, even if there is no preexisting formalized relationship between them” (REDISH, Martin H.; KATT, William J. *Taylor v. Sturgell*, procedural due process, and the day-in-court ideal: resolving the virtual representation dilemma. **NOTRE DAME L. REV.**, [s. l.], ed. 84, p. 1877-1918, 2009, p. 1878).

²⁴⁸ Esses outros motivos incluíram a relação próxima entre os dois litigantes e a manobra estratégica empreendida pelos dois para subverter a definitividade do julgamento: “In reaching this conclusion, the district court adopted the Eighth Circuit's seven-factor test for virtual representation. This test required an identity of interests between the plaintiffs in both suits and in addition considered six factors that were found to weigh in favor of virtual representation in the present case: (1) a close relationship between the party and the precluded nonparty; (2) participation in the prior litigation by the precluded nonparty; (3) acquiescence to preclusion by the precluded nonparty; (4) deliberate tactical maneuvering to avoid the initial judgment; (5) adequate representation; and (6) a public law issue rather than a private law issue” (REDISH, Martin H.; KATT, William J. *Op. Cit.* p. 1883)

²⁴⁹ U.S. Supreme Court, *Taylor v. Sturgell*, 128, S. Ct. 977 (2008), p. 1.

analisar se a *virtual representation* poderia ser também qualificada como uma excepcionalidade.

Sua conclusão foi no sentido negativo, tendo havido, no caso concreto, uma violação inconstitucional do direito a ter um dia perante o tribunal. De acordo com a Suprema Corte, os tribunais inferiores teriam falhado em garantir a representatividade adequada no processo movido por Herrick, não tendo adotado os “procedimentos especiais” que ocorrem nas *class actions* para proteger o interesse dos ausentes da relação processual²⁵⁰. Mais especificamente, esses procedimentos especiais seriam (i) os interesses do terceiro e de seu representante devem estar alinhados; (ii) a parte representante deve compreender que está agindo na capacidade de representante ou a corte tomou providências para proteger os interesses dos terceiros e, em algumas situações, (iii) intimação para os substituídos²⁵¹.

Ao fim, a Corte entendeu que a mera coincidência de interesses da doutrina da *virtual representation*, sem esses “procedimentos especiais”, equivaleria a permitir um tipo de *class action* de fato sem as proteções para garantir a representatividade adequada nos termos estabelecidos em *Hansberry v. Lee*²⁵².

Essa decisão poderia ser vista como uma negação, no direito norte-americano, de extensão da coisa julgada a terceiros em um contexto fora das *class actions*, em prestígio à regra geral de que todos devem ter seu dia perante a corte. Certamente o precedente é uma demonstração de que o direito do contraditório é extremamente caro nos EUA, tal como

²⁵⁰ “Our inquiry came to an end when we determined that the original plaintiffs had not understood themselves to be acting in a representative capacity and that there had been no special procedures to safeguard the interests of absentees. See 526 U. S., at 168. Our decisions recognizing that a nonparty may be bound by a judgment if she was adequately represented by a party to the earlier suit thus provide no support for the D. C. Circuit’s broad theory of virtual representation” (U.S. Supreme Court, *Taylor v. Sturgell*, 128, S. Ct. 977 (2008), p. 15).

²⁵¹ “A party’s representation of a nonparty is “adequate” for preclusion purposes only if, at a minimum: (1) the interests of the nonparty and her representative are aligned, see *Hansberry*, 311 U.S., at 43, [61 S. Ct. 115](#); and (2) either the party understood herself to be acting in a representative capacity or the original court took care to protect the interests of the nonparty, see *Richards*, 517 U.S., at 801-802, [116 S. Ct. 1761](#); *supra*, at 2173-2174. In addition, adequate representation sometimes requires (3) notice of the original suit to the persons alleged to have been represented, see *Richards*, 517 U.S., at 801, [116 S. Ct. 1761](#).^[11] In the class-action context, these limitations are implemented by the procedural safeguards contained in Federal Rule of Civil Procedure 23.” (U.S. Supreme Court, *Taylor v. Sturgell*, 128, S. Ct. 977 (2008), p. 15).

²⁵² “An expansive doctrine of virtual representation, however, would “recogniz[e], in effect, a common-law kind of class action.” *Tice*, 162 F.3d, at 972 (internal quotation marks omitted). That is, virtual representation would authorize preclusion based on identity of interests and some kind of relationship between parties and nonparties, shorn of the procedural protections prescribed in *Hansberry*, *Richards*, and Rule 23. These protections, grounded in due process, could be circumvented were we to approve a virtual representation doctrine that allowed courts to “create *de facto* class actions at will.” *Tice*, 162 F.3d, at 973” (U.S. Supreme Court, *Taylor v. Sturgell*, 128, S. Ct. 977 (2008), p. 15).

também o é no Brasil. Como coloca Luiz Guilherme Marinoni: “*O right to a day in Court, visto nos sistemas de civil law como o mais fundamental de todos os direitos, foi reafirmado em Taylor v. Sturgell, delineando-se definitivamente o espaço em que a proibição de relitigação deve operar*”²⁵³.

A análise desse precedente poderia levar à conclusão de que, no fundo, a jurisdição norte-americana não teria grandes lições a nos ensinar. À exceção das *class actions*, seu sistema de preclusões da coisa julgada ao terceiro é largamente semelhante ao brasileiro. A excepcionalidade nada mais seria do que uma opção de política legislativa diferente daquela tomada pelo Brasil ao disciplinar suas ações coletivas. Ademais, como visto, o ordenamento jurídico brasileiro também tem suas exceções à regra geral do art. 506 do CPC, como os casos de sucessão e substituição processual em ações não coletivas.

Essa constatação é, no entanto, superficial. O fato é que o precedente reforçou a importância da representatividade adequada para fins de extensão da coisa julgada a terceiros, estabelecendo-a como uma exceção à regra geral, em ações coletivas ou não. O problema é que, ao tratar dos tipos de “procedimentos especiais” que poderiam ser adotados pelos tribunais para preencher o requisito da representatividade adequada, a Suprema Corte apenas fez alusão aos procedimentos das *class actions*, potencialmente esvaziando o significado da exceção em outros tipos de processo, deixando a questão em aberto²⁵⁴.

É especialmente interessante de se notar, no entanto, que mesmo defensores ferrenhos do direito ao dia no tribunal entendem que estabelecer apenas a *class action* como exceção para a extensão da coisa julgada a terceiros é insuficiente e pode causar problemas processuais justamente em casos envolvendo situações de colegitimados em demandas com provimentos indivisíveis²⁵⁵.

²⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: Decisão de questão idêntica x precedente. *Op. Cit.*, p. 59-60

²⁵⁴ “There is a strong argument that by limiting the “adequate representation” exception to cases involving “special procedures” or a preexisting understanding, the Court effectively stripped the exception of any meaning. The Court’s only example of a sufficiently “special” procedure was a “properly conducted class action.” Class actions, of course, operate as an independent basis for nonparty preclusion and it is not at all clear that any other procedures exist that would satisfy this limit on adequate representation-based preclusion” (REDISH, Martin H.; KATT, William J. *Op. Cit.* p. 1886)

²⁵⁵ “In situations of indivisible relief, it is quite conceivable that allowing separate suits to result in “incompatible standards” could cause severe hardships to a defendant. In these situations, not binding subsequent plaintiffs to the result in the first suit through virtual representation might threaten the defendant’s due process rights, and at the

Martin H. Redish e William J. Katt propõem que, nessas situações excepcionalíssimas, seja estendida a coisa julgada ao terceiro não participante mesmo quando se tratar de ação individual, desde que haja sua representatividade adequada. Em sua proposição, a análise do preenchimento desse requisito deve se dar sob três aspectos: identidade de interesses entre a parte e o terceiro, incentivo da parte para defesa vigorosa do direito e suficiência de recursos para a realização dessa defesa vigorosa²⁵⁶. Uma diferença em relação às *class actions* é que essa análise deve, no modelo proposto por esses autores, ocorrer *ex post*, no processo movido pelo segundo autor²⁵⁷ e não durante a tramitação do processo coletivo.

Para melhor compreensão, vale simular a aplicação dessa solução no caso da ação anulatória de assembleia de acionistas. O acionista A ajuíza sua demanda de anulação de assembleia contra a Companhia, sem obter êxito. Posteriormente, o acionista B ajuíza sua própria demanda contra a Companhia para anular a mesma assembleia. A Companhia, em sua defesa, alega que o acionista B está vinculado à coisa julgada formada no processo anterior, pois foi adequadamente representado pelo acionista A. O julgador, então, passa a avaliar se existe identidade de interesses entre A e B, obtendo uma resposta positiva, pois os dois desejam anular a mesma assembleia. Depois, avalia se A fez uma defesa vigorosa do direito envolvido.

very least threaten sub-constitutional interests in reason and fairness" (REDISH, Martin H.; KATT, William J. *Op. Cit.* p. 1879-1880). Para esses autores, o conceito de "provimento indivisível" está atrelado à determinação de obrigações de fazer conflitantes entre si: "[i]ndivisible relief refers to situations in which the relief granted in one suit and the relief sought in a second suit cannot be treated separately-in other words, one is necessarily tied to the other. Indivisible relief situations often involve cases in which injunctive relief is sought. For example, a judgment in one case might require that the defendant take a specific action, while a different plaintiff in a later suit against the same defendant might seek relief that would prohibit the defendant from taking that very action. If the requested relief were to be ordered in the second suit, the defendant would be prohibited by law from performing the very act he had been required to perform in the first suit. In this scenario, the relief requested in the second suit is indivisible from the relief granted in the first suit because as a practical matter the defendant can physically comply with only one of the conflicting orders" (*Idem*, p. 1895). De todo modo, como pode se ver, a problemática por ele exposta corresponde ao mesmo problema enfrentado na ação anulatória de assembleia.

²⁵⁶ "Particularly in the class action context, adequate representation is a fairly developed concept. As a prerequisite for class certification, Rule 23 (a) (4) provides that "the representative parties will fairly and adequately protect the interest of the class. This language has been interpreted to require that the representative party's interests be aligned with the represented party's interests, the representative party have incentive to litigate vigorously, and the representative party have sufficient resources to litigate vigorously. These three concepts should also form the basis for the inquiry into adequate representation for purposes of virtual representation" (*Idem*, p. 1908-1909).

²⁵⁷ "We should note an important difference between making a finding of adequate representation in the contexts of class actions on the one hand and virtual representation on the other. While the adequacy determination in the class action context must be made *ex ante*, that determination will be made *ex post* in the virtual representation situation. In class actions the court makes its adequacy finding before the actual litigation, rendering it merely a prediction of what is likely to happen in the future. In contrast, in the virtual representation context the court in cases has the luxury of being in a position to examine the conduct of case 1 to determine whether the absent party's interests had been adequately represented" (*Idem*, p. 1910-1911).

Caso entenda que sim, B foi adequadamente representado por A e, assim, deve ser vinculado à coisa julgada formada no primeiro processo.

Vale pontuar que a solução funcionaria sob a perspectiva do acionista interessado em manter a validade da assembleia. Imagine-se que o acionista A tivesse obtido êxito em sua demanda anulatória contra a Companhia. Caso o acionista C, interessado na manutenção do conclave, ingressasse com uma ação de declaração de validade da deliberação assemblear, o julgador poderia estender-lhe a coisa julgada formada no processo anterior, por ter sido adequadamente representado pela Companhia.

A proposição de Martin H. Redish e William J. Katt é muito atrelada aos problemas causados nos provimentos incindíveis, até porque Martin H. Redish é conhecido por ter uma visão muito restritiva do direito ao dia no tribunal, chegando mesmo a questionar a constitucionalidade das próprias *class actions*, sob o prisma da violação ao devido processo legal do litigante individual²⁵⁸. Mesmo ele, no entanto, reconhece os graves problemas que a aplicação absoluta do princípio do contraditório pode causar e diz que o processo civil envolve equilibrar interesses²⁵⁹.

Outros autores também se valem da perspectiva do equilíbrio de interesses para justificar a flexibilização da regra geral da relatividade da coisa julgada às partes. Robert Bone, por exemplo, aponta que o critério da representatividade adequada como justificativa para extensão da coisa julgada a terceiros não pode ser explicado pelas duas visões tradicionais e antagônicas sobre o tema: o viés de resultado e o viés processual²⁶⁰.

O viés de resultado se baseia na noção de que a eficiência gerada pela agregação das demandas é o que justifica a representatividade adequada como substituto da participação direta da parte. Através dela, é possível obter resultados semelhantes a custos de litigância menores do que se fosse permitido o ajuizamento sucessivo de ações. O problema dessa

²⁵⁸ Cf. REDISH, Martin H. **Wholesale Justice: Constitutional Democracy and the Problem of The Class Action Lawsuit**. EUA: Standford University Press, 2009.

²⁵⁹ “It would be unrealistic and unwise, however, to view the day-in-court ideal as an absolute. Procedural due process has always been thought to implicate some form of a balancing of interests and therefore, it is at least conceivable that even highly valued autonomy interests may be outweighed by higher valued competing interests” (REDISH, Martin H.; KATT, William J. *Op. Cit.* p. 1894)

²⁶⁰ “At least since *Hansberry v. Lee*, most lawyers, judges, and scholars agree on at least one answer to this question: B can sometimes be bound when A “adequately represents” B’s interests.¹⁸ The challenge is to explain why. There are two general ways to approach this challenge: one is outcome-based and the other is process-based”. (BONE, Robert G. The Puzzling Idea of Adjudicative Representation: Lessons for Aggregate Litigation and Class Actions. **George Washington Law Review**, Washington D.C., v. 79, p. 577-627, 2011, p. 581)

explicação, de acordo com Bone, é que, estritamente pelo viés da eficiência, sequer seria necessário se valer da representatividade adequada. Se a eficiência fosse o único parâmetro, bastaria considerar que a extensão da coisa julgada a terceiros gera economia processual e isso, por si só, justificaria a vinculação do terceiro ao resultado do julgamento. Por essa ótica, o precedente estabelecido em *Hansberry v. Lee* não faria sentido²⁶¹.

O viés processual, por sua vez, vale-se do pressuposto de que a participação pessoal da parte é necessária para a legitimidade do julgamento e em respeito à dignidade e à autonomia dos que são afetados pelo processo. Para tanto, seria importante garantir à parte o controle pessoal sobre a apresentação de evidências, escolha de argumentos e outras decisões processuais²⁶². De acordo com Robert Bone, analisando-se a jurisprudência sobre o direito da parte ao seu dia no tribunal, essa garantia corresponde a um amplo controle do indivíduo em relação às escolhas estratégicas do litígio²⁶³. O problema é que esse entendimento só faz sentido dentro de um contexto de regras muito estreitas de preclusão²⁶⁴, o que não é coerente com a doutrina da representatividade adequada, a qual viabiliza a extensão da coisa julgada aos terceiros e estes não têm controle nenhum sobre a demanda de que não participam²⁶⁵.

Diante da impossibilidade desses dois vieses explicarem a representatividade adequada, Robert Bone formula uma explicação que equilibra fatores institucionais em oposição ao direito ao contraditório em sua versão ampla, o que abrange, como visto, o direito ao amplo controle estratégico da demanda. O autor indica que existe uma série de regras no processo civil norte-americano no sentido de limitar a autonomia dos litigantes mesmo em

²⁶¹ “The upshot is that there is a serious mismatch between theory and existing nonparty preclusion doctrine. For example, an outcome based approach does not fit the conventional account of *Hansberry v. Lee*, where the Court held that adequate representation was necessary to constitutionally bind an absent class member. If outcome quality is the metric, then *Hansberry*’s holding makes no sense. There should be no constitutional obstacle to binding B even when A does not purport in any way to represent B’s interests provided A’s lawsuit is structured so as to ensure a good enough outcome for B. For example, if the quality of an outcome is measured in terms of error risk, it should be sufficient much of the time to bind B, at least to the issues decided in A’s suit, when A litigates vigorously and has no incentive to harm B” (*Idem*, p. 583)

²⁶² “Roughly speaking, a process-based approach holds that personal participation is required for the legitimacy of adjudication or to accord respect for the dignity and autonomy of those persons significantly affected by litigation.³⁷ The process-based dimension of the day-in-court right aims to implement this participation principle, and it does so by guaranteeing personal control over the presentation of evidence, choice of arguments, and other litigation decisions” (*Idem*, p. 585).

²⁶³ “Nevertheless, the caselaw does offer clues to how courts conceive of the day in court, and those clues suggest that a day in court involves rather broad control over litigation choices” (*Idem*, p. 585).

²⁶⁴ “The close connection between the process-based day-in-court right and personal control over litigation choices makes sense of the very narrow nonparty preclusion rules” (*Idem*, p. 587).

²⁶⁵ “The problem is that, outside the pure fiduciary context, representation is not compatible with a strong participation right that guarantees broad individual control. This is the rub. Just when representation is needed normatively, it is not up to the normative task” (*Idem*, p. 589).

processos não coletivos. Seus exemplos incluem dispositivos relacionados à discricionariedade do juiz para limitar litisconsórcios²⁶⁶, à existência de situações de *mandatory joinder* (algo similar ao litisconsórcio necessário brasileiro)²⁶⁷, à possibilidade de apresentação de reconvenção pelo réu, inclusive com a inclusão de outras partes no processo²⁶⁸ e à eventual intervenção de terceiro²⁶⁹. Tudo isso impõe uma limitação ao controle do autor da ação, por razões institucionais.

Antes de prosseguir com a lógica do autor, vale uma breve digressão. É especialmente interessante de verificar nesses exemplos como o direito ao contraditório nos EUA – na acepção do direito a cada parte a seu dia no tribunal – é mais expansivo do que no Brasil. Afinal, não é comum, entre os processualistas brasileiros, caracterizar questões como litisconsórcio, reconvenção e intervenção de terceiro como limitações ao princípio do contraditório. A concepção trinomial do nosso princípio do contraditório não compreende uma noção de amplo controle estratégico do processo, como ocorre nos EUA. No máximo, refere-se à capacidade de influenciar o julgador. Essa constatação é valiosa para as considerações que serão feitas no Capítulo 4 abaixo, quando forem expostos os motivos pelos quais o nosso princípio do contraditório também comporta certa relativização. Afinal, se mesmo uma concepção mais abrangente do contraditório pode ser relativizada nos EUA, com muito mais razão, a partir do mesmo critério hermenêutico, é possível defender a relativização do contraditório mais enxuto que temos no Brasil.

Voltando à doutrina de Robert Bone, além dos exemplos acima, o autor também faz referência à limitação da autonomia das partes ante procedimentos coletivizados que não são *class action*, como é o caso do *multidistrict litigation* - MDL. Nesse tipo de procedimento, uma série de demandas são consolidadas e processadas em fase de pré-julgamento. Nessa consolidação, o direito à condução estratégica por cada um é diluído, cedendo a uma coordenação coletiva da demanda²⁷⁰.

Para o autor, existe um padrão em todas essas exceções. O direito ao dia perante o tribunal é limitado toda vez que seu exercício possa afetar melhorias institucionais a serem

²⁶⁶ Regras 42 (b) e 20(b) das Regras Federais de Processo Civil (cf. BONE, Robert G. *Op. Cit.* p. 617).

²⁶⁷ Cf. *Idem*, p. 618.

²⁶⁸ Cf. *Idem*, p. 619.

²⁶⁹ Cf. *Idem*.

²⁷⁰ Cf. *Idem*, p. 620.

trazidas pela agregação, em benefício ao bem-estar coletivo²⁷¹. Ou seja, defende que o direito ao contraditório amplo deve ceder quando houver outros fatores institucionais relevantes em jogo²⁷². Admitidamente, sua solução é fundamentada pelo construtivismo de Ronald Dworkin, empregando o método de equilíbrio refletivo de John Rawls²⁷³.

Jay Tidmarsh usa um argumento semelhante para justificar a imposição de limites ao direito ao dia no tribunal em relação ao litigante individual, em benefício à litigância agregada. Esse autor basicamente diz que o direito à autonomia do autor que deseja litigar na esfera individual acaba quando sua escolha ameaça causar prejuízo aos demais. Aí se incluem outros colegitimados, o réu – que pode acabar sendo submetido a decisões conflitantes em demandas sucessivas – e a própria sociedade²⁷⁴. Apesar de seu texto falar especificamente no contexto das *class actions*, sua lógica é perfeitamente aplicável a outras situações de agregação de disputas.

Em suma, percebe-se que há autores norte-americanos que compreendem a representatividade adequada e seus efeitos preclusivos perante terceiros como resultado do balanceamento entre o contraditório e outros interesses em jogo. Essa compreensão justifica seu uso para além das ações coletivas, importando aplicação em contexto nos quais houver provimentos indivisíveis para um grupo, por exemplo.

²⁷¹ “The main conclusion of the foregoing analysis is that the day-in-court right is best understood as a right to control litigation insofar as relevant institutional considerations support personal control. It is a right insofar as it resists or constrains reasons for limiting control that sound exclusively in improving aggregate welfare or achieving collective social goals. But it does not guarantee a zone of relatively unfettered freedom. Litigation is not a field where adversaries engage in unrestrained combat. Litigation is the way adjudication accomplishes its goals, and the public goals of adjudication shape the procedural rights litigants possess” (*Idem*, p. 624).

²⁷² “This pattern fits a different view of the day-in-court right. On this view, there is no such thing as a right to unfettered freedom, even a right that must be limited in scope to accommodate other comparable rights. Instead, the best way to understand the participation right, consistent with the way litigant autonomy works in ongoing litigation, is that it reflects a balance of institutional considerations relevant to assuring the fairness and justness of adjudication. An institutional right of this sort can still qualify as a “right” so long as it somehow resists utilitarian reasons for limiting control based on improving aggregate social welfare. By “resists,” I mean that the right need not exclude or wholly trump utilitarian reasons, but it must limit the reasons that count—for example, by demanding that the welfare gains be very large or that appeals to social welfare somehow take account of a right holder’s interests” (*Idem*, p. 615).

²⁷³ Ver *Idem*, p. 616, nota 173.

²⁷⁴ “It is possible to restate and unify these four scenarios in a single principle: An individual plaintiff’s autonomy to choose not to join with other plaintiffs stops when that choice threatens harm to others – whether that harm is to other potential plaintiffs, who might find their own interests impaired by the plaintiffs choice to sue separately; to the defendant, who might be whipsawed by inconsistent judgments of multiple plaintiffs exercising their choices to sue separately or else beaten down by the costs of repetitive litigation; or to society, which finds individual litigation too expensive a luxury to subsidize or too vagarious a method to deter illegal conduct” (TIDMARSH, Jay. Rethinking Adequacy of Representation. *Texas Law Review*, *Op. Cit.*, p. 1146-1147).

3.3 A representatividade adequada no Brasil: razões para uma necessária mudança de paradigma

No Brasil, costuma-se a atrelar a noção de representatividade adequada exclusivamente à definição, por parte da lei, dos róis de legitimados extraordinários nos procedimentos coletivos²⁷⁵. Diz-se que o controle da qualidade da representação já foi feito pelo legislador, ou seja, *ope legis*, quando definiu, na legislação, os substitutos processuais adequados para representar a coletividade²⁷⁶. Assim, ficaria afastado o seu controle pelo juiz, tal como ocorre nos EUA.

A bem da verdade, entender pela ausência de qualquer controle por parte do julgador é uma posição irrealista. Como apontam Cássio Scarpinella Bueno²⁷⁷, Freddie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.²⁷⁸, o juiz brasileiro controla a adequação da representação para além da mera verificação da legitimidade definida em lei. É o que ocorre, por exemplo, no exame do critério da pertinência temática de associações privadas em relação ao objeto da ação coletiva.

De todo modo, chamar o regime de legitimidade extraordinária nas ações coletivas de controle da representatividade adequada pode causar certa estranheza. Afinal, ao expor os contornos do surgimento da *adequacy of representation* nos EUA, estabeleceu-se que a adequada representação era um elemento a justificar a extensão da coisa julgada a terceiros. Uma mitigação do direito ao contraditório frente a outros interesses institucionais. No Brasil, por outro lado, como já dito, a coisa julgada da ação coletiva não se estende *pro et contra* aos substituídos. Apenas se estende *secundum eventum litis*, para beneficiá-los. Ora, se não há

²⁷⁵ “O legislador brasileiro optou por uma solução intermediária, entre a legitimidade de todos os interessados, juridicamente (sistema das class actions), e a escolha de um legitimado exclusivo. O microssistema elege algumas entidades presumivelmente capazes de tutelar os interesses do grupo em juízo. Essa presunção decorre da lei, o que traduz um controle *ope legis* de representatividade adequada. Isto é, a opção foi feita pelo legislador, elencando rol de legitimados e requisitos para que atuem” (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PORTO, José Roberto Mello. **Manual de Tutela Coletiva**. *Op. Cit.*, p. 100).

²⁷⁶ Ver GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e coisa julgada. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**, Buenos Aires, v. 1, n. 1, p. 11-27, 2002; DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Saraiva, 2001; NERY JR., Nelson; NERY, Rosa. **Código de Processo Civil Comentado**. 20. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

²⁷⁷ Ver BUENO, Cassio Scarpinella. As Class Actions Norte-Americanas E As Ações Coletivas Brasileiras: Pontos Para Uma Reflexão Conjunta. *Op. Cit.*

²⁷⁸ “Entre os vários critérios para a verificação da representatividade adequada, um que atualmente tem apresentado utilidade prática pode servir de exemplo: exige-se um vínculo de afinidade temática entre o legitimado e o objeto litigioso” (DIDIER JR. Freddie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo**. *Op. Cit.* p. 222).

extensão para prejudicar, qual o sentido de fazer qualquer tipo de controle de representatividade adequada no caso brasileiro?

Na verdade, o controle da representatividade adequada na ação coletiva brasileira não se volta para a vinculação do substituído e sim para a vinculação dos demais substitutos. Relembre-se: a coisa julgada coletiva se forma *pro et contra*²⁷⁹. A derrota ou a vitória vinculam os outros legitimados extraordinários da demanda. Dessa forma, é importante que se impeça, por exemplo, que uma associação sem qualquer pertinência temática com o objeto da lide ajuíze uma ação temerária cujo resultado possa vincular substitutos sérios, que melhor possam representar os interesses da coletividade.

Dito isso, entendo que a identificação do conceito de representatividade adequada apenas com a aferição de legitimidade na ação coletiva e condições da ação continua sendo uma abordagem limitada por parte da doutrina brasileira sobre o tema e desvia o foco do principal objetivo desse instituto. A função da representatividade adequada nos EUA é uma só: vincular terceiros à coisa julgada formada no processo, sejam eles coletivos ou não. Isso pode ocorrer através do controle de legitimidade das *class actions*, é verdade, mas não é esse necessariamente o caso. A representatividade adequada pode ser aferida, e frequentemente o é, em um segundo processo, movido por um litigante individual que defenda não ter sido adequadamente representado no processo anterior. É o que se chama de *collateral attack*²⁸⁰⁻²⁸¹. Nessa situação, caberá ao julgador da segunda demanda avaliar se o autor do processo anterior possuía identidade de interesses com o autor dessa segunda demanda e se defendeu e tinha capacidade

²⁷⁹ “A coisa julgada coletiva no Brasil opera diferentemente nos planos coletivo e individual. Na esfera coletiva, em princípio, ela vinculará a todos os co-legitimados, independentemente do resultado do processo (*pro et contra*), impedindo que sejam propostas novas ações coletivas. A única exceção se verifica quando o pedido for julgado improcedente por falta de provas nas demandas em defesa de direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, hipótese em que não haverá formação de coisa julgada material (*secundum eventum probationem*). No plano individual é que a coisa julgada somente será eficaz para beneficiar o grupo, conforme previsto no art. 103, parágrafos 1º e 2º do Código de Defesa Consumidor. Assim, existe o risco de comprometimento dos interesses coletivos pela atuação de um representante inadequado. Caso a ação não seja julgada improcedente por falta de provas, a possibilidade de ajuizamento de uma nova demanda coletiva restará irremediavelmente prejudicada” (ROQUE, André Vasconcelos. O que significa representatividade adequada? Um estudo de direito comparado. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, ano 3, v. IV, p. 171-198, jul-dez 2009, p. 174)

²⁸⁰ Ver nota de rodapé n. 228.

²⁸¹ “The law traditionally has also recognized the right of an absent class member to collaterally attack a judgment for inadequate representation. A collateral attack on a class judgment typically occurs when a plaintiff—an absentee in the earlier class suit—brings a subsequent suit on a claim within the alleged scope of the class judgment. The defendant, of course, may defend by pleading preclusion. The plaintiff, for her part, may seek to overcome the preclusion defense by arguing that she was inadequately represented. In short, a collateral attack on a class judgment for inadequate representation, as a conceptual matter, is ordinarily an affirmative defense to the affirmative defense of preclusion” (WOOLLEY, Patrick. Collateral Attack and the Role of Adequate Representation in Class Action Suits for Money Damages, **University of Kansas Law Review**, v. 58, p. 917-977, 2009-2010, p. 950-951).

técnica para defender vigorosamente esses mesmos interesses. Note-se que isso em nada interferirá no controle da legitimidade do primeiro processo, já encerrado. *A discussão diz respeito única e exclusivamente à vinculação do autor da segunda demanda à coisa julgada formada na primeira.*

A questão pode, então, ser resumida da seguinte forma: o controle da representatividade adequada pode *ocasionalmente* envolver aferição de legitimidade, mas *sempre* envolverá extensão da coisa julgada a terceiros, porque é este seu único objetivo. A aferição da legitimidade é apenas um meio para tanto. Há outros. No próprio processo coletivo brasileiro há um exemplo de controle de representatividade adequada que se dá fora da esfera de discussão da legitimidade. Trata-se da formação da coisa julgada coletiva apenas *secundum eventum probationis*. Uma decisão de improcedência por falta de provas reflete uma inadequação do representante, uma incapacidade de vigorosamente defender o direito da classe²⁸². Por essa razão, não deve ser formada coisa julgada coletiva que vincule outros substitutos processuais.

Estabelecido que a representatividade adequada não necessariamente se confunde com definição de legitimidade, tampouco faz sentido limitar o conceito ao campo das ações coletivas. Se a adequada representação é um fenômeno que diz respeito única e exclusivamente à extensão da coisa julgada a terceiros, por que não usá-lo também nas hipóteses de substituição processual em procedimentos não coletivos? De fato, com o perdão pelo trocadilho, a noção de representatividade adequada no Brasil melhor se adequa a esses casos do que às ações coletivas, pois apenas a substituição processual em procedimentos não coletivos estende a coisa julgada *pro et contra* ao substituído. Assim, o perigo de uma representação inadequada é ainda maior do que ocorre na tutela coletiva, em que se vinculam *pro et contra* apenas os substitutos.

Como visto, são hipóteses nas quais o *ordenamento jurídico* – não só a lei – define o legitimado extraordinário. Quando a ação social *ut singuli* derivada foi descrita no Capítulo 2, mencionou-se que a Lei n. 6.404/76 buscou introduzir um mecanismo que *alinhasse os interesses da companhia e de seus acionistas na persecução dos interesses sociais*. Ao estabelecer a legitimidade extraordinária do acionista titular de ações correspondentes a 5% do capital social para ajuizamento da ação social *ut singuli* originária, o legislador buscou

²⁸² “A norma do direito brasileiro que exclui a incidência da coisa julgada nas sentenças de improcedência por insuficiência de provas é uma concessão à imperatividade do conceito de representação adequada em tela de ações coletivas” (GIDI, Antonio. **A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos.** *Op. Cit.* p. 80)

equilibrar a defesa dos *interesses sociais* e, ao mesmo tempo, *evitar o ajuizamento de lides temerárias*. Essas preocupações não deixam de refletir as considerações típicas da aferição da representatividade adequada, sobretudo a *identidade de interesses* e a escolha de um legitimado que possa fazer uma defesa vigorosa de quem está sendo substituído.

Nos casos específicos da legitimidade extraordinária definida em negócio jurídico processual, tem-se a representatividade adequada por *consentimento*. Possibilitar que os próprios substituídos elejam aquele que entendam como o mais *adequado* para *representar* seus interesses em juízo também implica em uma lógica semelhante ao controle da representatividade adequada, inclusive na jurisdição norte-americana. Até porque, como já dito, no caso *Taylor v. Sturgell*, a Suprema Corte definiu que a representação é adequada se, no mínimo (i) houver identidade de interesses e (ii) *ou o representante compreendeu que agia nos interesses dos substituídos* ou o tribunal tomou medidas para proteger os interesses dos terceiros²⁸³. Ou seja, o consentimento e a escolha do representante diretamente pelos substituídos também podem ser considerados uma forma de representatividade adequada nos EUA²⁸⁴.

A ampliação desse conceito para além das ações coletivas no Brasil não é um mero preciosismo terminológico. Se bem que isso não deixa de ser relevante, até porque não faz nenhum sentido que a doutrina brasileira importe o conceito da representatividade adequada – com o mesmo nome que é dado ao fenômeno nos EUA – para, subsequentemente, atribuí-lo um significado distinto, mais limitado e não necessariamente atrelado ao seu objetivo primordial²⁸⁵. Para que haja coerência na adaptação desse fenômeno à realidade brasileira é

²⁸³ Ver nota de rodapé n. 256.

²⁸⁴ A Suprema Corte faz menção mais específica ao caso de consentimento em outro trecho do precedente: “a party bound by a judgment may not avoid its preclusive force by relitigating through a proxy. Preclusion is thus in order when a person who did not participate in a litigation later brings suit as the designated representative of a person who was a party to the prior adjudication. See *Chicago, R. I. & P. R. Co. v. Schendel*, 270 U. S. 611, 620, 623 (1926); 18A Wright & Miller §4454, pp. 433–434. And although our decisions have not addressed the issue directly, it also seems clear that preclusion is appropriate when a nonparty later brings suit as an agent for a party who is bound by a judgment. See *id.*, §4449, p. 335”. (U.S. Supreme Court, *Taylor v. Sturgell*, 128, S. Ct. 977 (2008))

²⁸⁵ “Não há no direito norte-americano uma equivalência entre os conceitos de legitimidade (*standing*) e o de representatividade adequada, como parte da doutrina entende que ocorre com o sistema brasileiro. Trata-se de conceitos distintos, embora relacionados. A representatividade adequada é mais ampla que a legitimidade e exige o reconhecimento pelo juiz de outros elementos no caso concreto de formar a garantir a satisfatória defesa da classe por seu membro” (COSTA, Susana Henriques da. O Controle Judicial da Representatividade Adequada: Uma Análise dos Sistemas Norte-Americano e Brasileiro. In: SALLES, Carlos Alberto Correa (coord.). **As grandes transformações do Processo Civil brasileiro**: homenagem ao professor Kazuo Watanabe. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 953-978, p. 980).

importante se manter fiel às premissas que o fundamentam em sua jurisdição de origem, sob pena de distorcê-lo e gerar incompREENsões.

Mas não é apenas essa a razão da minha crítica ao tratamento que o estudo da representatividade adequada vem recebendo pela doutrina nacional. O principal motivo para aplicar a noção da representatividade adequada para além da aferição da legitimidade extraordinária em ações coletivas é identificar padrões que levem a um melhor entendimento quanto à natureza jurídica desse instituto. As hipóteses acima tratadas – definição, por lei, dos substitutos processuais em ações coletivas e não coletivas, formação da coisa julgada *secundum eventum probationis* e definição convencional de substituto processual – refletem situações nas quais o legislador equilibrou os interesses em jogo.

A coisa julgada *secundum eventum probationis* é uma estipulação que faz ceder o princípio da estabilidade e da segurança jurídica em prol do contraditório. Diz-se que importa em mitigação da estabilidade e da segurança jurídica pois o réu, que litigou e defendeu seu direito na ação coletiva, incorrendo nos respectivos custos de tempo e de dinheiro, não poderá gozar da garantia da coisa julgada se sua vitória se der por insuficiência de provas, como poderia se se tratasse de um processo individual. Prevalece, no caso, o direito dos substituídos ao princípio do contraditório efetivo²⁸⁶.

A formação de coisa julgada coletiva *pro et contra* nas ações coletivas julgadas com suficiência de provas, por sua vez, reflete novamente um balanceamento dos valores envolvidos. A vinculação dos demais *substitutos* ao resultado do julgamento importa em uma relativização do seu direito ao contraditório em relação à estabilidade, segurança jurídica e economia processual.

Por fim, de maneira mais grave, quando a coisa julgada em processo não coletivo movido pelo substituto processual vincula, em caráter *pro et contra*, o *substituído*, é também mitigado o princípio do contraditório em favor da estabilidade, segurança jurídica e economia processual.

²⁸⁶ Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. também veem na coisa julgada *secundum eventum probationis* um equilíbrio dos interesses em jogo: “A opção pela coisa julgada *secundum eventum probationis* revela o objetivo de prestigiar o valor *justiça* em detrimento do valor *segurança*, bem como preservar os processos coletivos do conluio e da fraude processual” (DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo.** *Op. Cit.* p. 475). Entendo que falar em “valor *justiça*” é algo demasiadamente abstrato. Parece mais preciso dizer que a solução prestigia o princípio do contraditório efetivo, consagrado no art. 7º do CPC.

Disso se conclui o seguinte: a representatividade adequada nada mais é do que o resultado, em variadas formas, do sopesamento do princípio do contraditório com outros princípios colidentes, normalmente a segurança jurídica. É essa sua natureza jurídica. O legislador, diante de certas circunstâncias, relativiza esses princípios do direito processual para criar situações em que terceiros se vinculam ao resultado da coisa julgada. O estudo da extensão da coisa julgada a terceiros é, portanto, um estudo sobre representatividade adequada e, por consequência lógica, é também um estudo sobre ponderação de princípios ou de interesses²⁸⁷.

Até aqui, falou-se apenas da representatividade adequada como um equilíbrio de interesses realizado pelo próprio legislador, de maneira *ope legis*. Há, no entanto, um importante desdobramento prático dessa nova conceituação da representatividade adequada no cenário brasileiro. Se se comprehende a adequada representação como o resultado de uma ponderação de princípios, isso significa que o julgador brasileiro possui um papel na verificação da representatividade adequada que vai muito além do controle de legitimidade da ação coletiva. Afinal, o juiz tem o poder-dever de solucionar colisões normativas com base nos critérios de ponderação (art. 489, §2º, do CPC). Evidentemente, aí se inclui a resolução de tensões entre o princípio do contraditório e o princípio da segurança jurídica, que fundamentam o instituto da representatividade adequada. Logo, ao solucionar esse conflito, o juiz pode se valer de parâmetros de representatividade adequada, eventualmente vinculando – ou deixando de vincular – terceiros à coisa julgada já constituída em processo anterior.

Essa mudança de perspectiva na disciplina conceitual da representatividade adequada possui, assim, um impacto gigantesco. Liberta-se esse instituto da limitada compreensão voltada à legitimidade *ope legis* das ações coletivas e condições da ação para um uso mais amplo, com potencial de solucionar problemas relacionados à extensão da coisa julgada a terceiros, incluindo as situações de litisconsórcio unitário multitudinário facultativo, como será exposto no capítulo a seguir.

Antes de prosseguir, no entanto, deve-se, aqui, fazer justiça a algumas vozes minoritárias da doutrina que apontaram anteriormente a impropriedade de se vincular a representatividade adequada à aferição de condições da ação, ainda que não tenham

²⁸⁷ Para além da exposição lógica que faço ao longo desse capítulo, essa conclusão é suportada pela análise de autores americanos, já citados nesta dissertação, em relação à representatividade adequada na jurisdição dos EUA. Ver BONE, Robert G. The Puzzling Idea of Adjudicative Representation: Lessons for Aggregate Litigation and Class Actions. *Op. Cit.* e REDISH, Martin H.; KATT, William J. *Op. Cit.*

concebido o instituto categoricamente como o resultado de uma ponderação de princípios, e, muito menos, desvinculá-lo da esfera da tutela de direitos coletivos.

Bianca Richter, por exemplo, critica a visão doutrinária dominante afirmando que legitimidade e representatividade adequada, apesar de relacionáveis, não são similares, sendo a adequada representação um fenômeno mais amplo, “*exigindo que o magistrado analise elementos do caso concreto para garantir a efetiva observância do devido processo legal*”²⁸⁸. Sua consideração é embasada na doutrina de Flávia Hellmeister Clito Fornaci, que também tece crítica semelhante, afirmando que não lhe parece “*que o conceito se prenda a um pressuposto processual ou a uma condição da ação, pois essas definições referem-se à verificação da legitimidade endoprocessual*”²⁸⁹. A autora defende, no que também é subscrita por Bianca Richter, que a representatividade adequada é um conceito de direito material, decorrente da relação jurídica material preexistente ao processo. Uma qualidade de quem é apto a realizar uma defesa eficiente e tenaz dos direitos coletivos envolvidos, “*seja no âmbito social, administrativo ou judicial*”²⁹⁰.

Seu diagnóstico da limitação da doutrina tradicional é correto, mas sua solução é problemática por três principais razões: (i) a conceituação da representatividade adequada como fenômeno do direito material apresenta um sensível desvio do desenvolvimento do instituto na doutrina norte-americana, esvaziando sua significação; (ii) considerando que a adequada representação está intimamente relacionada à extensão da coisa julgada a terceiros, não há razão para defini-la como algo existente fora de uma relação processual e (iii) não está claro como essa conceituação dá justificativa normativa para que o juiz realize um controle mais amplo da representatividade adequada do que é defendido pela doutrina majoritária. Uma outra razão adicional é o fato de que essa definição permanece presa ao contexto das ações coletivas.

²⁸⁸ “Observamos que a doutrina tende a tratar da representatividade adequada junto ao tema da legitimidade. No entanto, elas não são institutos similares, embora sejam relacionáveis, pois a representatividade adequada é instituto mais” (RICHTER, Bianca Mendes Pereira. Representatividade adequada: Uma comparação entre o modelo norte-americano da class-action e o modelo brasileiro. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, v. 1, p. 187-212, 2012, p. 216)

²⁸⁹ FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. **Representatividade Adequada nos Processos Coletivos**. 2010. Tese (Doutorado) - USP, São Paulo, 2010, p. 49

²⁹⁰ Idem, p. 50.

Mais interessante parece a proposição de Susana Henriques da Costa²⁹¹, cujas considerações são as que mais se aproximam da definição de representatividade adequada aqui defendida:

“O mesmo pode ser dito com relação ao argumento de que os indivíduos não serão atingidos pela coisa julgada em caso de improcedência (art. 103, §§ 1º e 2º, CDC). A técnica certamente é garantista e vem no sentido de não prejudicar aqueles que eventualmente não tenham sido devidamente representados no processo coletivo. Não lida bem, contudo, com a questão da economia processual e da harmonia de julgados, uma vez que permite a multiplicidade de demandas e a existência de decisões contraditórias. Nesse sentido, o controle judicial da representatividade adequada aprimora o sistema, pois o magistrado terá condições de selecionar as demandas propostas por entes realmente vocacionados e preparados para a defesa dos interesses objeto do litígio. Aquelas demandas propostas por representantes não adequados serão imediatamente rechaçadas, abrindo-se a possibilidade de repropositura por outros legitimados. Essa alternativa certamente trará maior probabilidade de que o processo seja julgado procedente e tornará desnecessária a propositura de demandas individuais (uma vez que já estará assegurada a proteção coletiva). Minimiza-se, assim, o risco de decisões contraditórias e evita-se a propositura de inúmeras demandas individuais”

Como se vê, a autora adota um raciocínio típico da ponderação de princípios para justificar a representatividade adequada, ainda que não nomeie expressamente a utilização dessa técnica para embasar sua lógica. O trecho acima é apenas um exemplo, mas a verdade é que o seu artigo como um todo é permeado de referências ao conflito do princípio do contraditório com o princípio da efetividade do processo²⁹². A autora, porém, não parece ter percebido o verdadeiro potencial de sua linha argumentativa e, em sua conclusão, não inova em relação à doutrina tradicional.

Passada a digressão, cabe uma advertência. Defender a conceituação da representatividade adequada como o resultado da ponderação de princípios, apesar de libertador em relação às limitações da corrente majoritária, não é algo que deve entender como uma carta de salvo conduto para julgadores criativos. Não se propõe, aqui, que essa nova percepção da representatividade adequada possa autorizar que o juiz brasileiro venha a impor, por exemplo, um controle de adequada representação em processos coletivos que seja típico da certificação

²⁹¹ COSTA, Susana Henriques da. *Op. Cit.*, p. 23

²⁹² Esse princípio é conceituado pelo autora da seguinte forma: “Transposta para o processo, pode-se dizer que a efetividade do processo relaciona-se a aptidão desse instrumento de alcançar os melhores resultados, tendo em vista os recursos disponíveis (técnicas processuais) e os objetivos do sistema (escopos do processo)” *Idem*, p. 17.

que ocorre na jurisdição norte-americana. Nem que, com base na representatividade adequada, estabeleça, de maneira ampla, procedimentos que poderiam corresponder, de fato, às *class actions* dos EUA. Isso não seria adotar uma ponderação de princípios, método criterioso e subsidiário na tarefa hermenêutica do jurista. Isso seria simplesmente inventar regras, em violação ao princípio da separação dos Poderes da República.

Não se pode esquecer que o próprio art. 489, §2º, do CPC, que autoriza a adoção da técnica pelo magistrado, condiciona seu exercício à devida justificação. Por essa razão, justamente com o propósito de oferecer elementos para uma justificação nesse sentido, passo a refinar no capítulo a seguir os critérios interpretativos para resolução de conflitos normativos que, entendo, devem resultar na aplicação do conceito de representatividade adequada para a solução das lides multitudinárias, com recorte específico nos litígios do mercado de capitais.

4. UMA PROPOSTA DE SOLUÇÃO PARA EXTENSÃO DA COISA JULGADA A TERCEIROS NOS LITÍGIOS MULTITUDINÁRIOS DO MERCADO DE CAPITAIS

4.1 Traçando os contornos do problema: um resumo das questões específicas dos litígios multitudinários do mercado de capitais

As balizas do problema referente à situação específica dos litígios multitudinários do mercado de capitais já foram, de algum modo, antecipadas ao final das considerações contidas no Capítulo 2. A antecipação foi necessária para que se compreendesse a insuficiência das alternativas doutrinárias sobre o tema e o porquê de se adentrar no conceito da representatividade adequada para, posteriormente, buscar solucionar essa questão através desse instituto.

Para facilitar o desencadeamento do raciocínio exposto ao longo deste Capítulo, é necessário retomar os contornos da controvérsia. Após ser feita a exposição das exceções à regra geral do art. 506 do CPC – no sentido de que a coisa julgada só se forma entre as partes, não podendo prejudicar terceiros – abordou-se a problemática discussão envolvendo as situações de litisconsórcio unitário facultativo²⁹³, que há tempos inquieta processualistas.

²⁹³ Para definição desses conceitos, remeto aos tópicos 3.5.1 e 3.5.2.

Foi dito que existem duas grandes correntes: os que entendem pela não extensão da coisa julgada ao terceiro colegitimado, com base na teoria de Liebman²⁹⁴, e os que defendem a extensão ao terceiro, fundamentados nas considerações de Barbosa Moreira²⁹⁵. Chamou-se atenção que alguns autores do primeiro campo possuem uma visão flexível, admitindo a extensão desde que houvesse uma maneira de dar notícia aos terceiros colegitimados, a fim de que se facultasse sua intervenção²⁹⁶. Também adantei minha posição contrária à segunda corrente, dada a inequívoca violação do princípio do contraditório.

É importante fazer um registro adicional sobre a atual divisão entre essas duas principais correntes em termos de sua recepção pela jurisprudência. Pode-se dizer que o entendimento jurisprudencial reflete a falta de consenso sobre o tema na doutrina. No âmbito do STJ há julgados nas duas direções em situações envolvendo tutela de direito incindível. Veja-se abaixo, por exemplo, a ementa de um acórdão entendendo pela aplicação da corrente de Barbosa Moreira:

“RECURSO ESPECIAL. PROPRIEDADE INTELECTUAL. DIREITOS AUTORAIS. SONORIZAÇÃO AMBIENTAL. DECISÃO JUDICIAL DEFINITIVA QUE DISPENSOU OS CLIENTES/ASSINANTES DA RÁDIO IMPRENSA S/A DO PAGAMENTO DE REMUNERAÇÃO AUTORAL. COISA JULGADA. LIMITES SUBJETIVOS. VIOLAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. IRRADIAÇÃO DE EFEITOS DE DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO SOBRE TERCEIROS. POSSIBILIDADE.

1. Ação ajuizada em 29/11/2004. Recurso especial interposto em 29/7/2014 e concluso ao Gabinete em 25/8/2016.
2. O propósito recursal é definir se o acórdão recorrido violou os limites subjetivos da coisa julgada e, subsidiariamente, se a utilização de sonorização ambiental no estabelecimento da recorrida enseja o pagamento de direitos autorais.
3. Segundo disposto no art. 472 do CPC/73, a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros.
4. Em determinadas circunstâncias, todavia, diante da posição do terceiro na relação de direito material, bem como pela natureza desta, a coisa julgada pode atingir quem não foi parte no processo. Precedente.
5. Os limites subjetivos da coisa julgada – os quais se destinam a definir quais sujeitos estão impedidos de discutir novamente provimentos judiciais definitivos – não se confundem com os efeitos legítimos que a

²⁹⁴ Ver nota de rodapé n. 198

²⁹⁵ Ver nota de rodapé n. 200

²⁹⁶ Eduardo Talamini, Egas Moniz de Aragão, Cássio Scarpinella Bueno e Thereza Arruda Alvim. Ver notas de rodapé n. 213 a 217.

sentença pode irradiar sobre terceiros que, embora não figurem como sujeitos ativos ou passivos da relação jurídico-substancial versada no litígio, são titulares de relações jurídicas que com ela se relacionam ou que dela dependam. Doutrina.

6. No particular, houve julgamento definitivo: (i) reconhecendo que a atividade desenvolvida pela litisdenunciada estende-se desde a geração da música até a efetiva propagação da sonorização ambiental nos estabelecimentos de seus clientes/assinantes; e (ii) dispensando esses clientes/assinantes de obterem licença especial ou de pagarem quaisquer taxas diretamente ao ECAD.

7. A relação jurídica material estabelecida entre a litisdenunciada e a recorrida (prestação de serviços de sonorização ambiental), possui conexão incindível com aquela a respeito da qual houve pronunciamento jurisdicional transitado em julgado (ECAD x RÁDIO IMPRENSA S/A).

8. O benefício auferido pela recorrida, consistente na dispensa de pagamento de direitos autorais diretamente ao ECAD, constitui efeito legítimo de decisão judicial imutável, não havendo que se falar em extensão indevida dos limites subjetivos da coisa julgada.

RECURSO ESPECIAL NÃO PROVÍDO”²⁹⁷

Note-se que o diploma processual objeto de análise foi o CPC de 1973, cujo art. 472 tinha uma redação ainda mais restritiva do que o art. 506 do atual CPC, como já foi abordado. O caso concreto posto a julgamento tratava de um direito incindível envolvendo transmissão musical, sendo que uma segunda ação buscava reverter o resultado do julgamento de uma primeira, sobre a mesma matéria. O autor dessa segunda demanda não figurou como parte da primeira. Com base em um raciocínio que se aproxima da corrente de Barbosa Moreira. Para melhor compreensão, cumpre destacar os principais trechos da fundamentação do voto da Exma. Ministra Relatora Nancy Andrigi:

“O que se pode concluir, da hipótese concreta, é que a relação jurídica de direito material estabelecida entre a litisdenunciada e recorrida (contrato de prestação de serviços de sonorização ambiental), possui conexão incindível com aquela a respeito da qual houve pronunciamento jurisdicional definitivo (ECAD x RÁDIO IMPRENSA). Desse modo, a decisão passada em julgado logrou produzir o reconhecimento conjunto de todas as relações jurídicas derivadas da atividade prestada pela litisdenunciada, alcançando, seus efeitos, quaisquer terceiros que junto a ela contrataram serviços de sonorização ambiental, uma vez que esses sujeitos estão juridicamente vinculados – e subordinados – à relação a respeito da qual se decidiu de forma definitiva”

²⁹⁷ REsp. nº 1763920-SP. Min. Rel. Nancy Andrigi. Terceira Turma do STJ. Julgado em 16.10.2018.

A título de exemplo de orientação em sentido contrário, confira-se a ementa do acórdão abaixo, prestigiando uma posição própria da corrente de Liebman:

“AGRAVO INTERNO. 1. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE PREENCHIDOS. CONHECIMENTO DO APELO NOBRE. ADMISSIBILIDADE. 2. REEXAME DE FATOS E PROVAS. NÃO OCORRÊNCIA, POR SE TRATAR DE MATÉRIA DE DIREITO. AFASTAMENTO DA SÚMULA N.º 7 DO STJ. 3. CONCESSÃO JUDICIAL DE REGISTRO DE MARCAS. PROPOSITURA DE AÇÃO POSTERIOR POR TERCEIRO, BUSCANDO A ANULAÇÃO DO REGISTRO. ADMISSIBILIDADE. COISA JULGADA. LIMITES SUBJETIVOS. INOPONIBILIDADE A TERCEIROS QUE NÃO PARTICIPARAM DA LIDE ORIGINÁRIA. 4. PARTE, ADEMAIS, QUE APONTOU E FUNDAMENTOU OS DISPOSITIVOS LEGAIS QUE ENTENDEU COMO VIOLADOS. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Tendo a agravante rebatido todos os tópicos indicados pela decisão de inadmissão do seu recurso, necessário o conhecimento das matérias ventiladas no recurso especial.

2. Como o caso não trata de reexame de fatos e provas, mas sim de questão puramente de direito, consistente na discussão sobre a ocorrência ou não da coisa julgada na hipótese em tela, não incide a Súmula n.º 7 do STJ.

3. É possível os efeitos da sentença atingirem outras pessoas além das partes, entretanto, isso não pode servir de obstáculo para que estes terceiros que não participaram de modo nenhum no processo, venham a juízo discutir seus próprios direitos.

4. Indicados e fundamentados os dispositivos legais tidos como violados, correta a análise das razões expostas no recurso especial.

5. Agravo interno não provido.”²⁹⁸

O caso em questão trata de ação de declaração de nulidade de ato do Instituto Nacional de Propriedade Intelectual – INPI que concedeu um determinado registro de marca. Na decisão de primeira instância da justiça federal do Rio de Janeiro, a ação foi julgada extinta sem resolução de mérito nos termos do art. 485, V, do CPC em razão de incidência de coisa julgada formada em processo anterior do qual o autor da segunda ação não participou. Essa sentença foi parcialmente reformada pelo TRF-2 em sede de apelação, apenas para modificar a razão da extinção, passando a fazer referência ao art. 485, IV, do CPC, entendendo que a ação ordinária não é a via adequada para desconstituir o registro de uma marca, o que deveria ser feito por meio de ação rescisória contra decisão judicial prolatada no primeiro processo. Ou seja, na prática, acabou reconhecendo também a incidência de coisa julgada em relação ao autor da segunda ação. Já no âmbito do STJ, o resultado foi totalmente revertido, primeiramente com

²⁹⁸ AgInt no AREsp. nº 2163776-RJ. Min. Rel. Moura Ribeiro. Terceira Turma do STJ. Julgado em 28.11.2022.

decisão monocrática do Exmo. Ministro Moura Ribeiro, posteriormente confirmada do acórdão acima ementado, prolatado em sede de agravo interno interposto contra a decisão monocrática do relator.

O exame das razões de decidir tanto do acórdão quanto da decisão monocrática deixam claro o embasamento doutrinário pela corrente de Liebman. Especificamente no caso da decisão do Ministro, houve expressa referência à doutrina de Eduardo Talamini, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart, Daniel Mitidiero, Cândido Rangel Dinamarco, Humberto Theodoro Jr. e José Rogério Cruz e Tucci, todos subscritores da corrente liebmaniana, ainda que alguns defendam sua flexibilização através de uma solução legislativa que preveja a ciência e seja oportunizada a intervenção. A fundamentação do *decisum* monocrático com base na lição desses autores foi integralmente recepcionada pelo acórdão em agravo em recurso especial. Confira-se o trecho relevante da fundamentação a seguir:

“A decisão foi fundamentada por citações de diversos doutrinadores e jurisprudências desta Corte Superior, além da análise específica dos arts. 506 do CPC e 173 da Lei n.º 9.279/96. Foi ponderada a possibilidade de os efeitos da sentença atingirem outras pessoas além das partes, entretanto, isso não pode servir de obstáculo para que estes terceiros, que não participaram de modo nenhum no processo, venham a juízo discutir seus próprios direitos”

O fato de que ambos os julgados serem da Terceira Turma do STJ mostra a natureza controvertida do tema. Mas há um aspecto curioso para o cenário do específico do mercado de capitais. Se a decisão que privilegiou o contraditório se baseou, em parte, nas considerações de autores que defendem a vinculação no caso de se oferecer ciência e oportunidade de intervenção no feito, poderia haver uma eventual adaptação dessa orientação considerando o disposto no Anexo I da Resolução nº 80/2022 da CVM, que determina a comunicação de demandas societárias de feição coletiva ou multitudinária. Para melhor delimitação, vale citar os seus principais dispositivos, que efetivamente interessam para a compreensão da controvérsia:

“Art. 1º Este anexo se aplica às demandas societárias em que o emissor, seus acionistas ou seus administradores figurem como partes, nessa qualidade, e:

I – que envolvam direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos; ou

II – nas quais possa ser proferida decisão cujos efeitos atinjam a esfera jurídica da companhia ou de outros titulares de valores mobiliários de

emissão do emissor que não sejam partes do processo, tais como ação de anulação de deliberação social, ação de responsabilidade de administrador e ação de responsabilidade de acionista controlador.

§ 1º Para fins deste anexo, considera-se demanda societária todo processo judicial ou arbitral cujos pedidos estejam, no todo ou em parte, baseados em legislação societária ou do mercado de valores mobiliários, ou nas normas editadas pela CVM.

§ 2º Obrigações decorrentes de convenções de arbitragem, de regulamentos de órgãos arbitrais institucionais ou entidades especializadas ou de qualquer outra convenção não eximem o emissor do cumprimento das obrigações de divulgação previstas neste anexo, respeitadas as hipóteses e observados os limites de sigilo decorrente de lei.

(...)

Art. 2º O emissor deve divulgar ao mercado as principais informações relativas à demanda, incluindo:

I – notícia acerca da sua instauração, no prazo de 7 (sete) dias úteis a contar, conforme figure a parte na condição de demandante ou demandado, da data de propositura da ação ou da citação ou, em caso de arbitragem, da apresentação do requerimento de sua instauração ou do seu recebimento, indicando:

- a) partes no processo;
- b) valores, bens ou direitos envolvidos;
- c) principais fatos;
- d) pedido ou provimento pleiteado;

II – no caso de processo judicial, decisões sobre pedidos de tutelas de urgência e evidência, decisões sobre jurisdição e competência, decisões sobre inclusão ou exclusão de partes e julgamentos de mérito ou extintivos do processo sem julgamento de mérito, em qualquer instância, no prazo de 7 (sete) dias úteis a contar de seu conhecimento pela parte;

III – no caso de arbitragem, apresentação de resposta, celebração de termo de arbitragem ou documento equivalente que represente estabilização da demanda, decisões sobre medidas cautelares ou de urgência, decisões sobre jurisdição dos árbitros, decisões sobre inclusão ou exclusão de partes e sentenças arbitrais, parciais ou finais, no prazo de 7 (sete) dias úteis a contar de seu conhecimento pela parte; e

IV – qualquer acordo celebrado no curso da demanda, no prazo de 7 (sete) dias úteis da apresentação de sua celebração, indicando valores, partes e outros aspectos que possam ser do interesse da coletividade dos acionistas.

Parágrafo único. Na apresentação das informações de que trata este artigo, não é necessária a disponibilização do inteiro teor dos documentos a que se refiram”

Como se vê, a regulamentação da CVM determina um nível bastante substancial de divulgação das informações do processo judicial ou do procedimento arbitral envolvendo “*demandas societárias*”, ainda que não exija a disponibilização do inteiro teor dos documentos processuais. Não é difícil enxergar que as questões objeto de divulgação permitem uma identificação bastante precisa, por parte dos acionistas, da demanda em curso, o que pode municiá-los para não só tomar conhecimento do litígio, como também para decidir o melhor momento, se for o caso, de sua intervenção.

É notável, ainda, que o dispositivo determine a divulgação de informações relativas a procedimentos arbitrais, que, de regra, são confidenciais, em razão do que dispõe o regulamento da CAM-B3, Câmara de Arbitragem da B3²⁹⁹, obrigatoriamente escolhida como entidade para o processamento de arbitragens de companhias abertas que integram os segmentos de listagem Novo Mercado e Nível 2 de governança corporativa³⁰⁰. A determinação vai ao encontro da melhor tendência doutrinária de flexibilizar a confidencialidade em

²⁹⁹ Conforme item 9.1 de seu regulamento: “**9.1 Sigilo.** O procedimento arbitral é sigiloso, devendo as partes, árbitros e membros da Câmara de Arbitragem abster-se de divulgar informações sobre seu conteúdo, exceto em cumprimento a normas dos órgãos reguladores, ou previsão legal” (disponível em: <https://www.camaradomercado.com.br/pt-br/arbitragem.html>).

³⁰⁰ A imposição é decorrente do disposto no art. 39 do Regulamento do Novo Mercado e do art. 8.4 do Regulamento do Nível 2 de governança. Ambos fazem expressa referência à CAM-B3 como câmara necessariamente escolhida. Os regulamentos podem ser consultados em: https://www.b3.com.br/pt_br/regulacao/estrutura-normativa/listagem/.

arbitragens envolvendo mercado de capitais³⁰¹⁻³⁰², endereçando um problema que já havia sido externado em decisões administrativas da CVM³⁰³.

O texto normativo define como “*demandas societárias*” duas diferentes modalidades de litígios: (i) ações envolvendo diretos coletivos *lato sensu* (art. 1º, inciso I) e (ii) lides nas quais possa ser proferida decisão “*cujos efeitos atinjam a esfera jurídica da companhia ou de outros titulares de valores mobiliários de emissão do emissor que não sejam partes do processo*” (art. 1º, inciso II). A primeira categoria compreende ações coletivas. Para essa modalidade de demanda, a previsão de divulgação de informações relevantes é muito positiva do ponto de vista da transparência, mas não gera maiores repercussões no campo da vinculação à coisa julgada, dado que, como já dito, o microssistema legal do processo coletivo já disciplina o regime de formação da *res judicata* coletiva (art. 103 do CDC). A segunda categoria é mais genérica, valendo-se da eventual afetação de “*esfera jurídica*” da companhia ou de outros titulares de valores mobiliários. Aparentemente, a expressão refere-se a hipóteses nas quais a companhia ou esses titulares sejam terceiros *juridicamente interessados*. Os dois exemplos fornecidos expressamente pelo texto – as ações do art. 159 e 246 da Lei n. 6.404/76 e a anulação de deliberação social – correspondem a hipóteses de substituição processual não coletiva e a situações de litisconsórcio unitário facultativo, respectivamente. A substituição processual não coletiva não comporta controvérsia quanto ao regime de coisa julgada. Dessa forma, cabe sublinhar que apenas a última hipótese, referente ao litisconsórcio unitário facultativo, é o objeto da investigação empreendida neste Capítulo.

³⁰¹ “Um dos pilares do mercado de capitais, o regime de full disclosure é vulnerado pela confidencialidade da arbitragem envolvendo litígios societários. O sigilo aumenta a assimetria de informações entre os agentes de mercado e até mesmo entre sócios de uma mesma sociedade e, consequentemente, diminui a eficiência do mercado de capitais” (PEREIRA, Guilherme Setoguti J. **Temos que Repensar a Confidencialidade das Arbitragens Societárias**. In.: YARSHELL, Flávio Luiz e PEREIRA, Guilherme Setoguti J (coord.). *Processo Societário*, Vol III. São Paulo. Quartier Latin, 2018, p. 227-228).

³⁰² “É recomendável, portanto, que nas arbitragens que envolvam entidades públicas, o sigilo seja moderado, de forma a permitir o controle natural do manejo do patrimônio público; da mesma forma, é preciso mitigar eventual sigilo fixado nas regras procedimentais quando a arbitragem lidar com questões societárias, especialmente naquelas hipóteses em que a sentença produzirá inevitável efeito em relação aos sócios e aos negócios sociais” (CARMONA, Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. 3^a Ed. rev. e atual. - São Paulo, Atlas, 2009, p. 246)

³⁰³ “Começo assinalando que as obrigações de confidencialidade previstas nos regulamentos de certas câmaras arbitrais não eximem as companhias abertas de cumprir as obrigações informacionais a que estão sujeitas. Quando o procedimento arbitral que envolve companhia aberta constitui uma informação relevante, a regra geral é a da imediata divulgação. Repiso que a informação relevante não é somente aquela que pode influir de modo ponderável no preço ou nas decisões de investimento, como também aquelas que possam afetar a ‘decisão dos investidores de exercer quaisquer direitos inerentes à condição de titular de valores mobiliários emitidos pela companhia ou a eles referenciados’. Como nos demais casos, a informação pode, no interesse da companhia, ser mantida em sigilo, desde que não escape ao controle, nem se verifiquem oscilações atípicas”. (PAS CVM nº 2016/7190, voto do Diretor Relator Gustavo Gonzalez)

A rigor, todo o regime informacional estabelecido pela regulação acima supre o requisito de ciência que os doutrinadores liebmanianos mais flexíveis estabeleceram como pressuposto para a extensão da coisa julgada a terceiros na modalidade *pro et contra*. Mas o cenário do mercado de capitais impõe desafios adicionais que não foram considerados pelos defensores dessa corrente.

Como já foi adiantado anteriormente, o princípio do contraditório é caracterizado pelo trinômio ciência, oportunidade e consideração³⁰⁴. Ali, argumentei que o Anexo I da Resolução nº 80/2022 soluciona apenas os dois primeiros componentes: ciência, pois é dada aos investidores a notícia quanto aos principais aspectos da demanda e oportunidade, pois munido desse conhecimento, o colegitimado poderá considerar, de forma informada, a realização de uma intervenção no litígio. Sobra a consideração, ou seja, a dimensão substancial do contraditório³⁰⁵: a capacidade de influenciar o julgador e, por consequência, o resultado do processo.

É aí que se encontra outra peculiaridade do mercado de capitais: a prevalência de colegitimados multitudinários, gerada pelas numerosas bases acionárias das companhias abertas, possuidoras de milhares de acionistas pelo Brasil e, possivelmente, em alguns casos, pelo mundo. A intervenção simultânea de apenas uma fração desse contingente seria o suficiente para inviabilizar a condução do procedimento. Isso torna a garantia plena do contraditório pelo potencial de intervenção dos colegitimados tanto uma possibilidade teórica quanto uma impossibilidade prática.

Além disso, os terceiros podem legitimamente optar por não ingressar no procedimento considerando questões de cunho econômico, sobretudo devido à adoção de cláusula compromissória de arbitragem para resolução de conflitos *interna corporis* de muitas companhias abertas.

Sem uma possibilidade concreta de que todos os colegitimados possam exercer influência direta sobre o resultado do julgamento, não se pode considerar preenchida a dimensão substancial do princípio do contraditório. Não há embasamento normativo para

³⁰⁴ Ver nota de rodapé n. 218.

³⁰⁵ Ver nota de rodapé n. 220.

afirmar que apenas a ciência desempenharia esse papel. Por essa razão, o Anexo I da Resolução nº 80/2022 não é suficiente para, sozinho, justificar a extensão da coisa julgada a terceiros.

De todo modo, prender-se à afirmação de que a coisa julgada simplesmente não se estende a terceiros significa ignorar, ou mesmo negar, os problemas de estabilidade e segurança jurídica gerados pela possibilidade de uma sucessão de lides sobre a mesma matéria. Esses princípios são particularmente caros ao funcionamento do mercado de capitais.

Instabilidades na condução dos negócios sociais da companhia causados por insegurança jurídica podem ser especialmente prejudiciais a essas sociedades e para seus acionistas. Não se trata de uma afirmação vazia, de caráter meramente intuitivo. A importância da estabilidade no contexto societário é reconhecida em duradoura jurisprudência do STJ, desde o precedente firmado no julgamento do REsp. 35.230³⁰⁶, em 1995, em que o referido Tribunal Superior flexibilizou a teoria das nulidades do Direito Civil para priorizar a estabilidade dos negócios societários. Confiram-se abaixo os principais trechos da fundamentação do voto condutor do acórdão:

“Deduziu-se, notadamente na declaração do voto vencedor, tese no sentido de que a alienação das ações do recorrido, do modo como levada a efeito, padeceria de nulidade, carecendo de qualquer eficácia relativamente a ele, recorrido. E, portanto, em se tratando de ato nulo, não seria alcançado pela prescrição (...).

Tomando por base a teoria das nulidades, da forma como arquitetada pela doutrina e pela dogmática civilistas, o raciocínio desenvolvido não mereceria reparos.

Sucede, no entanto, que não se pode importar essa teoria para o âmbito do direito societário.

Com efeito, a relação entre acionistas e sociedade, em razão das peculiaridades de que se reveste, exige tratamento diferenciado.

A atividade empresarial, dada a dinâmica dos negócios que constituem a sua essência, realizados diuturnamente, envolvendo inúmeros compromissos e obrigações, requer, para que não reste ameaçada a sua viabilidade, *uma certa estabilidade, uma situação definida que possibilite um mínimo de segurança na tomada de decisões*”

No caso acima, o STJ aplicou a teoria das nulidades de forma mitigada no contexto societário, estabelecendo que demandas de declaração de nulidade de atos societários se

³⁰⁶ REsp. nº 35.230. Min. Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira. 4ª Turma, STJ. Julgado em 10.04.1995

submetem a prazos decadenciais, o que não ocorre na regra geral do Direito Civil (art. 169 do Código Civil). Esse entendimento foi reforçado por diversas decisões superiores da Corte³⁰⁷.

É importante notar a força normativa que é atribuída, pelo STJ, ao princípio da segurança jurídica no contexto das sociedades por ações, a ponto de modificar as regras do sistema de nulidades nesse campo. Boa parte dos argumentos externados na *ratio decidendi* do precedente firmado no julgamento do REsp. 35.230 poderia ser usado para justificar a extensão da coisa julgada a terceiros em demandas anulatórias. Assim, insistir na posição pela não extensão é inconsistente com a relevância que a jurisprudência dá à *estabilidade* em matéria societária.

Também significa avalizar, do ponto de vista teórico, situações esdrúxulas. Tome-se como exemplo o caso protótipo das ações de anulação de assembleia. Imagine-se que o acionista A saia vitorioso na demanda anulatória proposta contra a Companhia. Pelo sistema liebmaniano, o acionista B, assim como todos os demais acionistas, sofre os efeitos da decisão, pela eficácia natural da sentença, mas não se vincula à sua imutabilidade (coisa julgada). Então, conclui-se que o acionista B, irresignado com a anulação do conclave, pode propor uma ação de declaração de validade da mesma assembleia anulada, que sequer possui um prazo decadencial expressamente previsto em lei³⁰⁸.

Ocorre que essa hipótese impõe algumas perguntas difíceis, sem respostas claras. Quem deverá constar do polo passivo da ação? A companhia é considerada litisconsorte necessária em ações anulatórias³⁰⁹, então, por uma questão de coerência, também o seria em uma ação de declaração de validade. Isso, porém, leva a outros problemas. No caso hipotético acima, na ação ajuizada pelo acionista B, qual seria exatamente o papel da Companhia no procedimento? Vinculada pela coisa julgada formada na demanda do acionista A, ela sequer poderia discutir a questão. Ao mesmo tempo, considerando que seu interesse era justamente a manutenção do conclave, parece difícil crer que realizará uma defesa vigorosa contra a

³⁰⁷ Nesse sentido: REsp. 818.506/SP, Min. Rel. Nancy Andrigi, Rel. p/ Acórdão Ministro João Otávio de Noronha. Terceira Turma, STJ. Julgado em 17.12.2009; REsp. nº 1.330.021-SP. Min. Rel. Luis Felipe Salomão. Quarta Turma, STJ. Julgado em 17.03.2016.

³⁰⁸ Ou seja, não é possível resolver a questão pelo transcurso do prazo decadencial.

³⁰⁹ Ver FRANÇA, Erasmo Valladão. Illegitimidade da parte e falta de interesse processual da companhia para requerer a anulação das próprias deliberações sociais. In.: FRANÇA, Erasmo Valladão. **Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 381/382; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**, t. 51, 3^a Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 118; COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, v. 2, 14^a Ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 200.

pretensão de A. Para garantir a idoneidade do processo, pode-se defender a inclusão do acionista A no polo passivo da demanda, mas seria ele um litisconsorte necessário ou facultativo? Deve-se aplicar o princípio da fungibilidade em relação à ação rescisória³¹⁰? Se sim, isso não significaria esvaziar de sentido o procedimento rescisório, tornando inútil a estrita delimitação de seu estreito escopo? Se eventualmente B resultar vitorioso, reprimirá o conclave outrora anulado, pode o acionista C, interessado, como A, na anulação da assembleia, ajuizar uma terceira demanda buscando novamente anular a deliberação³¹¹? Se for bem-sucedido, pode o acionista D perseguir nova declaração de validade? É *justo* submeter a companhia e seus acionistas a esse estado de coisas?

É certo que essa preocupação teórica pode ser dissipada com argumentos práticos. Nenhum – ou talvez muito poucos – agentes racionais do mercado de capitais arriscariam propor uma demanda declaratória de assembleia para basicamente desafiar uma decisão judicial já transitada em julgado. As chances de êxito já começariam muito baixas na largada. Pode-se invocar a lição de David Shapiro, processualista americano que disse que “*a tendência humana em não desperdiçar dinheiro irá deter o ajuizamento de processos baseados em pedidos ou matérias que já foram julgados improcedentes contra outros*”³¹².

Em resposta, cabe dizer que questões de ordem prática não saneiam o claro problema teórico. Não por outro motivo, a doutrina italiana e brasileira se veem às voltas para discutir a questão desde, pelo menos, o início do século XX. A vinculação à coisa julgada pelo colegitimado de demanda incindível permanece insolúvel do ponto de vista normativo, sendo uma espécie de número π da ciência processual. Além disso, apostar apenas na racionalidade dos litigantes não parece a melhor estratégia. Fosse esse o caso, não teria sido necessário que o STJ tivesse de solucionar um caso no qual houve conflito de coisas julgadas formadas em dois

³¹⁰ Sem falar especificamente da demanda de declaração de validade de assembleia, Eduardo Talamini entende que deve se considerar que a ação movida por terceiro não vinculado à coisa julgada é fungível com a ação rescisória (TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 121). De fato, a fungibilidade poderia auxiliar na resposta de algumas perguntas em aberto, como o prazo decadencial aplicável e a relação litisconsorcial ser necessária. De todo modo, permitir ao terceiro uma ampla rediscussão da decisão anterior esvazia as limitações de cognição da ação rescisória. Também fica difícil harmonizar essa interpretação com o fato de que, se o terceiro interessado é parte legítima para o ajuizamento da rescisória (art. 967, II, do CPC), isso não significaria que ele está submetido à coisa julgada? Eduardo Talamini entende que o terceiro referenciado pelo dispositivo seria apenas o substituído em ações não coletivas (*Idem*), mas não há nada na redação que induza a essa interpretação.

³¹¹ Pode-se argumentar que, nesse estágio, a pretensão anulatória já teria sido fulminada pelo decurso do prazo decadencial do art. 286 da Lei n. 6.404/76. De todo modo, ainda restaria facultado ao acionista C ajuizar uma ação rescisória contra a sentença da ação declaratória de validade do conclave, por exemplo.

³¹² SHAPIRO, David. **Civil Procedure: Preclusion in Civil Actions**. [s.l.]: Foundation Press, 2001, p. 97.

processos distintos envolvendo as mesmas partes, o mesmo pedido e a mesma causa de pedir³¹³, situação que desafia ainda mais a racionalidade do que o exemplo hipotético descrito acima.

Por fim, o problema é “apenas” teórico até o momento em que um juiz se depara com a segunda ação movida por terceiro não vinculado à coisa julgada formada no processo anterior. A bem da verdade, por muito pouco uma situação muito semelhante à hipótese narrada não acabou acontecendo, tendo sido evitada por uma intervenção oportuna do STJ. Trata-se da interessante matéria julgada no Conflito de Competência nº 117.987-CE pela Segunda Seção do Tribunal Superior³¹⁴. Naquele caso, foram distribuídas três ações diferentes, sendo duas de declaração de validade de assembleia, junto à justiça estadual e outra de anulação da mesma deliberação social, junto à justiça federal, em razão de participação da Caixa Econômica Federal nesse processo. Nos três casos houve prolação de sentenças, sendo que as duas prolatadas pelo judiciário estadual declararam a validade do conclave, enquanto a prolatada pelo judiciário federal foi pela sua invalidação. Essa última sentença ainda foi mantida por acórdão do TRF-5. Com isso, sentenças sobre o mesmo conclave absolutamente incompatíveis entre si passaram a conviver e produzir efeitos aos acionistas e à companhia. Apesar disso, nenhuma das decisões ainda havia transitado em julgado, tendo sido instaurado conflito de competência no STJ antes que isso acontecesse.

Em seu voto, a Exma. Ministra Nancy Andrighi decidiu pela conexão entre os procedimentos para evitar que tais decisões conflitantes formassem coisas julgadas em sentidos contrários. Como o CPC de 1973, vigente à época do julgamento, não possuía regras de conexão tão abrangentes quanto no CPC de 2015, a Exma. Ministra justificou sua decisão justamente em razão da ausência de consenso doutrinário sobre as consequências jurídicas de um cenário como esse, pontuando, ainda, que tanto a corrente de Liebman como a corrente de Barbosa Moreira não apresentam resposta satisfatória. Suas considerações são bastantes relevantes e merecem destaque:

“A dificuldade dessa solução [de Barbosa Moreira] é clara: naturalmente, vincular terceiros que não participaram de uma relação jurídica processual ao resultado do processo implica restrição de seu direito de demanda ou de defesa, constitucionalmente garantidos (art.

³¹³ Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial n. 600.811/SP. Min. Rel. Og Fernandes. Corte Especial do STJ. Julgado em 04.12.2019.

³¹⁴ CC 117.987-CE, Segunda Seção do STJ, Min. Rel. Nancy Andrighi. Julgado em 12.12.2012.

50, incs. XXXV e LIV). Tal restrição, notadamente sem uma lei que a fundamente, não seria admissível no sistema jurídico brasileiro

(...)

Nas hipóteses em que dois sócios diferentes tivessem ajuizado uma ação declaratória de invalidade de deliberação societária, se a primeira ação ajuizada declarasse que a assembleia era inválida, haveria a perda de objeto da segunda ação;

Se o pedido da primeira ação fosse julgado improcedente, contudo, a segunda ação prosseguiria até seu regular julgamento, tomando-se os fundamentos da primeira sentença em consideração no momento de se prolatar a segunda, mas sem vinculação do juízo; ou seja, o segundo juízo poderia replicar a primeira sentença, reputando válida a assembleia, ou julgar novamente o processo por novos fundamentos, declarando-a inválida.

Essa corrente apresentava uma fraqueza, rapidamente apontada pela doutrina. Ela considerava apenas a hipótese de ajuizamento de duas ações declaratórias de *invalidade* de uma deliberação societária. Nas situações em que fossem ajuizadas, concomitantemente, uma ação declaratória de validade, e uma de invalidade de tal assembleia, LIEBMAN não teria apresentado uma solução satisfatória

(...)

Esse posicionamento, contudo, também é passível de questionamentos. Se, por um lado, não é justo que se estenda a coisa julgada formada no primeiro processo a pessoas que dele não participaram, também não é justo que se retire a eficácia de uma sentença favorável à parte, obtida no primeiro julgamento, pela mera propositura e julgamento de uma ação subsequente.

Ainda que se determine a citação do autor da primeira demanda, essa possibilidade implicaria o exercício anômalo de uma ação rescisória, fora das hipóteses legais. Ontologicamente, não há diferença entre privilegiar a primeira ou a segunda coisa julgada. De um modo ou de outro, haverá lesão a direito.

Disso decorre que a polêmica é viva e suscita muitos desafios. Propor uma solução não é possível sem uma longa reflexão, de que resulte a atuação do Congresso Nacional, mediante a previsão, em lei, de regras especiais que disciplinem o tema.

Enquanto tal solução não é editada, contudo, é preciso encontrar um modo de compor os conflitos que, no dia a dia, apresentam-se ao intérprete da Lei. E, tendo em vista a sensibilidade com que o tema se apresenta, a única forma de compor esses conflitos é *evitando, sempre*

que possível, a coexistência de sentenças contraditórias sobre um ato indivisível.

Ou seja, o Poder Judiciário, ciente da dificuldade do tema, deverá atuar para conferir segurança jurídica a todos os que, na vida ordinária, pretendam estabelecer relações jurídica com a sociedade cuja deliberação assemblear é questionada”.

Percebe-se que a exposição da Exma. Ministra mostra como a ausência de consenso doutrinário sobre uma questão teórica dificulta a resolução de uma questão muito real: como o julgador pode solucionar o caso com uma fundamentação normativa que não viole princípios constitucionais em jogo, expondo-a a desafios robustos pela parte irresignada?

Neste Capítulo, argumento que a questão só poderá ser resolvida a partir da técnica de ponderação de princípios, que deverá resultar em uma forma de representatividade adequada, na conceituação adotada neste trabalho, mitigando-se o contraditório pleno.

Como o uso da ponderação de princípios exige uma fundamentação criteriosa e bem justificada (art. 489, §2º, do CPC), uma abordagem genérica leva a riscos sérios de inconsistências. Dessa forma, o escopo da análise aqui empreendida é bem delimitado: será verificado o resultado dessa ponderação de princípios apenas no cenário de demandas envolvendo direitos incindíveis em situação de litisconsórcio unitário facultativo multitudinário do mercado de capitais. Isso não significa que o método não possa ser usado em outras situações de litisconsórcio unitário facultativo, envolvendo outros campos, mas explorar essas possibilidades escapa à finalidade deste trabalho.

4.2 Uma primeira tentativa de solucionar o problema através da teoria de Alexy.

A esta altura, já está bem claro que o problema posto envolve a colisão de dois conflitos de dimensão constitucional: o princípio do contraditório (art. 5º, inciso XXXV, da CRFB) e o princípio da segurança jurídica (art. 5º, inciso XXXVI, da CRFB). Ou seja, em situações de litisconsórcio unitário facultativo envolvendo direito incindível o princípio do contraditório, que suporta a regra do art. 506 do CPC, colide com o princípio da segurança jurídica ao permitir a relitigação sucessiva de matéria já decidida por terceiros não atingidos pela coisa julgada.

Considerando que ambos os princípios em jogo estão contemplados na Constituição como direitos fundamentais, não há como recorrer aos critérios hermenêuticos de resolução de

conflitos normativos como hierarquia, especialidade ou temporalidade³¹⁵. Trata-se, portanto, de um autêntico *hard case* (caso difícil) e a única solução para o problema é pelo método da ponderação dos princípios (art. 489, §2º, do CPC).

Isso, no entanto, diz muito pouco. Existem muitas correntes jusfilosóficas que se debruçam a resolver esse tipo de conflito principiológico, cada uma com suas conceituações e metodologias peculiares. No discurso jurídico brasileiro, é comum que as decisões judiciais e a doutrina invoquem as lições de Robert Alexy³¹⁶ e o sistema desenvolvido por esse autor alemão para ponderar princípios. Dada essa sua relevância no cenário nacional, será feita uma primeira tentativa de resolver a situação posta por essa ótica. Deve-se adiantar, no entanto, que ao final deste subcapítulo, duas coisas ficarão claras: (i) nenhuma das atuais correntes doutrinárias sobre o tema da coisa julgada no litisconsórcio envolvendo direito incindível pode se justificar por esse método e (ii) não é possível chegar a uma resposta objetiva para o caso em análise pela teoria de Alexy.

Primeiramente, é necessário descrever o sistema desenvolvido pelo autor alemão. Para tanto, é importante trazer o conceito de princípios de acordo com Alexy, que, inclusive, é *semelhante* (porém não idêntico) à conceituação trazida por Ronald Dworkin, autor americano que influenciou parte do trabalho de Alexy e cujo método próprio será explorado no Subcapítulo seguinte. Para os dois autores, *Princípios* existem em contraposição às *regras* dentro da estrutura conceitual de norma. Em outras palavras, o gênero norma contém como espécies as regras e os princípios³¹⁷. A principal distinção entre esses tipos normativos é que os princípios

³¹⁵ Para definição desses critérios, ver BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014.

³¹⁶ALEXY, Robert. Trad.: Virgílio Afonsa da Silva. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: JusPodivm, 2024.

³¹⁷ “Até aqui, a análise concentrou-se no conceito de norma de direito fundamental. A partir de agora, é sua estrutura que será analisada. Para alcançar esse objetivo, é possível utilizar diversas diferenciações teórico-estruturais. Para a teoria dos direitos fundamentais, a mais importante delas é a distinção entre regras e princípios. Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais” (ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p. 85).

possuem uma dimensão de peso e comporta satisfação em diferentes graus³¹⁸⁻³¹⁹. As regras não. Ou são totalmente satisfeitas ou são desobedecidas. Não há meio termo³²⁰⁻³²¹.

Essa diferença fica mais evidente nas hipóteses de solução de conflitos normativos. Na colisão de regras incompatíveis entre si, só há duas maneiras de resolver o problema: ou se estabelece uma exceção, ou, se isso não for possível, uma das regras deve ser declarada inválida³²²⁻³²³. A declaração de invalidade pode ser fundamentada através de regras como hierarquia, temporalidade e especialidade³²⁴⁻³²⁵. Já na colisão de princípios, isso não acontece. Um dos princípios terá de ceder, mas isso não importará em sua invalidade ou na criação de uma cláusula de exceção. “*Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face de outro sob determinadas condições*”³²⁶.

Sai-se, aqui, do âmbito de conceituação comum entre Alexy e Dworkin para iniciar a explicação quanto ao método específico desenvolvido pelo autor alemão para resolver esse tipo de conflito.

³¹⁸ “Principles have a dimension that rules do not – the dimension of weight or importance. When principles intersect (...) one who must resolve the conflict has to take into account the relative weight of each. This cannot be, of course, an exact measurement, and the judgment that a particular principle or policy is more important than another will often be a controversial one. Nevertheless, it is an integral part of the concept of a principle that it has this dimension, that it makes sense to ask how important or how weighty it is” (DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. [S. l.]: Bloomsbury Academic, 2013. E-book Kindle).

³¹⁹ “Princípios são, por conseguinte, *mandados de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes” (ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p. 90). O conceito de mandado de otimização é uma inovação de Alexy em relação à teoria de Dworkin. Isso será melhor elaborado adiante neste trabalho.

³²⁰ “Rules do not have this dimension. We can speak of rules as being *functionally* important or unimportant (...) In this sense, one legal rule may be more important than another because it has a greater or more important role in regulating behavior. But we cannot say that one rule is more important than another within the system of rules, so that when two rules conflict one supersedes the other by virtue of its greater weight” (DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. *Op. Cit.*).

³²¹ “Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos” (ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p. 91).

³²² “Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida” (ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p. 92)

³²³ “If two rules conflict, one of them cannot be a valid rule” (DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. *Op. Cit.*).

³²⁴ “Esse problema pode ser solucionado por meio de regras como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*, mas também é possível proceder de acordo com a importância de cada regra em conflito” (ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p. 93).

³²⁵ “A legal system might regulate such conflicts by other rules, which prefer the rule enacted later, or more specific rule, or something of that sort. A legal system may also prefer the rule supported by the more important principles” (DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. *Op. Cit.*).

³²⁶ (ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p. 93).

Para ele, deve-se avaliar, no caso em questão, qual dos princípios têm maior peso e, portanto, deverá prevalecer em relação ao outro³²⁷. Essa determinação de uma relação de preferência em dadas circunstâncias gera uma regra, prescrevendo uma consequência jurídica baseada no princípio prevalente. A isso, o autor alemão dá o nome de *lei de colisão*³²⁸:

“As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência.

Essa lei, que será chamada de ‘lei de colisão’, é um dos fundamentos da teoria dos princípios aqui defendida. Ela reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização: em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações que não são quantificáveis”

Até agora, isso não diz o bastante sobre como solucionar o problema posto, pois continua em aberto como estabelecer, no caso em análise, uma relação de preponderância entre o princípio do contraditório e o princípio da segurança jurídica, questão chave para apresentar uma solução viável do ponto de vista normativo. Em todo caso, essas considerações já são suficientes para afastar as atuais abordagens da doutrina sobre a controvérsia.

Isso porque as duas correntes majoritárias sobre o tema vêm tentando solucionar a questão como se se tratasse de um conflito entre regras e não entre princípios. Isto é, a partir de uma aplicação de tudo ou nada, negando completamente um ou outro princípio, a depender da posição tomada. Para os que defendem a não extensão da coisa julgada em nenhuma hipótese (corrente liebmaniana), nega-se a segurança jurídica em prol do contraditório. Já os defensores da extensão (corrente de Barbosa Moreira), privilegiam a segurança jurídica para negar o contraditório.

Além disso, as duas propostas partem de pressupostos que violam a lei de colisão formulada por Alexy, pois estabelecem uma relação absoluta de precedência num ou outro sentido. Para os seguidores de Liebman, o fato de, *a priori*, não ser permitível estender a coisa julgada a terceiro importa na reafirmação dessa regra inclusive para o caso das ações de anulação de assembleia. Na outra ponta, os seguidores de Barbosa Moreira simplesmente derrogam o contraditório a favor da estabilidade como se esse devesse ser o resultado automático em todas as situações nas quais houvesse conflito entre esses dois princípios. Como

³²⁷ “Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm preferência” (ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p. 93).

³²⁸ (ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p. 99).

resultado, tem-se que ambas as alternativas violam direitos fundamentais e, portanto, são insatisfatórias para resolver a situação-problema³²⁹.

É interessante notar, apesar disso, que a visão defendida pelos doutrinadores liebmanianos mais flexíveis – Eduardo Talamini, Cândido Rangel Dinamarco, Egas Dirceu Moniz de Aragão e José Rogério Cruz e Tucci³³⁰ –, no sentido de somente aceitar a extensão da coisa julgada a terceiros caso fosse instituído um mecanismo de ciência aos demais colegitimados, sobrevive a esse primeiro teste da técnica de ponderação de princípios no sistema de Alexy. Esses autores, a rigor, não negam totalmente nem o princípio do contraditório nem o princípio da segurança jurídica. A bem da verdade, seu posicionamento não deixa de corresponder a um sopesamento: a prevalência da segurança jurídica em relação ao contraditório quando for assegurada a ciência dos colegitimados. Por esse ângulo, assegurar a ciência é a *condição* que determina a precedência da segurança jurídica sobre o contraditório, de que resulta a regra “a coisa julgada se estende ao terceiro colegitimado quando este tem prévia ciência do litígio de que não participou”.

Essa releitura³³¹ do que aqui é chamado de “corrente liebmaniana flexível” poderia ser usada para responder a parte das considerações críticas formuladas anteriormente a seu respeito, mais especificamente sua incapacidade de viabilizar a dimensão substancial que compõe a conceituação trinomial do contraditório³³². Pode-se argumentar que garantir apenas parte do trinômio, isto é, proteger somente a ciência e a oportunidade de intervenção do colegitimado, sem necessariamente que se tenha efetiva influência na decisão do juiz (terceiro componente do trinômio), corresponderia a uma versão mitigada do princípio do contraditório. Sua realização dentro das possibilidades jurídicas existentes quando considerada sua colidência com a segurança jurídica³³³. Assim, o contraditório não é totalmente negado e sim parcialmente cumprido.

³²⁹ “Se uma ação viola um direito fundamental, isso significa que, do ponto de vista dos direitos fundamentais, ela é proibida” (ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p. 99).

³³⁰ Ver notas de rodapé n. 213 a 217.

³³¹ Trata-se de uma releitura pois os autores não abordam especificamente o sistema de Alexy para justificar sua proposição.

³³² Ver nota de rodapé n. 219.

³³³ “Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um *mandamento* definitivo, mas apenas *prima facie*. Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contra-razão não é algo determinado pelo próprio princípio. Os princípios,

De fato, essa proposição adequa-se aos testes postos até aqui, dentro do que já foi mencionado da ponderação de princípios. É, portanto, uma alternativa mais sofisticada do que a “corrente liebmaniana pura” e a “corrente de Barbosa Moreira”, eliminadas logo nessa primeira etapa da análise. Isso não quer dizer, no entanto, que a “corrente liebmaniana flexível” corresponda a uma aplicação correta do método de ponderação. Na verdade, há duas boas razões para afastá-la e ambas auxiliam na compreensão dos próximos passos dessa técnica.

Para melhor entendimento da primeira dessas razões, é necessário explicar que, na teoria de Alexy, os princípios são compreendidos como *mandados de otimização*. Eles devem ser realizados em sua máxima extensão (otimizados) frente às possibilidades jurídicas e fáticas de um dado caso concreto. A realização do sopesamento no contexto das possibilidades jurídicas deve se dar por meio da *proporcionalidade em sentido estrito*³³⁴. Já a otimização entre as possibilidades fáticas ocorre através de um juízo de *necessidade e adequação*³³⁵. Como este trabalho aborda o tema de forma hipotética, o exame aqui empreendido se dá apenas pelo viés das possibilidades jurídicas, de modo que não haverá uma análise dentro das possibilidades fáticas, a fim de não tornar a discussão ainda mais complexa.

Pois bem, ainda na doutrina do autor alemão, essa proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento no contexto dos limites das possibilidades jurídicas) deve ser fundamentada a partir do que chama de lei do sopesamento³³⁶:

“Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá de ser a importância da satisfação do outro. Essa regra expressa uma lei que vale para todos os tipos de sopesamento de princípios e pode ser chamada de *lei do sopesamento*”

Um dos problemas da “corrente liebmaniana flexível” é justamente a ausência dessa análise e justificação. Não existe uma explicação a fundamentar a não-satisfação completa do contraditório vis a vis a importância da segurança jurídica. Em outras palavras, não é oferecida

portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas” (ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p. 104).

³³⁴ “Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A *máxima da proporcionalidade em sentido*, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas” (ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p. 117).

³³⁵ “A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas” (ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p. 118).

³³⁶ (ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p. 168).

uma motivação para que seja sacrificada a dimensão substancial do contraditório frente a uma justificada maior importância da estabilidade.

A segunda razão a apontar para incorreção da “corrente liebmaniana flexível” dentro da técnica de ponderação de princípios também diz respeito à ausência de justificação, porém em outro campo. Mais especificamente, a doutrina que subscreve esse entendimento não elabora o porquê de o princípio da segurança jurídica dever preponderar sobre o contraditório. Essa falta de fundamentação invalida o estabelecimento de uma relação de preponderância que possa ser ancorada no sistema de ponderação de princípios desenvolvido por Alexy³³⁷.

Assim, tem-se que, apesar de ter ido mais longe do que as demais propostas, a “corrente liebmaniana flexível” não atende aos critérios metodológicos estabelecidos pela técnica de ponderação de princípios mais comumente referenciada no discurso jurídico brasileiro. Nem a preponderância da segurança jurídica e nem a violação parcial do contraditório são justificados. Robert Alexy diz que uma análise nesse sentido equivale a um modelo decisionista, um estabelecimento de um regime de preferências entre princípios de forma meramente intuitiva e, portanto, não controlável racionalmente³³⁸. Com precisão, o Exmo. Ministro Gilmar Mendes³³⁹ critica essa abordagem interpretativa no campo dos direitos constitucionais:

“(...) não há dúvida de que a complexidade das relações envolvidas nas questões constitucionais exige que o órgão que exerce as funções de controle de constitucionalidade disponha de mecanismos procedimentais que lhe permitam uma atuação consciente e, tanto quanto possível, integradora no sistema constitucional.

Em verdade, a substituição de uma decisão *intuitiva* do legislador por uma decisão igualmente *intuitiva* da Corte coloca em cheque a própria legitimidade do sistema de controle de constitucionalidade.

Se já se tem dificuldade de aceitar uma decisão tipicamente voluntarista ou intuitiva do órgão de representação popular, certamente não se pode

³³⁷ “De acordo com a lei de colisão, dos enunciados de preferências condicionadas decorrem regras que, diante de determinadas condições, cominam a consequência jurídica do princípio prevalente. Nesse sentido, a fundamentação de enunciados de preferências é uma fundamentação de regras relativamente concretas, que devem ser atribuídas às disposições de direitos fundamentais. Para sua fundamentação podem ser utilizados todos os argumentos possíveis na argumentação constitucional” (ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p. 165).

³³⁸ “Se o sopesamento se resumisse à formulação de um tal enunciado de preferências e, com isso, à determinação da regra relacionada ao caso – que decorre desse enunciado –, o sopesamento, de fato, não representaria um procedimento racional. O estabelecimento da preferência condicionada poderia ocorrer de forma intuitiva. Aquele que sopessa teria a possibilidade de seguir única e exclusivamente suas concepções subjetivas. Não seria possível falar em sopesamentos corretos e sopesamentos equivocados” (ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p. 164-165).

³³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: Estudos de Direito Constitucional. 2^a Edição. São Paulo: Celso Bastos Editor/IBDC, 1999, p. 516-517.

sequer cogitar de uma eventual substituição de um voluntarismo do legislador pelo voluntarismo do juiz”.

Dessa forma, essa alternativa doutrinária não oferece uma solução normativa adequada para o problema enfrentado e, por esse motivo, seria insuficiente para municiar o julgador que tivesse de se debruçar sobre a situação em comento.

A propósito, o erro permanece mesmo que a solução seja compreendida apenas do ponto de vista *de lege ferenda*. O exame da proporcionalidade em sentido estrito é perfeitamente e constantemente aplicado no controle de constitucionalidade das leis, de modo que uma lei que viole, de forma injustificada, o contraditório em nome da segurança jurídica pode e deve ser entendida como inconstitucional³⁴⁰.

Disso se conclui que nenhuma das atuais correntes sobre o tema pode ser justificada pela metodologia alexiana de ponderação. A bem da verdade, justificar uma relação de preponderância entre dois princípios constitucionais, que possuem natureza de direito fundamental, é, de fato, uma tarefa difícil. Mesmo no sistema desenvolvido por Alexy, cujo propósito é justamente tornar mais objetivo o processo decisório relacionado à solução desse tipo de conflito normativo, existe um grande espaço para discricionariedade do julgador, sobretudo nessa etapa de definição do princípio preponderante³⁴¹. O autor alemão demonstra claro ceticismo com a possibilidade de encontrar uma resposta normativa que seja objetiva do

³⁴⁰ “Embora a doutrina constitucional brasileira não tenha logrado emprestar um tratamento mais sistemático à matéria, a questão da razoabilidade das leis restritivas tem assumido relevância na aferição da constitucionalidade de algumas leis. A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade. (...) Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar na rigorosa ponderação entre significado de intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade ou razoabilidade em sentido estrito). (...) Essa decisão consolida o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade como postulado constitucional autônomo que tem a sua sedes materiae na disposição constitucional que disciplina o devido processo legal (art. 5º, inciso LIV). Por outro lado, afirma-se de maneira inequívoca a possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade da lei em caso de sua dispensabilidade (inexigibilidade), inadequação (falta de utilidade para o fim perseguido), ou de ausência de razoabilidade em sentido estrito (desproporção entre o objetivo perseguido e o ônus imposto ao atingido)” (MENDES, Gilmar Ferreira. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Repertório IOB de jurisprudência**: tributário, constitucional e administrativo, São Paulo, n. 23, p. 469-475, 1. quinz. dez. 1994)

³⁴¹ “Especificamente em Alexy, o problema aparece na *questão do fundamento*, isto é, a discricionariedade fica clara no momento em que o *sub-jectum* é afirmado por Alexy como o indepassável – e não o mundo-da-vida ou o ser-no-mundo como acontece na tradição fenomenológica. Isso também fica patente na problemática da ponderação, tão cara à Teoria da Argumentação Jurídica: quem escolhe os princípios que estarão em situação de colisão? Quem decide sobre a tensão existente na otimização principiológica que prescreve a máxima: ‘todo princípio deve ser cumprido em suas máximas possibilidades, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas emergentes da aplicação?’” (STRECK, Lênio Luiz. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 343-366, 2013, p. 348).

ponto de vista *substancial*, sendo possível, no máximo, objetivar o *procedimento* para chegar a uma resposta fundamentada³⁴²:

“Em todos os casos minimamente problemáticos são necessárias valorações que não são dedutíveis diretamente do material normativo preexistente. Assim, a racionalidade do discurso jurídico depende em grande medida de se saber se e em que medida essas valorações adicionais são passíveis de um controle racional.

(...)

A recente discussão no campo da Ética, influenciada, no plano metodológico, pela moderna Lógica, pela filosofia da linguagem e por teorias de argumentação, da decisão e da ciência e, no plano substancial, fortemente orientada por idéias kantinas, demonstrou que, embora não sejam possíveis teorias morais substanciais que forneçam a cada questão moral uma única resposta com certeza intersubjetiva conclusiva, são possíveis teorias morais procedimentais, que elaborem as regras e as condições da argumentação e da decisão racional prática”

Conforme crítica formulada por Lênio Streck, esse posicionamento de Alexy significa que “*frente à insuficiência do direito para responder ao litígio sob julgamento, aquele que aplica o direito fica liberado a buscar respostas em argumentos de conveniência, costumes e justiça, que são, no fundo, questões morais pertencentes ao discurso prático geral*”³⁴³.

Não por outro motivo, seu (mau) uso recorrente³⁴⁴ no discurso jurídico brasileiro não só não trouxe a desejada objetividade às decisões judiciais, como, discutivelmente, ampliou a margem de discricionariedade dos juízes³⁴⁵, muitas vezes sem respeitar o papel do Poder Legislativo e seu caráter orientador na atividade de reconstrução da norma³⁴⁶.

³⁴² (ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p. 548-549).

³⁴³ STRECK, Lênio Luiz. Crítica Hermenêutica do Direito e a Questão da Discricionariedade Judicial. **Revista Direito e Liberdade**. Natal, v. 18, n. 1, p. 221-245, jan/abr de 2016, p. 231.

³⁴⁴ “Malgrado esse expansão da teoria alexiana, não escapa a um olhar mais crítico a circunstância de que poucos intérpretes de Alexy efetuam os procedimentos descritos na chamada *lei de colisão*” (*Idem*, p. 355).

³⁴⁵ “Com efeito, a teoria da argumentação alexiana – tese que, reconheça-se, mais tem sido utilizada em dissertações, teses e decisões judiciais na tentativa de solucionar os dilemas destes tempos pós-positivistas em *terrae brasilis* – não conseguiu fugir do velho problema engendrado pelo subjetivismo: a discricionariedade. Além disso, não se percebe nas decisões judiciais uma coerência na sua utilização. Na verdade, não há uma decisão judicial que tenha aplicado a esquematização constante na tese alexiana.” (*Idem*, p. 347).

³⁴⁶ “De outro lado, porque, sendo os princípios aplicados mediante ponderação, e não sendo fornecidos critérios intersubjetivamente controláveis para a sua execução, reconhecíveis antes da adoção da conduta, somente *depois* do processo de ponderação é que se saberá o que *antes* deveria ter sido feito. Se quem faz a ponderação é o próprio destinatário, ele mesmo termina por guiar a sua conduta, o que conduz à eliminação do caráter heterolimitador do Direito. O próprio destinatário da norma, que deveria agir seguindo sua prescrição, termina por definir o seu conteúdo, decidindo, ele próprio, o que deve fazer. Se quem faz a ponderação é o Poder Judiciário, sem critérios antecipados e objetivos para sua execução, aquilo que o destinatário deveria saber antes ele só ficará sabendo depois, o que leva à supressão do caráter orientador do Direito e da função legislativa. O aplicador da norma, que

Todas essas características e resultados decepcionantes no cenário nacional tornam esse método insuficiente para, de forma objetiva, solucionar o problema da coisa julgada no litisconsórcio necessário facultativo envolvendo direitos incindíveis do mercado de capitais. É necessário, portanto, buscar outra resposta para a questão.

4.3 A teoria do direito como integridade como método para solução do problema.

Pode-se dizer que afastar as correntes atualmente existentes sobre o tema, sob a justificativa de que não há embasamento sistemático e normativo que as fundamente, não torna mais próxima a solução do problema. Tampouco auxilia o julgador hipotético a arranjar uma saída adequada para o caso posto ao seu julgamento.

Esse ângulo, porém, significaria menosprezar algumas valiosas lições trazidas pelo exercício empreendido no tópico anterior. A primeira delas é que qualquer resposta para a questão dependerá da devida fundamentação para equilibrar os princípios constitucionais em jogo. A segunda é que essa fundamentação não pode ser aberta a discricionariedade, sob pena de significar um mero resultado de intuição, não sujeita a um controle racional. Em outras palavras, o juízo *intuitivo* deve ser substituído pelo juízo *normativo*.

Para deixar bem claro: propor casuisticamente eventuais critérios discricionários para justificar preponderâncias entre princípios não leva a uma resposta convincente, pois depende de uma avaliação que não é intersubjetiva. Diferentes sujeitos podem chegar a diferentes conclusões sobre qual dos princípios deve preponderar no caso concreto, a partir de seus respectivos valores individuais. De uma certa forma, esse é o estado atual da discussão. As duas correntes analisadas entendem que ou o contraditório ou a segurança jurídica deve preponderar, posição que reflete o pensamento e as convicções individuais dos doutrinadores que as subscrevem. Esse caráter subjetivo, por sua vez, impede a formação de um consenso, não sendo surpreendente o prolongamento dessa divisão na ciência processual.

Um cético poderia dizer que a perenidade desse tipo de discussão apenas sublinha que o direito é uma matéria abstrata e, diferentemente das ciências naturais, não comporta uma resposta “certa”. Algumas questões particularmente controversas guardariam uma margem

deveria reconstruir um sentido normativo anterior e exterior, acaba por construí-lo, decidindo, ele próprio, o que a Constituição atribuiu ao Poder Legislativo definir” (ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 17, jan/fev/mar de 2019, p. 10)

razoável de divergência, havendo bons argumentos para ambos os lados, de modo que uma resposta dependeria necessariamente de certo grau de abstração, sempre sujeita a questionamentos no outro sentido.

Ronald Dworkin dá boas razões para rejeitar esse tipo de ceticismo³⁴⁷. O fato de o direito não comportar demonstrações empíricas como fundamento para sua compreensão – à maneira do que acontece com as ciências naturais – não significa que não possa haver certa objetividade argumentativa³⁴⁸. E é justamente a preocupação de Dworkin em tornar mais objetiva a interpretação do direito que torna sua teoria tão promissora para resolver o caso em análise.

Para melhor comprehendê-la, cabe elaborar alguns conceitos de sua jusfilosofia. Conforme já mencionado, a sua divisão entre regras e princípios guarda *semelhanças* com a concepção de Alexy. Em todo caso, há distinções relevantes. Além da questão relacionada à dimensão de peso, Dworkin afirma conceitua princípios como um “*standard*” que deve ser observado, não por razões consequencialistas (resultados econômicos, políticos e sociais desejados), mas por uma questão de justiça e/ou moralidade³⁴⁹. Mais do que isso, princípios são a base da argumentação *jurídica* própria do exercício da jurisdição, em contraposição à argumentação de natureza *política*, esta sim baseada em considerações utilitárias, a objetivar o favorecimento de um bem coletivo³⁵⁰.

³⁴⁷ “(...) the skeptical challenge, sensed as the challenge of external skepticism, has a powerful hold on lawyers. (...) And when they see that no argument of power is in prospect, they grumble that jurisprudence is subjective only. (...) My advice is straightforward: this preliminary dance of skepticism is silly and wasteful; it neither adds to nor subtracts from the business at hand” (DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. [s.l.]: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986, p. 85-86).

³⁴⁸ “I shall offer arguments about what makes one interpretation of a social practice better than another, and about what account of law provides the most satisfactory interpretation of that complex and crucial practice. These arguments will not – because they cannot – be demonstrations. They invite disagreement, and though it will not be wrong to reply ‘But that’s only your opinion’, neither will be helpful. You must then ask yourself whether, after reflection, it is your opinion as well. If it is, you will think that my arguments and conclusions are sound and that other, conflicting ones, are unsound and wrong. If it is not your opinion, then it falls to you to say why not, to match my arguments or naked convictions with your own” (DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. [s.l.]: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986, p. 86).

³⁴⁹ “I call a ‘principle’ a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political, or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality” (DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. *Op. Cit.*).

³⁵⁰ “Arguments of policy justify a political decision by showing that the decision advances or protects some collective goal of the community as a whole. The argument in favor of a subsidy for aircraft manufacturers, that the subsidy will protect national defense, is an argument of policy” (DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. *Op. Cit.*).

Esse ponto é especialmente relevante pois os princípios dão suporte a direitos que, por sua vez, agem como espécies de trunfo (“*trump*”)³⁵¹ em favor do indivíduo contra interesses majoritários³⁵². Esses direitos, por razões de justiça, não podem ser solapados pela vontade da maioria³⁵³.

Para a análise aqui empreendida, essa conceituação ajuda a afastar, desde logo, justificativas consequencialistas para a extensão da coisa julgada a terceiros no mercado de capitais. Argumentos como aumentar a eficiência do mercado, reduzir custos de transação e diminuir a litigância, por exemplo, não são fundamentos aceitáveis para orientar a decisão judicial do ponto de vista normativo pois a razão de ser de um direito, como é o caso do direito ao contraditório, é justamente preservar o interesse do indivíduo, mesmo que isso signifique impor um custo à coletividade.

Em todo caso, o aspecto da teoria de Dworkin que possui particular importância para a solução da situação-problema sob análise é a sua compreensão do direito como integridade. Essa sua ideia consiste em uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico que busque coerência em todos os níveis.

Para melhor explicá-la, é pertinente tomar emprestada a metáfora didática usada pelo próprio autor para explicar essa técnica hermenêutica. De acordo com Dworkin, o direito deve ser interpretado como uma espécie de novela (*chain novel*). O julgador, ao se debruçar sobre um caso difícil, assume o papel de autor de um dos capítulos dessa história, escrita de forma conjunta por outros autores dentro de uma sequência de leis e decisões judiciais anteriores³⁵⁴. O desafio desse julgador é escrever esse capítulo metafórico de forma coerente

³⁵¹ “Individual rights are political trumps held by individuals. Individuals have rights when, for some reason, a collective goal is not a sufficient justification for denying them what they wish, as individuals, to have or to do, or not a sufficient justification for imposing some loss or injury upon them” (DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. *Op. Cit.*)

³⁵² “On the contrary, an argument of principle fixes on some interest presented by the proponent of the right it describes, an interest alleged to be of such character as to make irrelevant the fine discriminations of any argument of policy that might oppose it. A judge who is insulated from the demands of the political majority whose interests the right would trump is, therefore, in a better position to evaluate the argument” (DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. *Op. Cit.*).

³⁵³ “The Trump test sets a standard that a claim of right must meet – the interest it protects must be sufficiently important that it would overcome even a generally proper political justification” (DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. [s.l.]: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 473)

³⁵⁴ “Just as interpretation within a chain novel is for each interpreter a delicate balance among different types of literary and artistic attitudes, so in law it is a delicate balance among political convictions of different sorts; in law as in literature these must be sufficiently related yet disjoint to allow an overall judgment that trades off an interpretation’s success on one type of standard against its failure on another” (DWORKIN, Ronald. **Law’s**

com as etapas passadas dessa “narrativa”. Ou seja, ele precisa, de alguma maneira, adequar-se à lógica dos episódios precedentes. Isso significa que existem limites criativos para sua empreitada. O autor do capítulo de uma novela está restringido por questões como enredo, ambientação e o papel dos personagens, por exemplo. O “mocinho” não pode subitamente tornar-se o vilão da história. Uma novela de época não pode conter elementos da modernidade. Caso isso ocorresse, haveria uma quebra na coesão. Um prejuízo à integridade dessa narrativa sequencial.

No caso do julgador interpretando o direito em um caso difícil, em vez de sua criatividade estar condicionada a elementos literários, ela é limitada por elementos jurídicos. Assim como na novela, ele, ao resolver a questão posta, deve se comprometer com a integridade do sistema como um todo. O juiz deve presumir, tanto quanto for possível, que o direito é estruturado por uma cadeia de princípios estabelecidos na legislação e em decisões anteriores, que deverão ser seguidos de forma uniforme para resolver os casos concretos³⁵⁵. Seu juízo é, assim, feito em duas etapas: primeiro uma análise de adequação (“*fit*”) seguida de uma fase de justificação (“*justification*”), caso mais de uma solução para o caso concreto sobreviva à etapa de adequação³⁵⁶. A adequação é nada menos do que a compatibilidade da resposta hipotética com o histórico da aplicação dos princípios envolvidos³⁵⁷. A justificação, por sua vez,

Empire. *Op. Cit.* p. 239). Ao mencionar que o direito é um equilíbrio delicado entre convicções políticas, Dworkin aí, refere-se à atividade legislativa. Como o autor deixa claro posteriormente, o juiz exerce essa função interpretativa de forma mais restrita, devendo equilibrar princípios: “[L]aw as integrity assumes, however, that judges are in very different position from legislators. It does not fit the character of a Community of principle that a judge should have authority to hold people liable in damages for acting in a way he concedes they had no legal duty not to act. (...) Judges must take their common-law decisions on the grounds of principle, not policy” (DWORKIN, Ronald. **Law's Empire.** *Op. Cit.* p. 244).

³⁵⁵ “Law as integrity asks judges to assume, so far as this is possible, that the law is structured by a coherent set of principles about justice and fairness and procedural due process, and it asks them to enforce these in the fresh cases that come before them, so that each person’s situation is fair and just according to the same standards” (DWORKIN, Ronald. **Law's Empire.** *Op. Cit.* p. 243).

³⁵⁶ “Judges who accept the interpretative ideal of integrity decide hard cases by trying to find, in some coherent set of principles about people’s rights and duties, the best constructive interpretation of the political structure and legal doctrine of their community. They try to make that complex structure and record the best these can be. It is analytically useful to distinguish different dimensions or aspects of any working theory. It will include convictions about both fit and justification” (DWORKIN, Ronald. **Law's Empire.** *Op. Cit.* p. 255).

³⁵⁷ “Convictions about fit will provide a rough threshold requirement that an interpretation of some part of the law must meet if it is to be eligible at all” (DWORKIN, Ronald. **Law's Empire.** *Op. Cit.* p. 255)

corresponde à seleção da resposta que esteja melhor embasada do ponto de vista moral³⁵⁸ (leia-se, aí, do ponto de vista dos princípios³⁵⁹).

Note-se que, por essa metodologia, há menos espaço para discricionariedades, em razão da vinculação do julgador a uma interpretação necessariamente coerente com o sistema. Existe, aí, uma possibilidade de controle racional da decisão, através sua fundamentação. Ela é tão melhor quanto mais for harmônica com o ordenamento jurídico³⁶⁰.

Pois bem. Resta responder, então, como todo esse arcabouço conceitual impacta na análise da extensão da coisa julgada a terceiros em litígios multitudinários do mercado de capitais envolvendo demandas incindíveis. A esta altura, está claro que o esforço interpretativo aqui empreendido deverá se debruçar sobre três institutos fundamentais envolvidos na questão: o princípio do contraditório, o princípio da segurança jurídica e a coisa julgada. Mais do que isso, tomando como premissa o direito como integridade, será necessário harmonizar sistematicamente a regra geral do art. 506 do CPC – que prevê que a coisa julgada se forma entre as partes sem prejudicar terceiros – com as próprias exceções a esse regramento. Isso importa em endereçar as seguintes perguntas, em etapas: qual o propósito da regra geral? Existe alguma uniformidade nas exceções aceitas pela doutrina? De que maneira a situação-problema se encaixaria, ou não, como uma dessas exceções?

4.3.1 Uma releitura do art. 506 do CPC através da interpretação construtiva

O primeiro questionamento pode ser respondido através da técnica da interpretação construtiva de Dworkin. Sua aplicação consiste em compreender o objeto de análise “em sua

³⁵⁸ “Hard cases arise, for any judge, when his threshold test does not discriminate between two or more interpretations of some statute or line of cases. Then he must choose between eligible interpretations by asking which shows the community’s structure of institutions and decisions – its public standards as a whole – in a better light from the standpoint of political morality” (DWORKIN, Ronald. *Law’s Empire*. *Op. Cit.* p. 255-256)

³⁵⁹ Aqui importa esclarecer que Dworkin não distingue moral e direito, negando a autonomia relativa desses dois conceitos: “Law is effectively integrated with morality: lawyers and judges are working political philosophers of a democratic state” (DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. *Op. Cit.*, p. 414-415). Delinear, porém, os contornos da ausência dessa distinção seria muito complexo e foge ao escopo desse trabalho. Para todos os efeitos, a fim de melhor compreender o que seria uma justificação do ponto de vista moral de acordo com Dworkin, basta que se leia “ponto de vista moral”, como “ponto de vista dos princípios”.

³⁶⁰ Ronald Dworkin não nega que a atividade interpretativa é, em alguma medida subjetiva. Isso, porém, é algo intrínseco à natureza do direito enquanto matéria sujeita à interpretação. Assim, a objetividade de uma interpretação só pode ser confirmada através de argumentos interpretativos: “I see no point in trying to find some general argument that moral or political or legal or aesthetic or interpretive judgments are objective. (...) I have no arguments for the objectivity of interpretive judgments except moral arguments. I have no arguments for the objectivity of moral judgments except moral arguments, no arguments for the objectivity of interpretive judgments except interpretive arguments, and so forth” (DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. [s.l.]: The Belknap Press of Harvard University Press, 1985, p. 171).

melhor luz”, de acordo com os princípios incidentes à hipótese³⁶¹. Para tanto, deve-se inicialmente conceituá-lo de forma “pré-interpretativa”³⁶². Para a corrente empreitada, isso significa tomar uma definição universalmente aceita do instituto da coisa julgada no Brasil. Conforme exposto no primeiro capítulo deste trabalho, a concepção de coisa julgada aqui adotada é a concepção de coisa julgada para Liebman: a qualidade que se ajunta à decisão judicial para torná-la imutável.

Dado esse passo pré-interpretativo, parte-se para encontrar a justificação que melhor auxilie na compreensão dos objetivos principiológicos da regra geral da coisa julgada, dentro do que já foi exposto ao longo deste texto. Acredito que, para enxergá-la em sua melhor luz, é ilustrativo imaginar uma reformulação do art. 506 do CPC. Imagine-se que, em vez do texto atual desse artigo, o regramento estivesse escrito da seguinte forma: “*a sentença faz coisa julgada entre aqueles que participaram do contraditório no processo, sem prejudicar quem dele não participou*”. Essa reedição hipotética, apesar de ser uma mera mudança de palavras que expressam um mesmo conceito, ajuda a compreender os fins da regra geral: estabelecer um *direito* no sentido de que alguém não deve ser vinculado ao resultado de um processo sem que tenha dele participado exercendo contraditório.

Se o direito é nada menos do que um *trunfo* contra o Estado que não pode ser relativizado sem a devida justificação *jurídica*, as exceções previstas no ordenamento à regra geral do art. 506 do CPC não podem ser entendidas como meros casuís mos previstos pela lei, editadas de acordo com juízos políticos majoritários do legislador. Deve-se harmonizá-las *principiologicamente* com os objetivos primordiais do art. 506 do CPC.

Penso que existe algo em comum entre todas as exceções contidas no Capítulo 2 desta dissertação, que preveem a extensão de coisa julgada *pro et contra* ao terceiro. Para melhor visualização, cabe retomá-las brevemente: são as situações de substituição processual em processos coletivos e não coletivos³⁶³. Em ambas essas hipóteses, como já mencionado, a

³⁶¹ “The constructive account of creative interpretation, therefore, could perhaps provide a more general account of interpretation in all its forms. We would then say that all interpretation strives to make an object the best it can be, as an instance of some assumed enterprise” (DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. *Op. Cit.* p. 53).

³⁶² Para os três estágios da aplicação da interpretação construtiva (pré-interpretação, justificação e pós-interpretação) ver DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. *Op. Cit.* p. 65-68.

³⁶³ Não menciono a sucessão processual pois, como sustentei anteriormente no Capítulo 2, entendo, como faz Liebman, que o sucessor é apenas um falso terceiro à relação processual. A extensão da coisa julgada a um terceiro adquirente da coisa litigiosa, por exemplo, é uma simples consequência da sub-rogação e não oferece, por esse motivo, grandes desafios de harmonização principiológica.

coisa julgada é estendida a um terceiro não participante, seja para prejudicá-lo, seja para beneficiá-lo. No caso da coisa julgada coletiva, a extensão se dá somente aos demais legitimados extraordinários que não participaram do processo. Na substituição não coletiva, os prejudicados ou beneficiados são os próprios substituídos. Entendo que a justificativa principiológica autorizativa dessas duas situações tem relação com o que foi exposto no Capítulo 3, quando tratei do conceito de representatividade adequada. Nas duas circunstâncias, o legislador previu um representante adequado apto a defender os interesses dos demais substitutos (ações coletivas)³⁶⁴ ou dos substituídos (ações não coletivas) em juízo. Ou seja, o contraditório é exercido *por meio do* substituto. Os demais substitutos ou os substituídos participam do contraditório *indiretamente*.

Veja-se que, por essa ótica, o *direito* de não ser vinculado ao resultado de um processo sem o contraditório não é violado pelas exceções. Na verdade, passa-se a compreender, por meio dessas situações excepcionais, que o ordenamento prevê o contraditório *indireto* como uma espécie plenamente válida de satisfação do contraditório em contextos específicos. Frise-se bem essa última observação: as circunstâncias devem ser específicas, em hipóteses nas quais outros interesses em jogo inviabilizem ou dispensem o contraditório *direto*. Em se tratando das ações coletivas, são os interesses da coletividade, como bem coloca Mauro Cappelletti³⁶⁵ ao tratar do tema:

“Even the most sacred principles of ‘natural justice’ must therefore be reconsidered in view of the changed needs of contemporaries societies. Reconsideration, however, does not mean abandonment, but rather adaptation. The old schemes of a merely individualistic ‘procedural garantism’ must be transformed in order to be adapted to the new meta-individual rights; in other terms, an individualistic vision of procedural due process should give away to, or be integrated with, a social or collective concept of due process, since this is the only possible way to assure judicial vindication of new rights. Hence, the right to be heard must indeed be preserved and guaranteed – not necessarily, however, to all individual members of the class, but to the ideological party. This party, *if adequately representative*, shall be allowed to act for the entire class, including those members who are not identified, not served, in sum, not ‘heard’ in a strictly literal sense of that term. In fact, these members of the class will have a better ‘day in

³⁶⁴ Parto da premissa de que os demais substitutos podem eventualmente possuir um interesse concreto em ajuizar a ação coletiva. Dessa forma, quando a coisa julgada coletiva lhes é estendida para prejudicá-los, esse interesse concreto é diretamente prejudicado. Assim, garantir que a ação seja conduzida por um representante adequado da coletividade também é uma garantia para os demais substitutos.

³⁶⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **The judicial process in comparative perspective**. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 304.

court' if representative litigation is allowed than if it is not, since, as a rule, they would simply be unable to go to court individually"

Já no caso, por exemplo, da substituição processual da companhia prevista nas ações sociais do art. 159, §§ 3º e 4º e do art. 246, ambos da Lei nº 6.404/76, existe um *interesse societário* na viabilização da reparação de danos indiretos sofridos pelos acionistas, como tratado no Subcapítulo 2.4. É fundamental, nessa circunstância, estender à companhia o resultado do julgamento mesmo sem sua participação direta, seja para garantir o ressarcimento integral dos sócios, seja para impedir que o controlador e/ou os administradores respondam a demandas sucessivas.

Dessa análise se conclui que o contraditório *indireto* exercido através do representante adequado é o critério uniformizador das exceções ao art. 506 do CPC. Na verdade, considerando que essa interpretação também harmoniza essas hipóteses "excepcionais" ao *direito* previsto pelo dito dispositivo, talvez o mais apropriado nem seja referir-se a tais circunstâncias como exceções propriamente. Afinal, em lugar de se afastarem da regra geral para aplicação de uma regra casuística particular, os casos de substituição processual se adequam a essa releitura do art. 506 do CPC, apenas com a peculiaridade do contraditório indireto, devidamente justificado por outros interesses em jogo, sendo o resultado de um equilíbrio do legislador.

O resultado final dessa interpretação construtiva do art. 506 do CPC – estágio chamado por Dworkin de pós-interpretativo – pode ser resumido através da seguinte forma: *a sentença faz coisa julgada entre aqueles que participaram do contraditório no processo, sem prejudicar quem dele não participou direta ou indiretamente por meio de representante adequado, conforme exigirem os interesses sociais em jogo*. Essa fórmula também é amparada pelo conceito de equilíbrio reflexivo de John Rawls³⁶⁶: a revisão de uma proposição moral

³⁶⁶ In searching for the most favored description of this situation we work from both ends. We begin by describing it so that it represents generally shared and preferably weak conditions. We then see if these conditions are strong enough to yield a significant set of principles. If not, we look for further premises equally reasonable. But if so, and these principles match our considered convictions of justice, then so far well and good. But presumably there will be discrepancies. In this case we have a choice. We can either modify the account of the initial situation or we can revise our existing judgments, for even the judgments we take provisionally as fixed points are liable to revision. By going back and forth, sometimes altering the conditions of the contractual circumstances, at others withdrawing our judgments and conforming them to principle, I assume that eventually we shall find a description of the initial situation that both expresses reasonable conditions and yields principles which match our considered judgments duly pruned and adjusted. This state of affairs I refer to as reflective equilibrium. It is an equilibrium because at last our principles and judgments coincide" RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Ed. Rev. [s.l.]: The Belknap Press of Harvard University Press, 1999, p. 18.

inicial conforme circunstâncias específicas até que a proposição moral final expresse adequadamente todas as situações peculiares.

É de se notar que essa conclusão é próxima da avaliação realizada por Robert Bone ao usar a mesma metodologia na análise do direito ao contraditório na jurisdição norte-americana³⁶⁷, discutivelmente mais amplo do que seu equivalente brasileiro, como já comentado no Subcapítulo 3.2. Lá, como dito, o autor também concluiu que o direito a um contraditório “pleno” cede frente a outros interesses institucionais.

Cabe, aí, uma advertência. Os interesses que validam o contraditório *indireto* não são interesses na perspectiva utilitarista. Insisto que entendimento contrário significaria esvaziar o direito esposado no art. 506 do CPC, o que não é compatível com a noção de direito como *trunfo*. Os interesses autorizadores dessa mitigação são aqueles reconhecidos pelo ordenamento. Foram citados dois exemplos, os interesses da coletividade e os interesses societários das ações sociais. Não é o escopo deste trabalho identificar todos os outros interesses nesse sentido, até porque desnecessário para responder à situação-problema analisada. É por essa razão que a solução que será proposta para as ações multitudinárias envolvendo direito incindível do mercado de capitais não é imediatamente aplicável em outros tipos de demanda. A identificação de um interesse legítimo envolvido é, portanto, um aspecto fundamental para essa releitura do art. 506 do CPC e suas exceções.

Com isso, até agora, foram respondidas as duas primeiras perguntas antes formuladas, sobre o propósito da “regra geral” – relida como um direito do indivíduo de não ser afetado pela coisa julgada sem contraditório – e se existe um critério uniformizador das situações de extensão da coisa julgada ao terceiro. Resta responder ao terceiro questionamento: de que maneira a situação-problema se encaixaria, ou não, nessas exceções? É esse o propósito do tópico a seguir.

³⁶⁷ Ver nota de rodapé n. 272, com destaque para o trecho a seguir: “the best way to understand the participation right, consistent with the way litigant autonomy works in ongoing litigation, is that it reflects a balance of institutional considerations relevant to assuring the fairness and justness of adjudication. An institutional right of this sort can still qualify as a “right” so long as it somehow resists utilitarian reasons for limiting control based on improving aggregate social welfare. By “resists,” I mean that the right need not exclude or wholly trump utilitarian reasons, but it must limit the reasons that count—for example, by demanding that the welfare gains be very large or that appeals to social welfare somehow take account of a right holder’s interests”.

4.3.2 Consistência, risco moral e isonomia: a representatividade adequada como resposta para o problema

Enxergar o art. 506 do CPC como a previsão de um direito de não ser afetado pela coisa julgada sem contraditório é uma premissa interpretativa importante para solucionar a questão dos litígios litisconsorciais do mercado de capitais. A uma porque elimina respostas incompatíveis com esse direito e a duas porque torna mais próxima a formulação de uma proposta de solução coerente do ponto de vista normativo.

Como respostas afastadas por incompatibilidade, tem-se as justificações utilitárias para extensão da coisa julgada a terceiro e a própria proposição da corrente de Barbosa Moreira sobre o tema. As primeiras são afastadas porque, como já dito, não é possível flexibilizar um direito por razões políticas sem chancela principiológica. A corrente de Barbosa Moreira deve ser descartada por motivo semelhante. A ideia de estender ao terceiro a coisa julgada para preservar a segurança jurídica em demandas envolvendo direitos incindíveis é simplesmente uma negação frontal do direito de não ser vinculado ao resultado do processo sem contraditório. É bom observar que a justificativa oferecida por Barbosa Moreira³⁶⁸ também guarda aspectos consequencialistas:

“[A]dmitir que essa extensão da *auctoritas rei iudicatae* se manifeste apenas quando acolhida a primeira impugnação seria abrir a porta à eventualidade, que cumpre a todo custo evitar, de coisas julgadas contraditórias em relação à mesma pessoa; logo, tem-se de reconhecer que a *res iudicata* vincula todos os co-legitimados, independentemente do teor da sentença, isto é, quer se tenha julgado procedente, quer improcedente, o pedido do primeiro impugnante”

É preciso mais do que dizer que “*cumpre a todo custo evitar*” a eventualidade de conflito entre coisas julgadas e tampouco se justifica uma negativa integral do contraditório, que não encontra paralelo nas situações em que a extensão da *res judicata* é admitida para beneficiar ou para prejudicar. Em resumo, é uma proposição que não tem respaldo no direito como integridade, assim como não pôde ser respaldada pela metodologia de Alexy, pelos motivos já explicados.

³⁶⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Coisa Julgada: extensão subjetiva. Litispendência. Ação de Nulidade Patente. *Op. Cit.* p. 162.

A corrente de Liebman, por outro lado, tem melhor sorte quando analisada pelo mesmo ângulo e não pode ser tão facilmente descartada. Não existe um conflito entre o entendimento de que a coisa julgada não se estende ao terceiro nos litígios com litisconsórcio versando sobre direito incindível e o *direito* de não ser vinculado ao resultado de um julgamento sem exercer o contraditório. Muito pelo contrário, trata-se mesmo de uma confirmação desse postulado.

Há, porém, problemas normativos com essa solução que vão além do inconveniente prático de se permitir uma relitigância sucessiva. O mais óbvio é a impropriedade de se negar completamente a aplicação do princípio da segurança jurídica, como já se abordou quando essa mesma corrente foi analisada sob a metodologia de Alexy. Além disso, o direito como integridade traz problemas adicionais a essa proposta, pois expõe que nela reside uma incoerência.

Para melhor visualizar essa incoerência, cabe fazer menção a um outro conceito de Ronald Dworkin, relacionado especificamente aos direitos processuais. Trata-se da noção de prejuízo moral (“*moral harm*”)³⁶⁹-³⁷⁰. Para o autor norte-americano, a razão originária dos direitos processuais está relacionada à inibição de erros de julgamento, situações nas quais o julgador soluciona o caso em desacordo com a titularidade do direito material que originou a demanda (ou seja, julga de forma injusta). Quanto mais uma dada sociedade valoriza um determinado direito material, mais direitos processuais devem ser previstos no ordenamento para os processos envolvendo esse mesmo direito. Existe, aí, um cálculo moral implícito que é feito pela sociedade. Um direito material muito importante justifica a adoção de regras processuais que levem a um julgamento mais preciso, mesmo que isso implique em maiores custos econômicos e de eficiência para sociedade como um todo. Um exemplo elucidativo dado pelo autor em relação a esse tipo de cálculo é a diferença do exame das provas nos casos penais versus cíveis. O acusado de um crime só pode ser condenado quando existirem contra ele evidências que indiquem, além da dúvida razoável, o cometimento do ilícito. Já no processo

³⁶⁹ Apesar do nome, isso nada tem a ver com o dano moral do Direito Civil.

³⁷⁰ Ao longo desse parágrafo, faço um resumo das explicações de Dworkin sobre esse conceito conforme o autor o expõe no capítulo “*Principle, Policy, Procedure*” do livro *A Matter of Principle*. Dada a complexidade do texto, em vez de referenciar trechos essa obra cada vez que for exposta parte da explicação, faço uma remissão a esse capítulo como um todo (DWORKIN, Ronald. *Principle, Policy, Procedure*. In.: **A Matter of Principle**. [s.l.]: The Belknap Press of Harvard University Press, 1985, p. 72-103), mencionando ocasionalmente apenas os trechos mais fundamentais.

civil, basta apenas um juízo de verossimilhança, calcado em uma aferição de probabilidades a partir de uma análise das evidências³⁷¹.

Na teoria dworkiniana, essas diferenças no gerenciamento de riscos relacionados a um julgamento injusto se justificam na medida em que as eventuais injustiças causadas por um erro judiciário têm impactos diferentes do ponto de vista da moralidade, a depender do direito material envolvido³⁷². É evidente que uma injustiça cometida no âmbito de um processo criminal envolvendo uma acusação de homicídio possui maior gravidade do que se ocorrer em um litígio sobre obrigações contratuais. Ronald Dworkin dá o nome de prejuízo moral (*moral harm*) a esse senso de injustiça. Não se trata de um dano relacionado a aspectos emocionais daquele que foi injustiçado e sim de um conceito autônomo, especificamente relacionado à noção de justiça³⁷³.

Partindo dessa premissa, Ronald Dworkin entende que é possível extrair dois direitos processuais de caráter geral: (i) o procedimento deve ter um grau de precisão compatível com a importância moral do direito material envolvido e (ii) a importância dada a esse direito material deve ser consistente em todos os casos que o envolvam³⁷⁴. O primeiro é uma questão resolvida no âmbito legislativo, competindo ao legislador prever procedimentos adequados ao risco de prejuízo moral envolvido³⁷⁵. O segundo diz respeito à prestação

³⁷¹ “This is shown, for example, by the rule that guilt must be shown beyond a reasonable doubt, rather than on the balance of probabilities” (DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. *Op. Cit.* p. 89).

³⁷² “Indeed under certain circumstances we might regard the design of criminal and civil procedures as a fabric woven from the community’s convictions about the relative weight of different forms of moral harms, compared with each other, and against ordinary sacrifices and injuries” (DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. *Op. Cit.* p. 86).

³⁷³ “We must distinguish, that is, between what we might call the bare harm a person suffers through punishment, whether that punishment is just or unjust—for example, the suffering or frustration or pain or dissatisfaction of desires that he suffers just because he loses his liberty or is beaten or killed—and the further injury that he might be said to suffer whenever his punishment is unjust, just in virtue of that injustice. I shall call the latter the “injustice factor” in his punishment, or his “moral” harm. The harm someone suffers through punishment may include resentment or outrage or some similar emotion, and is more likely to include some emotion of this sort when the person punished believes his punishment to be unjust, whether it is unjust or not. Any such emotion is part of the bare harm, not the injustice factor. The latter is an objective notion which assumes that someone suffers a special injury when treated unjustly, whether he knows or cares about it, but does not suffer that injury when he is not treated unjustly, even though he believes he is and does care” (DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. *Op. Cit.* p. 80).

³⁷⁴ “So civil litigants must have in principle the same two rights we found for those accused of crime. They have a right to procedures justified by the correct assignment of importance to the moral harm the procedures risk, and a related right to a consistent evaluation of that harm in the procedures afforded them as compared with the procedures afforded others in different civil cases” (DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. *Op. Cit.* p. 93).

³⁷⁵ “The first of these two rights is a background and a legislative right. Everyone has a right that the legislature fix civil procedures that correctly assess the risk and importance of moral harm, and this right holds against the courts when these institutions act in an explicitly legislative manner, as when the Supreme Court enacts and publishes rules of civil procedure, for example, independently of any lawsuit” (DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. *Op. Cit.* p. 93).

jurisdicional e é o mais relevante para a tarefa analítica aqui empreendida. Em razão disso, cabe citar a explicação do autor com mais destaque³⁷⁶:

“The second is a legal right. It holds, that is, against courts in their adjudicative capacity. It is a right to the consistent application of that theory of moral harm that figures in the best justification of settled legal practice”

O fragmento abaixo é igualmente importante³⁷⁷:

“The basic procedural right in civil litigation is the right that the risk of the moral harm of an unjust result be assessed consistently so that no less importance is attached to that risk by a court’s procedural decisions than is attached in the law as a whole”

Fica nítido, pelas considerações acima, que a relação entre a consistência das técnicas processuais com risco de prejuízo moral envolvendo determinada matéria é parte da concepção do direito como integridade, da necessidade de estabelecer coerência sistêmica. Em um nível um pouco mais abstrato, tudo isso, incluindo o próprio direito como integridade, deriva da isonomia³⁷⁸, um dos princípios que formam a pedra fundamental da teoria de Dworkin³⁷⁹.

Isso é importante de registrar porque a ideia de adaptar a técnica processual para garantir a tutela do direito material envolvido e a importância do princípio da isonomia no processo civil não são aspectos exclusivos da teoria dworkiniana. Na verdade, esses fatores são bem desenvolvidos e aplicados na doutrina brasileira que trata do estudo do direito constitucional à tutela adequada e efetiva, ele mesmo uma releitura da previsão do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Veja-se, por exemplo, como as considerações de José Roberto dos Santos Badaque³⁸⁰ sobre efetividade do processo se assemelham com a necessidade de se

³⁷⁶ DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. *Op. Cit.* p. 93.

³⁷⁷ DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. *Op. Cit.* p. 96.

³⁷⁸ “It is part of the principle that no decision may deliberately impose on any citizen a much greater risk of moral harm than it imposes on any other. Moral harm is treated as special by this principle of equality” (DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. *Op. Cit.* p. 85).

³⁷⁹ “We construct a conception of law – an account of the grounds needed to support a claim of right enforceable on demand in that way – by finding a justification of those practices in a larger integrated network of political value. We construct a theory of law, that is, in the same way that we construct a theory of other political values of equality, liberty, and democracy” (DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. *Op. Cit.*, p. 404).

³⁸⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. Cit.*, p. 104-105.

evitar um prejuízo moral (prestaçāo jurisdicional errônea em relação à titularidade do direito material) através da concretização do direito material por instrumentos processuais:

“O acesso à jurisdição integra, sem dúvida, a categoria dos direitos fundamentais (CF, art. 5º, XXXV). Necessário, portanto, que o resultado da atividade jurisdicional, consubstanciado na tutela jurisdicional, seja eficaz, isto é, produza os efeitos desejados no plano material.

Em suma: o instrumento precisa ser eficiente para proporcionar a tutela efetiva e eficaz. E isto somente ocorre se ele for adequado ao fim pretendido. A utilidade do ordenamento jurídico material está intimamente relacionada à eficácia do processo, que constitui o meio para garantir a atuação do Direito nas hipóteses de ausência de cooperação espontânea dos destinatários”.

Luiz Guilherme Marinoni define a tutela adequada e efetiva de forma parecida³⁸¹ e ainda reforça a correlação desse princípio com o mandamento constitucional de isonomia³⁸²:

“Como já dissemos, os procedimentos, como todos os atos do Poder Público, devem estar em conformidade com o princípio da igualdade. O legislador infraconstitucional é obrigado a desenhar procedimentos que não constituam privilégios, bem como, para atender aos socialmente mais carentes, a estruturar procedimentos que sejam diferenciados, na medida em que a diferenciação de procedimentos é uma exigência insuprimível para um ordenamento que se inspira na igualdade substancial”.

Assim, o argumento de que direitos processuais devem garantir aos jurisdicionados um procedimento eficaz para a concretização do direito material em questão e, ao mesmo tempo, fazê-lo de forma consistente em respeito à isonomia, possui grande força normativa, suportada pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. E é justamente nessa perspectiva que, de uma só vez, é possível enxergar a inadequação da corrente de Liebman para solucionar a situação-problema e chegar finalmente a uma resposta coerente do ponto de vista principiológico.

³⁸¹ “O direito à prestação jurisdicional é fundamental para a própria efetividade dos direitos, uma vez que estes últimos, diante das situações de ameaça ou agressão, sempre restam na dependência de sua plena realização. Não é por outro motivo que o direito à prestação jurisdicional efetiva já foi proclamado como o mais importante dos direitos, exatamente por constituir o direito a fazer valer os próprios direitos” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 128).

³⁸² (*Idem*, p. 137).

Retorne-se ao caso prototípico da discussão: a ação anulatória de assembleia da companhia ajuizada por um de seus acionistas. Com base nas considerações precedentes, é legítimo questionar: qual é envergadura social e moral do direito material que justifica a pretensão anulatória? De que modo pode-se tutelar adequadamente esse direito?

Se o jurisdicionado tem direito a uma aplicação consistente das técnicas processuais sob a guarda do princípio da isonomia, a resposta a essas perguntas deve ser coerente com outras hipóteses de tutela de direitos semelhantes ou idênticos. Entendo que uma comparação próxima seja com os direitos tutelados nas ações sociais do art. 159, §§ 3º e 4º e do art. 246, ambos da Lei nº 6.404/76. Sob essa ótica, relembrar-se o dito no tópico anterior: o *interesse societário* no resarcimento integral dos acionistas pelos danos causados à companhia importa na possibilidade de vinculação à coisa julgada pelo contraditório *indireto*, exercido através do representante adequado.

Não parece plausível supor que a relevância moral desse direito seja substancialmente diferente daquele que é preservado pela via da ação anulatória de assembleia. Sem adentrar, por ora, nas diferenças técnicas entre as duas modalidades de direito material que justificam essas pretensões, é perfeitamente razoável entender pela equivalência entre as duas hipóteses. Ambas possuem nítido conteúdo contratual e econômico. Um acionista só irá buscar a anulação de uma deliberação social quando essa lhe impingir algum prejuízo que, de uma maneira ou de outra, lhe traga repercussões econômicas direta ou indiretamente. É dizer que, tal como nas ações sociais, as ações anulatórias resguardam um *interesse societário* relacionado à preservação dos acionistas contra eventuais prejuízos.

Ora, se o ordenamento jurídico justifica a adoção da técnica do contraditório *indireto* por meio de representante adequado para as ações sociais, quando há esse tipo de *interesse societário*, por que não haveria de fazê-lo também para as ações anulatórias de assembleia? Mesmo se se considerarem as peculiaridades técnicas do direito material a embasar a pretensão anulatória em relação ao direito material das ações sociais, percebe-se que as diferenças não interferem na aplicação da técnica também para as demandas de anulação. Em linhas gerais, a pretensão de anular um conclave deve se fundar em vícios formais e/ou materiais de uma deliberação social. É uma demanda que visa a preservar a obediência à lei e/ou ao estatuto social da companhia. Trata-se de direito de cunho potestativo e de natureza

incindível do ponto de vista da tutela jurisdicional. E é exatamente essa incindibilidade que determina uma solução uniforme para todos os colegitimados, como já antes dito.

Os pontos de semelhança são suficientemente eloquentes para justificar o uso da mesma técnica de contraditório indireto por representante adequado nos dois casos. Essa conclusão não é fruto de um casuísmo. Resulta, antes, da aplicação da isonomia para garantir uma consistência dos direitos processuais vis a vis as características do direito material tutelado e sua relevância moral. Não se trata, tampouco, de simultaneamente vestir o chapéu de legislador com a toga de juiz. Muito pelo contrário, essa interpretação concretiza a vontade expressada na lei não só para as situações expressamente previstas no texto legal, como também para casos equiparáveis a tais situações. Esse não é um argumento prático, utilitarista ou político. É um argumento de princípio³⁸³, calcado no direito como integridade.

A defesa de um entendimento contrário deve ser obrigatoriamente acompanhada de uma justificativa para tratar diferentemente direitos semelhantes. Não é isso que faz a corrente de Liebman, em certa medida desconexa da ideia de que direitos processuais devem se adaptar às necessidades do direito material envolvido. Sua falta de flexibilidade e de adaptabilidade compromete a coerência do sistema da extensão da coisa julgada aos terceiros e significa aceitar discriminações não fundamentadas. As exceções à regra geral do art. 506 do CPC, assim, são como meros caprichos do legislador, casos específicos sem uma explicação sistematizada. Uma preferência absoluta pelo contraditório *direto* quando o próprio ordenamento jurídico contém exemplos expressos nos quais essa preferência não é confirmada. Ao fim, na ausência de argumentos de princípio (ou melhor, à revelia de argumentos de princípio), a opção pelo uso da corrente de Liebman em uma situação como a ora analisada só pode ser explicada como uma escolha política que ideologicamente intui o contraditório *direto* como a única forma de justificar a formação da coisa julgada, negando as fartas evidências no sentido contrário. Se o

³⁸³ “I propose the following two principles of fair play in government. First, any political decision must treat all citizens as equals, that is, as equally entitled to concern and respect. It is not part of this principle that government may never deliberately impose a greater bare harm on some than others, as it does when, for example, it levies special import taxes on petrol or gasoline. It is part of the principle that no decision may deliberately impose on any citizen a much greater risk of moral harm than it imposes on any other. Moral harm is treated as special by this principle of equality. Second, if a political decision is taken and announced that respects equality as demanded by the first principle, then a later enforcement of that decision is not a fresh political decision that must also be equal in its impact in that way. The second principle appeals to the fairness of abiding by open commitments fair when adopted—the fairness, for example, of abiding by the result of a coin toss when both parties reasonably agreed to the toss” (DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. *Op. Cit.* p. 85).

direito pode ser visto metaforicamente como uma novela, essa concepção equivale a um grave furo de roteiro.

Por fim, para resumir a conclusão deste tópico, entendo que a única solução normativa para resolver o problema do litisconsórcio unitário multitudinário facultativo em demandas de direito incindível no mercado de capitais envolve o uso da técnica do contraditório indireto exercido por representante adequado. Isso porque esse tipo de mitigação do contraditório é admitido pelo ordenamento em procedimentos que cuidam de direitos materiais de relevância moral e características semelhantes, como é o caso das ações sociais do art. 159, §§ 3º e 4º e do art. 246, ambos da Lei nº 6.404/76. É óbvio que, apesar das semelhanças do ponto de vista material e moral, existem diferenças de forma que devem levar a uma versão adaptada dessa técnica. Os detalhes do sistema resultante dessa adaptação são expostos no subcapítulo a seguir.

4.4 Características do sistema proposto e sua aplicação

A explicação do sistema proposto deve começar com um importante esclarecimento: essa solução não equivale a uma reprodução do regime da substituição processual previsto nas ações sociais do art. 159, §§ 3º e 4º e do art. 246, ambos da Lei nº 6.404/76 para as ações anulatórias. O que é reproduzido é o uso da técnica do contraditório indireto exercido por representante adequado. O restante é objeto de adaptação no limite em que exigem as circunstâncias.

Existem fatores relevantes que impossibilitam uma mera reprodução do regime de substituição processual das ações sociais. A lição de Guilherme Setoguti³⁸⁴ trata desse assunto de forma detalhada e é pertinente fazer referência às suas considerações:

“[E]mbora o direito que fundamenta a demanda anulatória de deliberação assemelhe-se ao coletivo em sentido estrito, não é cabível o controle da representatividade na impugnação de deliberações assembleares. Não só porque não há base legal para esse entendimento, mas principalmente porque quem vai a juízo deduzir essa pretensão não representa os demais, mas sim age em defesa de direito próprio. Não se pode exigir que ele ‘defenda adequadamente’ a massa de acionistas simplesmente porque ele não os representa. Um controle de representatividade adequada, neste caso, violentaria a garantia constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (CF, art. 5º,

³⁸⁴ PEREIRA, Guilherme Setoguti J. **Impugnação de Deliberações de Assembleia das S/A.** *Op. Cit.* p. 323.

XXXV), pois tolheria o interessado de defender um direito próprio, por mais que este possua reflexos coletivos. Não é possível, pois, *de lege lata*, barrar o acesso à via impugnatória ao fundamento de que o demandante não é adequado representante do colégio de sócios”.

Suas ponderações são interessantes e merecem consideração detida. Um ponto de atenção é a caracterização do direito material que fundamenta a ação anulatória como um direito assemelhado ao coletivo em sentido estrito ou, como coloca na parte final da citação, um direito próprio com reflexos coletivos. É perceptível que o autor percorreu um caminho lógico semelhante ao empreendido no tópico anterior, no sentido de identificar a hipótese da ação anulatória com uma das situações que autorizam o contraditório indireto por representante adequado. De todo modo, em vez de comparar com o direito material tutelado pela ação social, Setoguti optou pela comparação com os direitos coletivos. Parece-me que isso se dá menos pela proximidade entre as duas hipóteses, em termos de relevância social e moral, e mais pelo acompanhamento da tendência doutrinária em enxergar o controle da representatividade adequada apenas nas ações coletivas, conforme exposto no Subcapítulo 3.3.

Dito isso, concordo com sua afirmação de que impor ao autor da ação da anulatória os requisitos de legitimidade calcados no controle da representatividade adequada resultaria em tolher seu acesso à jurisdição para a defesa de um direito que, apesar de afetar os demais colegitimados, é essencialmente um direito próprio. Mas o autor extrapola quando defende que isso significaria genericamente a impossibilidade de usar parâmetros de representatividade adequada nas ações anulatórias. Novamente há, aí, o reforço de um outro erro doutrinário, no sentido de associar o controle da representatividade adequada unicamente com o exame das condições da ação, como a legitimidade e o interesse de agir. Também já expus as razões para abandonar esse entendimento no Subcapítulo 3.3, em prol de uma concepção mais abrangente.

É bem possível que tudo isso reflita, ainda, uma outra incompreensão quanto às dificuldades próprias da temática das demandas litisconsorciais de direitos indivisíveis, relacionada ao momento do surgimento das tensões normativas envolvidas nessa discussão. É importante que as coisas sejam bem postas: não há nada de difícil ou conflitante quando um dos colegitimados ajuíza esse tipo de ação. Tampouco durante sua tramitação, processamento regular e subsequente encerramento com trânsito em julgado da sentença. Até aí, as demandas anulatórias, por exemplo, são verdadeiros casos fáceis, resolvidos pela mera aplicação por subsunção das regras do procedimento comum. O “caso difícil” surge com o ajuizamento de uma segunda ação por outro colegitimado, buscando reverter o resultado do julgamento do

processo anterior. É nessa ocasião que são tensionados os princípios do contraditório e da segurança jurídica um contra o outro. A atividade do intérprete deve, portanto, limitar-se a resolver esse conflito normativo durante esse momento específico. Afinal, não faz sentido usar técnicas de resolução de tensões principiológicas quando elas sequer existem. Em outras palavras, é o juiz do segundo caso que precisa de ajuda na difícil matéria posta para julgamento. O juiz do primeiro pode suspirar aliviado por não se encontrar nessa nada invejosa situação.

Uma exemplificação hipotética ajuda a ilustrar o momento do surgimento do problema e a aplicação da solução que proponho. Suponha-se que o acionista A da companhia aberta fictícia Alfabeto S.A. ajuíze uma ação anulatória da assembleia de acionistas em que se aprovara a incorporação de uma outra sociedade, conforme proposta recomendada pelo conselho de administração. Em linhas gerais, o acionista A questiona a metodologia de *valuation* usada para precisar a sociedade incorporada, entendendo que há indícios de uma indevida sobreprecificação e que não foram disponibilizados documentos suficientes para uma tomada de decisão informada pelos acionistas. Após ser citada, a companhia Alfabeto imediatamente realiza a divulgação dessa demanda societária, nos termos exigidos pelo art. 1º, inciso II, do Anexo I da Resolução nº 80/2022 da CVM, e apresenta contestação rebatendo vigorosamente as alegações da inicial, refletindo o entendimento do conselho de administração no sentido de que a operação representa uma excelente oportunidade comercial, tendo sido realizada a valores de mercado e com ampla divulgação de informações para tomada de uma decisão informada. Durante a tramitação do processo, todos os andamentos relevantes são devidamente divulgados conforme exigido pela resolução. Ao final, a despeito dos melhores esforços da companhia Alfabeto, a ação é julgada procedente por decisão transitada em julgado e a deliberação é anulada. O resultado desagrada o acionista B, que concorda com a visão do conselho. Irresignado, ele entende por bem ajuizar uma ação declaratória de validade da assembleia que aprovou a incorporação.

O acionista B originalmente ajuíza essa demanda apenas contra a companhia Alfabeto, mas a juíza sorteada para julgar esse segundo processo entende como apropriado determinar a inclusão do acionista A no polo passivo, dado que será diretamente prejudicado em caso de julgamento favorável da pretensão. O acionista A recebe a citação para responder à demanda com muita indignação. Após um processo extenso, custoso, com ampla produção probatória, inclusive de natureza pericial, somada à contratação – bastante cara – de alguns dos

melhores advogados do país, ele se vê novamente obrigado a defender a mesma posição defendida em sua ação anulatória, com o risco de todo o seu esforço anterior ser completamente esvaziado. Ao se manifestar em contestação, buscando uma eliminação rápida desse perigoso processo, o acionista A formula uma preliminar de incidência de coisa julgada sobre a matéria, nos termos do art. 337, VII, do CPC. Sua tese é totalmente fundada na corrente de Barbosa Moreira e argumenta pela vinculação do acionista B à coisa julgada formada na ação anulatória a fim de se evitar eventual conflito prático entre julgados. Para robustecer sua posição, o acionista A traz alguns julgados do STJ com esse entendimento. Em réplica, o acionista B responde que a preliminar deve ser rejeitada, usando os mesmos fundamentos da corrente de Liebman, também fazendo referência a julgados do STJ com essa orientação.

Essa é, então, a situação posta para o julgamento da juíza hipotética. Proponho chamá-la de Minerva, tomando como inspiração a referência ao semideus romano Hércules imaginado por Dworkin como uma espécie de axioma para a resolução de conflitos principiológicos e para a aplicação do direito como integridade³⁸⁵. Minerva é uma julgadora que, fazendo jus ao seu nome, é extremamente dedicada à resolução justa e coerente dos conflitos. Ela também é bem familiarizada com as correntes de Liebman e de Barbosa Moreira invocadas pelos litigantes e comunga das considerações críticas expostas ao longo deste trabalho em relação a essas posições. Minerva sabe, então, que fundamentar sua decisão num ou outro sentido com base em qualquer dessas teorias é questionável e abrirá um flanco para uma impugnação vigorosa pelo derrotado, com o risco de reforma nas instâncias superiores (e Minerva detesta quando suas decisões são reformadas).

A juíza tem uma simpatia inicial com a situação do acionista A e entende que um eventual esvaziamento de sua vitória judicial anterior poderia configurar, abstratamente, uma injustiça. Afinal, não é como se o acionista B não tivesse tido a oportunidade de intervir e se manifestar no primeiro processo, já que todas as etapas relevantes do feito foram devidamente divulgadas no sítio eletrônico da companhia Alfabeto e da CVM, dando ampla divulgação à demanda. Apesar dessas considerações, Minerva não encontra imediatamente uma forma de justificar, pela lei, o reconhecimento da formação da coisa julgada em relação ao acionista B. Por outro lado, uma aplicação simples por subsunção do art. 506 do CPC gera mais do que uma eventual injustiça ao acionista A. Possibilitar a rediscussão de matéria já decidida compromete

³⁸⁵ “I have invented, for this purpose, a lawyer of superhuman skill, learning, patience and acumen, whom I shall call Hercules. I suppose that Hercules is a judge in some American jurisdiction” (DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously. Op. Cit.**)

o art. 5º, XXXV e XXXVI, da Constituição Federal. Primeiramente, tem-se que uma violação à segurança jurídica, princípio que, conforme reconhecido em jurisprudência³⁸⁶, é de grande relevância para a condução dos negócios sociais da companhia, sobretudo considerando que possui ações negociadas em bolsa, até porque uma instabilidade relacionada a um assunto tão cardeal para sociedade como uma incorporação pode resultar em uma desvalorização de seu valor de mercado. Em segundo lugar, permitir a condução de um procedimento nesses termos também parece conflitar com o direito constitucional à tutela adequada e efetiva (que se origina do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal), pois significa impor esses riscos danosos ao aparente titular do direito material – que já venceu uma ação sobre a mesma matéria –, eliminando inclusive a efetividade da tutela jurisdicional obtida no primeiro processo. Além disso, simplesmente se valer da letra fria do art. 506 do CPC resultaria em uma forma atípica de rescindir a coisa julgada, esvaziando o sentido da ação rescisória ajuizada por terceiro (art. 967, II, do CPC) e a limitação de seu cabimento.

Minerva percebe, então, que está diante de um caso difícil, que envolve a colisão entre o princípio do contraditório e da segurança jurídica. Sua resolução dependerá, assim, do uso de uma técnica capaz de resolver esse conflito com uma fundamentação que possa ser submetida a um controle racional (art. 489, §2º, do CPC)³⁸⁷. Ela vê no direito como integridade uma metodologia promissora, dada a preocupação de Dworkin com o controle racional das justificações normativas das decisões. Além disso, o próprio CPC faz menção à teoria no seu art. 926³⁸⁸. Minerva passa, assim, pelas etapas lógicas descritas ao longo deste capítulo e chega na releitura proposta para o art. 506 do CPC, distinguindo as possibilidades de vinculação à

³⁸⁶ Ver nota de rodapé 318.

³⁸⁷ “Como quer que seja, o importante é que, qualquer que seja a técnica utilizada para superar o conflito normativo, ela exige do juiz uma *justificação*. Não basta dizer, por exemplo, que uma regra constitui exceção do que diz a outra, ou que, no caso concreto, um determinado princípio deve prevalecer sobre o outro. É preciso que se justifique, no caso da regra excepcional, *por que* se trata de uma exceção – e não, por exemplo, uma revogação; no caso do princípio, *por que* o caso concreto exige a aplicação de um e não de outro” (DIDIER Jr., Freddie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. Comentário ao art. 506 do CPC. *Op. Cit.* p. 710).

³⁸⁸ “Portanto, processo é condição de possibilidade. E, nele, a fundamentação da decisão é condição da democracia. Fechando o cerco sobre velhos adágios e serôdias teses, o legislador do CPC estabeleceu algumas blindagens contra a subinterpretação do artigo 93, IX, da CF: os artigos 10 (proibição de não surpresa), 371 (fim do livre convencimento), 489 (os diversos incisos que trazem uma verdadeira criteriologia para decidir) e o 926 (que estabelece a obrigatoriedade de a jurisprudência ser estável, integra e coerente).

Pois é sobre o artigo 926 que recai uma carga epistêmica de infinito valor. Por várias razões. Primeiro, porque um modo de evitar a jurisprudência lotérica é exigir coerência e integridade; segundo, a garantia da previsibilidade e da não surpresa; terceira, o dever de *accountability* em relação à Constituição, justamente ao artigo 93, IX. E um quinto elemento: o Supremo Tribunal Federal deve também manter a coerência e integridade nas suas próprias decisões. Em todas. Nesse sentido, cresce igualmente o papel do STJ, *locus* da unificação do Direito infraconstitucional” (STRECK, Lenio Luiz. Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades? *Conjur*, 18 dez. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades/>. Acesso em: 21 ago. 2024)

coisa julgada pelo contraditório direto e indireto, sendo que este último só é autorizado quando houver um interesse relevante. Na situação sob sua análise, parece haver esse tipo de interesse, dado que a ação anulatória envolve a proteção de direitos da mesma relevância moral dos que justificam as ações sociais do art. 159, §§ 3º e 4º e do art. 246, ambos da Lei nº 6.404/76 e sua sistemática de contraditório indireto exercido por representante adequado.

Passada essa etapa, Minerva se questiona se esse tipo de vinculação pode ter acontecido no caso concreto. Ou seja, se o acionista B pode ter sido vinculado à coisa julgada formada no primeiro litígio através do exercício do contraditório indireto por meio de representante adequado. Na falta de estipulação de um representante adequado pela lei em se tratando de ações anulatórias, será necessário adotar critérios relacionados ao tratamento doutrinário dado ao instituto. Através de seus estudos sobre representação adequada, Minerva sabe que representante adequado é aquele que atua com identidade de interesses³⁸⁹, que defende vigorosamente sua posição jurídica na demanda³⁹⁰, tendo recursos suficientes para tanto³⁹¹. A partir dessas considerações, a juíza nota que a companhia Alfabeto possui essas características em relação ao acionista B. A sociedade defendeu vigorosamente a validade da deliberação social, produzindo provas e contratando advogados habilitados. Trata-se, portanto, de uma representante adequada de todos os que estivessem interessados em atingir esse mesmo objetivo. É dizer que o contraditório do acionista B foi indiretamente exercido por meio da companhia, viabilizando sua vinculação à coisa julgada. A ausência de sua intervenção

³⁸⁹ “Any definition of adequate representation must demand alignment of the interests between the representative party's and the represented party's interests. (...) However, if the representative party's interests are inevitably and inescapably aligned with those of the represented party, the represented party's interests will be indirectly protected. This alignment of interests refers to a desire for the same outcome and the availability of the same legal theories in pursuit of that outcome” (REDISH, Martin H.; KATT, William J. Taylor v. Sturgell, *Op. Cit.*, p. 1909).

³⁹⁰ “The second requirement of adequate representation is that the representative party possess sufficient incentive to vigorously litigate the first suit. To ensure the presence of this incentive, the representative party must possess a significant personal stake in the initial litigation. The motivation behind this requirement is similar to one of the motivations behind the injury-in-fact component of standing. A party possessing a significant personal stake in the litigation is more likely to present her case in an effective manner. In the extreme situation, this requirement prevents a sham party from binding all others with aligned interests. At a more basic level, we simply do not trust someone to exhaust all plausible legal arguments unless she stands to suffer negative consequences as a result of an unsuccessful suit” (*Idem*, p. 1909-1910).

³⁹¹ “The final requirement of adequate representation is that the representative party possess sufficient resources to vigorously litigate the first suit. This element is purely practical. Even if the representative party's interests are perfectly aligned with the precluded nonparty's interests and the representative party has personal incentive to litigate vigorously, the representative party still may be incapable of providing adequate representation. Perhaps the party does not possess sufficient resources to present her case in an acceptably effective manner. Perhaps the party's lawyer is incompetent, despite his high fees. In either situation, it would not be fair to say that the absent party received adequate representation when the representative party clearly did not provide it. Of course, perfect lawyering is not required to satisfy this component. At the very heart of virtual representation is the fact that the absent party may disagree with certain strategic choices in the first suit but is nevertheless bound. Instead, this should serve as a practical inquiry that can be overcome only by insufficient party resources or incompetent lawyering” (*Idem*, p. 1910).

processual pode, inclusive, ser considerada uma espécie de concordância tácita com essa representação. É como se, ao não intervir no processo, o acionista B tivesse confiado na capacidade de a companhia vencer, sozinha, o litígio.

Com essa fundamentação, incorporando as considerações realizadas ao longo deste trabalho, Minerva extingue o feito sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, V, do CPC, entendendo que o acionista B está vinculado à coisa julgada formada na ação anulatória. Veja-se que, em termos de resultado prático, o processo teria sido finalizado da mesma forma se a julgadora tivesse simplesmente aplicado a teoria da corrente de Barbosa Moreira. Em todo caso, a justificação de sua sentença com base na releitura do art. 506 do CPC pela técnica interpretação construtiva e no uso do direito como integridade para estender à ação anulatória a possibilidade de vinculação pelo contraditório indireto tornam sua decisão melhor fundamentada. O ônus argumentativo do acionista B para recorrer da sentença ficou substancialmente maior, pois o amparo normativo dessa solução é mais convincente, ao não negar por completo o contraditório, adotando uma versão mitigada em seu lugar, como ocorre em outros casos semelhantes no ordenamento.

Note-se que o mesmo raciocínio poderia ser adotado caso o acionista A tivesse sido derrotado na ação anulatória movida contra a companhia Alfabeto e houvesse um acionista C interessado em mover uma ação anulatória posterior contra a mesma deliberação social. Nessa hipótese, o acionista C poderia ser vinculado à coisa julgada do processo anterior em razão de representação adequada exercida por A.

O sistema proposto espelha o exame da representatividade adequada nos casos de *collateral attack* da jurisdição norte-americana, quando a análise da vinculação à coisa julgada por representação adequada é realizada pelo juiz em um segundo processo³⁹². Também pode ser identificado com a solução proposta por Martin H. Redish e William J. Katt justamente em situações semelhantes na jurisdição norte-americana, envolvendo demandas de colegitimados sobre provimentos incindíveis³⁹³.

³⁹² "Implicit in the two prongs of Gonzales is the notion that adequacy of representation will be examined more than once: first by the court certifying the class, and second by the court called upon to evaluate the binding effect of the first action. Ultimately, a final determination on the adequacy of representation in a class action can only be made through subsequent challenges to the res judicata effect of the suit - some of which may be collateral attacks" (MILLER, Arthur R., COUND, John J., FRIEDENTHAL Jack H. e SEXTON, John E.. **Civil Procedure - Cases and Materials**, St. Paul, West Publishing Co., 5^a. ed., 1989, p. 681).

³⁹³ Conforme exposto no Subcapítulo 3.2.

Considero que essa sistemática é a mais garantista das teorias que propõem a extensão da coisa julgada a terceiro, preservando o contraditório na maior medida possível, dentro de uma graduação que é aceita na proteção de direitos semelhantes. Relembre-se que a corrente de Barbosa Moreira sequer se preocupa preservá-lo. Quanto à corrente liebmaniana flexível, ela só endereça dois aspectos que compõem a concepção trinomial do contraditório: a ciência e a oportunidade de intervir. Já o modelo proposto, além de depender da ciência e da oportunidade de intervir, atende ao terceiro aspecto do trinômio, qual seja, a capacidade de influir no julgamento. Essa dimensão substancial³⁹⁴ do contraditório é exercida por meio de um intermediário, o que se revela mais adequado do que simplesmente negá-la por inteiro.

Essa questão leva a vantagens práticas do modelo proposto em relação ao defendido pela corrente liebmaniana flexível. Voltando ao caso fictício narrado acima, se Minerva tivesse optado pela corrente liebmaniana flexível, ela sequer precisaria ter analisado a existência de uma identidade de interesses entre a companhia e o acionista B. Bastaria ter visto se houve a divulgação do processo aos colegitimados. Talvez isso não faça tanta diferença nesse caso concreto, mas nada impede que haja situações com mais nuances. Tampouco seria necessário avaliar se houve uma defesa vigorosa do direito envolvido, o que permite a vinculação do terceiro a uma eventual sentença de improcedência por falta de provas, por exemplo. No sistema que proponho, a incapacidade da parte em produzir provas é uma evidência definitiva da ausência de representatividade adequada, tal como ocorre nas ações coletivas.

Esse sistema também tem a vantagem de harmonizar a aplicação do art. 506 do CPC com a previsão do art. 967, II, do CPC. Voltando ao caso hipotético, o acionista B ainda poderia buscar a rescisão da coisa julgada formada no primeiro processo através de ação rescisória, se entender pelo preenchimento de uma das hipóteses do art. 966 do CPC. Apenas caso não tivesse sido adequadamente representado na primeira demanda, ele poderia ajuizar uma ação ordinária com a mesma intenção. Assim, não há o risco de esvaziamento do procedimento rescisório para esse tipo de caso, pois ele permanecerá sendo útil para aqueles que, vinculados pela coisa julgada através da representação adequada, acreditam haver um vício no primeiro julgamento que justifica a rescisão do julgado.

Após a descrição das vantagens, é pertinente responder desde já a algumas eventuais objeções que podem ser feitas à minha sugestão de resposta para resolver o problema

³⁹⁴ Ver nota de rodapé n. 220.

da ação envolvendo litisconsórcio multitudinário unitário facultativo versando sobre direito incindível. É possível que seja formulada uma crítica baseada na suposta inconsistência do resultado com o método escolhido. Afinal, se foi usada a técnica da interpretação do direito como integridade, de que maneira se pode entender que a solução seja um sistema de exame *a posteriori* da representatividade adequada, aparentemente sem paralelo no Brasil, e claramente inspirado pela prática de uma jurisdição estrangeira cujas regras não compõem o nosso ordenamento?

Para responder a essa eventual objeção, é importante esclarecer que o uso de critérios valorativos é um componente necessário de uma interpretação fundada no direito como integridade. Relembre-se o dito no tópico anterior, essa técnica divide-se em duas etapas: adequação (“*fit*”) e justificação (“*justification*”). A noção de coerência predomina na primeira etapa, mas a segunda fase é um misto de coerência com concepções valorativas do intérprete, até porque, se o caso pudesse ser resolvido apenas através de uma análise sistemática “neutra” do ordenamento, ele não poderia ser considerado verdadeiramente um caso difícil³⁹⁵. No presente caso, o sistema proposto foi concebido não só a partir da análise sistemática do ordenamento, mas também em razão da influência dos estudos doutrinários e prática jurídica envolvendo representatividade adequada nos EUA e de que maneira esse conceito pode ser abordado no Brasil. A tentativa de formulação de uma resposta coerente e justificada não deve buscar negar essa influência, mas abraçá-la. Se o objeto de controvérsia diz respeito à extensão de coisa julgada a terceiros, faz todo sentido que as tentativas de solução busquem amparo em outros ordenamentos que tenham empreendido esforços normativos para justificá-lo, através da concepção da representatividade adequada, por exemplo. Isso não significa defender uma importação acrítica de um instituto desenvolvido por direitos estrangeiros. Deve ser analisado se existe uma compatibilidade sistemática que autorize essa importação, tal como foi feito neste trabalho.

Conforme exposto no Capítulo 3, defendo que a representatividade adequada é perfeitamente compatível com o ordenamento brasileiro, que inclusive tem uma concepção

³⁹⁵ “Hard cases arise, for any judge, when his threshold test does not discriminate between two or more interpretations of some statute or line of cases. Then he must choose between eligible interpretations by asking which shows the community’s structure of institutions and decisions – its public standards as a whole – in a better light from the standpoint of political morality. His own moral and political convictions are now directly engaged. But the political judgment he must make is itself complex and will sometimes set one department of his political morality against another: his decision will reflect not only his opinions about justice and fairness but his higher-order convictions about how these ideals should be compromised when they compete” (DWORKIN, Ronald. **Laws Empire**. *Op. Cit.* p. 255-256).

principiológica do direito ao contraditório menos exigente do que no direito norte-americano, cujo direito a um dia no tribunal engloba não só o trinômio ciência, possibilidade de intervenção e influência, mas também liberdade estratégica para conduzir o litígio³⁹⁶. Aqui, esse instituto pode ser recebido juridicamente como o resultado de um equilíbrio de interesses realizado pelo legislador nas já conhecidas exceções ao art. 506 do CPC, mas também pelo juiz, em razão do art. 489, §2º, do CPC, que condiciona a aplicação da técnica de ponderação à devida justificação. E é justamente nesse momento que o uso do direito como integridade ajuda a realizar esse equilíbrio de forma mais objetiva. Ao harmonizar o art. 506 do CPC com as exceções, através da interpretação construtiva, é possível perceber que o ordenamento justifica a mitigação do contraditório quando houver um interesse relevante, como é o caso do interesse societário das ações sociais, por exemplo. Nessa situação, é como se o ordenamento dissesse que a segurança jurídica e o direito à tutela adequada e efetiva devem prevalecer sobre o contraditório, resultando em sua mitigação. A versão mitigada desse princípio, por sua vez, corresponde ao contraditório indireto exercido por representante adequado. Aplicar o contraditório indireto por representante adequado nas ações anulatórias de assembleia de companhias no mercado de capitais é simplesmente atribuir o mesmo nível de direitos processuais que é dado, pelo ordenamento, na proteção de direitos equivalentes, por uma questão de isonomia (outro desdobramento do direito como integridade).

Quanto ao exame da representatividade adequada ser feito *a posteriori* e fora de um contexto relacionado às condições da ação isso pode, de fato, à primeira vista, representar uma inovação em relação ao tratamento que é dado pelo ordenamento a este instituto no Brasil. Mas não é necessário apenas buscar inspiração nas práticas do direito norte-americano para defender a adoção desse método. Na verdade, a vinculação à coisa julgada *secundum eventum probationis* nas ações coletivas é nada menos do que uma análise *a posteriori* da representatividade adequada, sem relação com condições da ação. O juiz do segundo processo deve examinar se a decisão do primeiro foi tomada com suficiência de provas, o que nem sempre é uma análise tão clara assim³⁹⁷. Caso entenda afirmativamente, o segundo processo

³⁹⁶ Ver nota de rodapé n. 263.

³⁹⁷ “Importante ressaltar que o julgamento por insuficiência de provas não precisa ser expresso. Deve, contudo, decorrer do conteúdo da decisão que outro poderia ter sido o resultado caso o autor comprovasse os fatos constitutivos de seu direito. Pode o legitimado que ajuizou a demanda anterior ou qualquer outro colegitimado propor novamente a demanda, desde que demonstre ao juiz que essa nova prova se mostra suficiente para eventualmente resultar na procedência do pedido. A *prova suficiente* é um requisito específico das ações coletivas. Não há necessidade, enfim, de a decisão ser clara: ‘ julgo improcedente por falta de provas’. Sem dúvida, porém, essa ‘fórmula’ é a mais conveniente, uma vez que deixa evidente para as partes que não se trata de decisão

deve ser extinto sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, V, do CPC, assim como ocorreu com o acionista B no caso hipotético.

Então, realmente, deve-se admitir que há uma grande inspiração no direito processual norte-americano no desenvolvimento da solução ora proposta. Mas essa influência passa por um crivo de compatibilidade sistemática com o ordenamento brasileiro e pode ser justificada normativamente por ferramentas interpretativas legítimas, sem violar o direito como integridade. Ademais, como explica o próprio Ronald Dworkin, os críticos de Hércules (ou, no nosso caso, Minerva) que eventualmente argumentarem que o resultado de seu julgamento deve refletir um juízo moralmente neutro – como, por exemplo, decisões judiciais anteriores ou a vontade do legislador – estão eles mesmos formulando tal crítica a partir de suas concepções morais particulares³⁹⁸. Entender que um juiz deve apenas refletir a vontade do legislador é uma proposição que reflete os valores de quem defende essa abordagem interpretativa. O mesmo se aplica àqueles que eventualmente entendam como inadequado buscar respostas no direito estrangeiro a problemas do direito nacional, mesmo quando compatíveis com o nosso ordenamento. Os detentores dessa posição, no entanto, deverão justificá-la adequadamente, tarefa que parece um tanto quanto inglória, visto significaria negar a importância da troca de experiências entre nações para evolução de seus respectivos direitos.

Uma segunda objeção poderia surgir em relação à metodologia de análise adotada para o controle da representatividade adequada. Se a aplicação do contraditório indireto exercido por representante adequado está sendo justificado por equiparação às ações sociais do art. 159, §§ 3º e 4º e do art. 246, ambos da Lei nº 6.404/76, não seria mais coerente usar os mesmos parâmetros de percentual mínimo que são adotados nesses dispositivos? O problema dessa proposição é que isso significaria extrapolar as semelhanças entre as duas situações. O ponto de comparação é o nível das garantias processuais para circunstâncias envolvendo o mesmo potencial de prejuízo moral. Se as ações sociais admitem a mitigação do contraditório – a vinculação à coisa julgada pelo contraditório indireto –, a aplicação da mesma técnica no caso das ações anulatórias pode ser igualmente justificável. De todo modo, os percentuais

estabilizada quanto ao mérito” (DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo**. *Op. Cit.*, p. 476).

³⁹⁸ “So Hercule’s critic, if his argument is to have any power, is not relying on politically neutral interpretive convictions of political morality. He thinks the political values that support his interpretive style are of such fundamental importance as to eliminate any competing commands of justice altogether. That may be a plausible position, but it is hardly uncontroversial and is in no sense neutral. His difference with Hercules is not, as he first suggested about whether political morality is relevant in deciding what the law is, but about which principles of morality are sound and therefore decisive of that issue” (DWORKIN, Ronald. **Laws Empire**. *Op. Cit.* p. 260).

estipulados como critério para definição do substituto processual são demasiadamente casuísticos para que possam ser aproveitados em cenário outro que não aquele para o qual foram pensados.

Outra eventual crítica pode ser um desdobramento da objeção descrita acima. Diz-se que é a técnica do contraditório indireto por representante adequado que deve ser replicado das ações sociais para as ações anulatórias, mas, a análise da representação adequada no sistema proposto possui diferenças em relação às ações sociais. Afinal, as ações sociais não exigem a defesa vigorosa do direito envolvido e nem tampouco fazem referência à identidade de interesses de forma expressa, bastando analisar se os critérios definidos para legitimidade foram atingidos no primeiro processo. Esse tipo de questionamento, no entanto, parte de uma premissa de que, nos casos previstos pela lei, bastaria verificar o cumprimento dos requisitos literais de legitimidade, o que não parece correto. Mesmo para os casos previstos em lei, não deve bastar simplesmente examinar se os critérios literais para a substituição processual foram cumpridos. Em primeiro lugar, se o substituto processual não tiver uma identidade de interesses com o substituído, o mais adequado é que a ação seja extinta por ausência de interesse, nos termos do art. 485, VI, do CPC. O substituto deve atuar nos interesses do substituído e nada a mais. Qualquer coisa diferente disso representaria um desvio da finalidade da substituição processual. Em segundo lugar, se o resultado da ação movida pelo substituto foi o indeferimento por falta de provas, não parece adequado que haja uma vinculação automática da companhia à coisa julgada. No mínimo, deve-se garantir que ela ao menos tenha conhecimento e oportunidade de participar do processo, como propõe a lição de Eduardo Talamini³⁹⁹. Assim, a companhia terá um controle próximo da demanda conduzida em seu nome e poderá intervir a qualquer momento caso entenda que não esteja havendo uma condução adequada. Sem essas exigências, entendo como equivocado uma vinculação à coisa julgada por decisões sem suficiência de provas. Note-se, ainda, que não se pode afirmar que o acionista colegitimado da ação anulatória terá um controle tão próximo do procedimento quanto à companhia no caso das ações sociais. Isso poderá variar de acordo com o caso concreto e as condições individuais de intervenção de cada acionista. É por essa razão que, no sistema proposto, defendo ser pertinente a formação de coisa julgada apenas *secundum eventum probationis*, como uma regra geral.

³⁹⁹ TALAMINI, Eduardo. Partes, Terceiros e Coisa Julgada. In: DIDIER JR., Freddie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos Polêmicos e Atuais sobre Terceiros no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 224.

Rebatidos esses eventuais pontos de crítica, é importante registrar que a solução proposta só pode ser aplicada em hipóteses excepcionais, como no caso dado como exemplo. Ela não precisará ser adotada em circunstâncias nas quais a mera aplicação da teoria de Liebman sobre coisa julgada já seja resposta suficiente, como acontece quando os terceiros interessados em anular a assembleia perdem o interesse de agir quando a ação anulatória é julgada procedente.

Além disso, seu escopo de aplicação abrange somente os direitos incindíveis, na definição dada no tópico 2.6.2, sendo aqueles que podem gerar conflito prático de julgados em caso de litigância sucessiva, resultando em grave risco à segurança jurídica. Muito se falou ao longo deste trabalho do caso da ação anulatória como exemplo prototípico, mas há outros direitos incindíveis no mercado de capitais, como o caso do art. 254-A, que prevê aos acionistas minoritários um *tag along* de 80% do valor do prêmio pago pelo adquirente do controle da companhia. Eventuais ações que discutam esse valor terão efeitos incindíveis tanto para os acionistas minoritários quanto para o adquirente.

É importante, aqui, retomar a distinção entre conflito prático e conflito teórico de julgados, conforme lição de Chiovenda. Estes últimos não se referem a situações que geram um risco de esvaziamento prático da prestação jurisdicional obtida no processo anterior, sendo apenas “*caso de decisões logicamente incompatíveis, mas praticamente conciliáveis*”⁴⁰⁰. Uma exemplificação desse fenômeno no contexto do mercado de capitais pode ser o de múltiplas ações individuais movidas por diferentes acionistas buscando a responsabilização de administradores em decorrência de um mesmo ato danoso causado por eles. A tramitação individual desses processos pode levar a decisões incompatíveis logicamente, com um juiz entendendo pela responsabilização, enquanto um outro entende pela ausência de responsabilidade. Em todo caso, apesar da disparidade, esses resultados são praticamente conciliáveis pois um julgamento não interferirá no outro.

É evidente que essa falta de uniformidade causa desconforto, mas existem outras ferramentas no ordenamento para evitar esse tipo de problema, como é o caso do IRDR, instrumento já mencionado neste trabalho. É claro que esse mecanismo não é disponível quando houver cláusula arbitral no estatuto social da companhia, mas isso diz mais sobre a inadequação

⁴⁰⁰ Ver nota de rodapé n. 194.

da arbitragem como método de resolução de conflitos no mercado de capitais⁴⁰¹ do que sobre o problema do conflito teórico de julgados em si. E por falar em arbitragem, tem-se que a solução proposta pode ser facilmente aplicada por tribunais arbitrais, não sendo necessário fazer qualquer adaptação, partindo-se da premissa de que a companhia tenha publicizado as etapas relevantes da demanda societária anterior.

Por fim, é importante fazer uma última consideração adicional relacionada ao sistema. Ele não depende exatamente da existência do Anexo I à Resolução nº 80/2022 da CVM a fim de que seja aplicado. Ele depende apenas da prévia divulgação da demanda com informações suficientes que permitam uma tomada informada da decisão de intervir ou não por parte dos demais colegitimados do processo. Independentemente das atuais regras da CVM, a companhia pode, a rigor, divulgar espontaneamente essas informações, sobretudo se partir do pressuposto de que isso resultará uma vinculação posterior do acionista à coisa julgada formada no processo, aumentando a segurança jurídica da prestação jurisdicional.

⁴⁰¹ Criticar a arbitragem como método de resolução de disputas do mercado de capitais é algo tão complexo quanto controvertido. Por essa e por outras razões, esse é um tema que foge ao escopo deste trabalho. É válido, apenas, observar que esse procedimento certamente traz mais problemas do que benefícios quando o objetivo é uniformizar decisões ou tratar de direitos coletivos. A arbitragem tem como principal vantagem ser um método proceduralmente simples de resolver disputas. Essa simplicidade se torna prejudicial, no entanto, quando o direito envolvido demanda instrumentos processuais sofisticados para uma tutela eficiente. Por maiores que sejam as merecidas críticas ao processo judicial, fato é que o processo civil dispõe de mecanismos e ferramentas que a arbitragem não possui, como o sistema de precedentes, o IRDR, as ações coletivas, entre outros. Isso a torna, a meu ver, pouco equipada para lidar com litígios no mercado de capitais, que muitas vezes vão possuir um caráter repetitivo ou, como no caso da ação anulatória, incindível.

5. CONCLUSÃO

O resultado final desta exposição é no sentido de que o problema das ações com litisconsórcio unitário facultativo multitudinário versando sobre direitos incindíveis tem solução, ao menos no mercado de capitais. Iniciando pelo estabelecimento das premissas fundamentais dessa discussão, descrevendo os aspectos inerentes à coisa julgada e as diferentes abordagens doutrinárias sobre sua natureza ainda no primeiro capítulo, chegou-se à concepção liebmaniana do instituto, de que a coisa julgada é uma qualidade que se ajunta à decisão judicial para dar imutabilidade aos seus efeitos. Essa é a noção amplamente aceita pela doutrina brasileira e recepcionada pelo CPC de 2015.

Após essa definição preliminar, foi descrita a regra do art. 506 do CPC, vedando a extensão da coisa julgada para prejudicar terceiro. Também foi abordado em que medida a discussão sobre coisa julgada não se limita a interpretação de enunciados normativos, envolvendo considerações principiológicas, o que faz a discussão transbordar para além de aspectos *de lege ferenda*. Abordaram-se detidamente os principais casos que constituem exceções à regra geral do art. 506 do CPC, mais especificamente a sucessão processual, a substituição processual nos casos individuais e coletivos, uma breve discussão sobre o (não) enquadramento do IRDR como uma exceção e, por fim, foi mencionado o principal ponto de controvérsia doutrinária: o caso das ações litisconsorciais envolvendo direito indivisível. Foram trazidas as duas principais correntes sobre o tema, a corrente de Liebman e a corrente de Barbosa Moreira. A primeira que busca solucionar a questão através do interesse de agir, mas que não consegue endereçar situações nas quais o terceiro não possua o mesmo interesse da parte vencedora. Já a corrente de Barbosa Moreira, certeira ao diagnosticar esse problema na proposição liebmaniana, acaba oferecendo uma solução ainda mais problemática, militando pela vinculação dos terceiros à coisa julgada de maneira *pro et contra*, sem qualquer preocupação com o contraditório.

Foi igualmente mencionada uma proposta intermediária, aqui chamada de corrente liebmaniana flexível, que defende que uma eventual extensão da coisa julgada aos demais colegitimados só pode ser efetuada se houver a garantia de que os terceiros terão ciência da demanda e condições de nela intervir. Essa proposição é mais interessante pois, sob o prisma do mercado de capitais, já há determinações regulamentares, contidas no Anexo I da Resolução nº 80/2022, que impõem a divulgação de etapas relevantes de demandas societárias, incluindo

ações anulatórias de deliberação social, por exemplo. Assim, revela-se adequado questionar se esse cenário específico do mercado de capitais poderia ser considerado suficiente para justificar a extensão da coisa julgada aos terceiros colegitimados em litígios envolvendo direito indissível. Conforme exposto ao final do Capítulo 2, minha posição é a de que essa solução não é suficiente pois nega um componente fundamental do contraditório, compreendido pelo trinômio ciência, oportunidade de intervenção e poder de influência no julgador. É esse último aspecto, também chamado de dimensão substancial do contraditório, que deixa de ser observado caso se adote o entendimento de que apenas a ciência e a oportunidade de intervir seriam bastantes para vincular o terceiro à coisa julgada.

A partir do diagnóstico pela insuficiência das principais teorias sobre o tema, adiantei que uma possível solução pode residir no conceito de representatividade adequada, até então abordado pontualmente no texto, sem maior detalhamento quanto à sua origem e definição. Dediquei o Capítulo 3 justamente a uma explicação a respeito desse conceito, iniciando pela sua primeira aplicação na jurisdição americana, no precedente *Hansberry v. Lee*. Nesse julgado, a Suprema Corte dos EUA entendeu que o terceiro só poderia ser vinculado ao resultado do processo anterior caso tivesse sido adequadamente representado nessa primeira demanda, através de um exame relacionado à identidade de interesses entre o terceiro e uma das partes do processo. Foi igualmente abordado que o tema não se limita a ações coletivas na jurisdição norte-americana, também possuindo aplicação em demandas individuais, por exemplo. Também foram mencionados entendimentos de autores americanos no sentido de conceituar e avaliar a representatividade adequada por uma ótica de equilíbrio dos interesses em jogo. Uma versão mitigada do contraditório, compreendido nos EUA como o direito a um dia no tribunal, que cede e justifica a extensão da coisa julgada a terceiro quando há outros interesses institucionais relevantes envolvidos. Para tanto, a análise da representatividade adequada deve compreender não só a avaliação da identidade de interesses, mas também se houve uma defesa vigorosa do direito envolvido.

Nessa ordem de ideias, foi exposto o tratamento desse tema pela doutrina brasileira, ocasião em que formulei minha crítica no sentido de que a conceituação da representatividade adequada no Brasil é praticamente confundida e limitada ao controle de condições da ação, como legitimidade e interesse de agir, o que, em certa medida significa um descolamento da utilidade do instituto em relação ao seu objetivo primordial: justificar a extensão *pro et contra* da coisa julgada a terceiros. Além disso, esse termo só é utilizado pela doutrina brasileira no

âmbito das ações coletivas, ignorando que existem hipóteses ainda mais contundentes de extensão da coisa julgada a terceiro em ações não coletivas, como é o caso das situações de substituição processual. Em razão dessas inconsistências, defendi que a representatividade seja tratada através de uma nova perspectiva no Brasil, melhor voltada à sua finalidade precípua, tal como desenvolvida em seu ordenamento de origem. Propus que passe a ser tratada não como mero mecanismo de controle de condições da ação nos processos coletivos, mas como o resultado de um equilíbrio de interesses ou de uma ponderação de princípios conflitantes que resulte em uma versão mitigada do contraditório. Uma modalidade de contraditório que cede quando há outros interesses em jogo. Essa definição tem o condão de libertar o uso, até então, restrito do conceito apenas para fins de controle de condições de ações coletivas, para também ser usado em litígios não coletivos e em situações outras que não apenas o exame de legitimidade e/ou interesse de agir. Justifica normativamente que o juiz possa realizar uma avaliação mais ampla do que essas hipóteses pois, se a representatividade adequada é o resultado de uma ponderação de princípios, ao juízo é dada a atribuição de usar essa técnica de resolução de conflitos normativos de maneira justificada (art. 489, §2º, do CPC).

Assim, no capítulo final deste trabalho, retomei a discussão sobre o problema das ações de litisconsórcio unitário facultativo, trazendo o vacilante entendimento jurisprudencial sobre o tema e introduzindo alguns aspectos específicos do mercado de capitais, expondo, ainda, em que medida as atuais correntes não solucionam a questão com uma justificativa adequada normativamente. Sugeri que a problemática fosse tratada expressamente pelo que ela é: um conflito normativo entre o princípio do contraditório e da ampla defesa que exige o uso da técnica de ponderação. Posta dessa forma a questão, foi explorada uma primeira tentativa de justificação da ponderação através do método de Robert Alexy, autor muito relevante no discurso jurídico brasileiro, cuja a técnica é, ao menos nominalmente, usada como parâmetro para solução de tensões principiológicas. Aproveitou-se para fazer uma releitura das principais correntes pela metodologia de Alexy, mas, ao final, percebeu-se que não só essas teorias não podem ser relidas e justificadas dessa forma, como tampouco o método alexyano é adequado para resolver o problema posto. A razão para isso é a absoluta falta de critérios objetivos para justificar uma preferência entre o princípio do contraditório e o princípio da segurança jurídica. Qualquer tentativa nesse sentido poderia levar a um casuísmo que não pode ser submetido a um controle intersubjetivo e racional.

Frustrada essa primeira tentativa, a segunda forma de buscar a resposta foi através da teoria interpretativa de Ronald Dworkin, sobretudo sua concepção de direito como integridade. Outros conceitos do autor que também foram abordados foi a noção direitos como trunfos contra o Estado, a interpretação construtiva, e os direitos processuais como administração de riscos de prejuízo moral. Usando essas concepções, foi realizada uma releitura do art. 506 do CPC que buscasse harmonizar sua previsão com as exceções aceitas pelo ordenamento no sentido de vincular o terceiro à coisa julgada do processo de que não participou. Ao final, propus reler o referido artigo como um *direito* (trunfo) de alguém não ser atingido pela coisa julgada em demandas nas quais não participou exercendo contraditório, de forma direta ou indireta, através de um representante adequado. Assim, as exceções à regra geral deixam de ser excepcionalidades propriamente ditas e se tornam mesmo uma reafirmação do postulado principal, destacando a importância do contraditório, ainda que mitigado em situações justificadas pelo legislador. Sob essa perspectiva, as hipóteses previstas em leis especiais não são tratadas como mero capricho ou especificidade legislativa, mas como a parte de um todo coerente e harmônico.

Passada essa etapa, foi investigado se as ações litisconsorciais no mercado de capitais poderiam conter interesse que justificasse a adoção da técnica do contraditório indireto por representante adequado. A forma de enfrentar essa questão foi comparativa, usando o conceito de prejuízo moral para Dworkin. De acordo com o autor, há dois direitos processuais relacionados a essa concepção: (i) o legislador deve atribuir técnicas processuais que adequadamente gerenciem o risco do prejuízo moral envolvendo determinado direito material e (ii) essas técnicas devem ser aplicadas de forma consistente em outras situações envolvendo direitos materiais equiparáveis do ponto de vista do prejuízo moral. Nessa ótica, defendi que o interesse societário preservado pelas ações sociais previstas no art. 159, §§ 3º e 4º e do art. 246, ambos da Lei nº 6.404/76 não é fundamentalmente distinto, do ponto de vista moral, daquele tutelado pela ação anulatória de deliberação social, por exemplo (ou muito menos de demandas envolvendo o art. 254-A). Ambas buscam proteger os acionistas de prejuízos econômicos relacionados à violação de obrigações legais ou estatutárias. Essa equiparação permite, então, que sejam adotadas as mesmas técnicas processuais das ações sociais para as ações anulatórias, permitindo, mais especificamente, o uso do contraditório indireto exercido por representante adequado.

Com essa observação, passei a explicar o sistema resultante da aplicação dessa técnica no caso das ações de litisconsórcio unitário facultativo no mercado de capitais. Iniciei a explicação esclarecendo que a mera transposição do regime de substituição processual, focado na definição de legitimado extraordinário, não é adequada, pois significaria violar o direito de ação do interessado em anular o conclave. Não se pode condicionar o exercício do direito de ação de um indivíduo a esse tipo de exame de legitimidade porque ele não pode ser obrigado a ser o representante adequado de um grupo que ele deseja ou não estar interessado em representar. Assim, para melhor elucidar o sistema proposto, criei um caso fictício a ser julgado por uma juíza igualmente fictícia. Enfatizei que o trâmite da ação anulatória de deliberação social propriamente dita é um caso fácil, resolvido por mera subsunção dos dispositivos do CPC que versam sobre o procedimento comum. O caso difícil surge com a proposição de uma segunda demanda, visando à reversão do resultado obtido na primeira. A meu ver, a única forma de resolver esse problema com uma justificação normativa robusta é pela aplicação da técnica do exame do exercício do contraditório indireto por representante adequado pelo juiz da segunda ação. Esse julgador deve avaliar se o autor da segunda ação foi adequadamente representado por uma das partes da primeira. Essa investigação dependerá da análise do preenchimento dos seguintes requisitos: (i) existência de identidade de interesses, (ii) a realização de uma defesa vigorosa do direito e (iii) capacidade técnica e financeira para realizar essa defesa. Se forem satisfeitas essas exigências, a segunda ação deverá ser extinta sem resolução do mérito por incidência de coisa julgada, nos termos do art. 485, V, do CPC.

Como foi dito na ocasião, o sistema proposto, consistente no exame *a posteriori* da representatividade adequada em um segundo processo, espelha a prática do *collateral attack* da jurisdição norte-americana, tendo sido diretamente inspirada por ela. Termino o capítulo rebatendo a algumas eventuais críticas que possam ser direcionadas contra esse entendimento e ressalto, ainda, que a minha proposição tem um âmbito muito estreito de aplicação, que só poderá ser usada em processos que tratem de direitos incindíveis e que não puderem ser resolvidos pela incidência das regras convencionais da coisa julgada.

Finalizo esta dissertação sabendo que a solução aqui proposta levará a controvérsias e resistências daqueles que subscrevem as correntes criticadas neste trabalho como insuficientes para resolver o problema de forma convincente do ponto de vista normativo. De todo modo, esses eventuais críticos deverão fazer mais do que mera oposição ao entendimento esposado nestas páginas pela repetição do que já é dito há décadas de um lado e de outro. Eles deverão

amparar sua posição com uma linha de argumentação mais voltada a um raciocínio principiológico dedicado a resolver um conflito entre normas. Devem enfrentar o problema pelo que ele realmente é e, ainda, oferecer uma proposta dentro de uma linha metodológica que possa ser submetida a um controle racional e intersubjetivo. É possível que, nesse exercício, encontrem bons argumentos para concordar ou para discordar da minha proposta. Talvez apontem detalhes não percebidos, sugiram reflexões não pensadas e promovam mudanças de perspectivas. De uma maneira ou de outra, é assim que o tema merece ser debatido. Se Ronald Dworkin estava certo em compreender a interpretação do direito como a interpretação de uma obra de arte, estimular a discussão da matéria dentro de novos panoramas apenas contribuirá para enriquecer a nossa admiração comum por um tema fascinante. Que assim seja.

6. BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. Trad.: Virgílio Afonsa da Silva. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: JusPodivm, 2024;

ALVIM, Thereza Arruda. **O direito processual de estar em juízo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996;

ARAGÃO, Egas Moniz de. **Sentença e coisa julgada**: exegese do código de processo civil (arts. 444 a 475). Rio de Janeiro: Aide, 1992;

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Observações sobre os limites subjetivos da coisa julgada**. Revista dos Tribunais, v. 625/1987, nov. 1987;

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. *E-book Kindle*;

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 17, jan/fev/mar de 2019;

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU**. Brasília, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016;

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**: Influência do direito material sobre o processo. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros/JusPodivm, 2022;

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014;

BONE, Robert G. The Puzzling Idea of Adjudicative Representation: Lessons for Aggregate Litigation and Class Actions. **George Washington Law Review**, Washington D.C., v. 79, p. 577-627, 2011;

BUENO, Cassio Scarpinella. As Class Actions Norte-Americanas E As Ações Coletivas Brasileiras: Pontos Para Uma Reflexão Conjunta. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 82, p. 92-151, 1996;

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: Teoria geral do direito processual civil.. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1;

BUENO, Cassio Scarpinella. **Partes e terceiros no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003;

BURCH, Elizabeth Chamblee. Adequately Representing Groups, **Fordham L. Rev.**, v. 81, 2013, 3042-3083;

CABRAL, Antonio do Passo. Alguns Mitos do Processo (II): Liebman e a coisa julgada. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, [s. l.], n. 52, p. 29-54, abril/jun 2014;

CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 4. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021;

CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2016;

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015;

CÂMARA, Alexandre Freitas. Súmula da Jurisprudência Dominante, Superação e Modulação de Efeitos no Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 264, p. 281-320, Fev. 2017;

CAPPELLETTI, Mauro. **The judicial process in comparative perspective**. Oxford: Clarendon Press, 1991;

CARMONA, Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. 3^a Ed. rev. e atual. - São Paulo, Atlas, 2009;

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Traduzido por Paolo Capitanio. 1. ed. Campinas, São Paulo: Bookseller, 1998. v. 1;

CINTRA, Lia Carolina Batista. Intervenção de terceiro por ordem do juiz: a intervenção iussu iudicis no processo civil. *In: BUENO, Cassio Scarpinella. Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 1;

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, v. 2, 14^a Ed., São Paulo: Saraiva, 2010;

COFFEE, John C. Reforming the Securities Class Action: An Essay On Deterrence and Its Implementation. **Columbia Law Review**, vol. 106, n. 5, outubro de 2006;

COLE, Charles D. Precedente Judicial - A Experiência Americana. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 92, p. 71-83, Out. 1998;

COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. E-book Kindle;

COSTA, Susana Henriques da. O Controle Judicial da Representatividade Adequada: Uma Análise dos Sistemas Norte-Americano e Brasileiro. *In: SALLES, Carlos Alberto Correa (coord.). As grandes transformações do Processo Civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 953-978;

CRAMER, Ronaldo. A Súmula e o Sistema de Precedentes do Novo CPC. **Revista EMERJ**, v. 20, n. 2, p. 312-324, maio/agosto, 2018;

CRAMER, Ronaldo. Coisa Julgada: Conceito. *In: CRAMER, Ronaldo. Ação Rescisória por Violão da Norma Jurídica*. Orientador: Teresa Arruda Alvim Wambier. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) - PUC-SP, São Paulo, 2010;

CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro: Forense, 2016;

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Limites Subjetivos da Eficácia da Sentença e da Coisa Julgada Civil**. 2006. Tese (Cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo) - USP, São Paulo, 2006;

DIDIER JR., Fredie. Comentário ao art. 504 do CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2016;

DIDIER JR., Fredie. Comentário ao art. 506do CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2016;

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: JusPodivm. v. 1. 2015;

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. v. 2;

DIDIER JR, Fredie. Fonte Normativa da Legitimação Extraordinária no Novo Código de Processo Civil: a Legitimação Extraordinária de Origem Negocial. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 56, p. 137-143, abr./jun. 2015;

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**: Processo Coletivo. 13. ed. rev. atual. e aum. Salvador: JusPodivm, 2019. v. 4;

DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Saraiva, 2001;

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: JusPodivm, 2024. v. III;

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2021;

DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. [s.l.]: The Belknap Press of Harvard University Press, 1985;

DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. [s.l.]: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011;

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. [s.l.]: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986;

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. [s. l.]: Bloomsbury Academic, 2013. *E-book Kindle*;

EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/A Comentada**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. 2.;

FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. **Representatividade Adequada nos Processos Coletivos**. 2010. Tese (Doutorado) - USP, São Paulo, 2010;

FRANÇA, Erasmo Valladão. Ilegitimidade da parte e falta de interesse processual da companhia para requerer a anulação das próprias deliberações sociais. *In.*: FRANÇA, Erasmo Valladão. **Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 381/382;

FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo Civil e Análise Econômica**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2021;

GIDI, Antonio. **A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: As ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007;

GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995;

GIDI, Antonio. **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo**: A codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008;

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2002;

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. I;

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e coisa julgada. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**, Buenos Aires, v. 1, n. 1, p. 11-27, 2002;

GRINOVER, Ada Pellegrini. Notas ao §1º. *In*: LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença**: e outros escritos sobre coisa julgada. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984;

GRINOVER, Ada Pellegrini. Notas à “Pluralidade de partes legítimas à impugnação de um único ato”. In: LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, com notas de Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006;

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 31. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2015;

HELLWIG, Konrad. **Wesen und Subjektive Begrenzung der Rechtskraft**: Beiträgen zum bürgerlichen Recht. Leipzig: Georg Böhme, 1901;

HENSLER, Debora H. The Future of Mass Litigation Under Foreign Legal Systems: Variations and Alternatives to American Class Actions. **George Washington Law Review**, v. 79, n. 2, 2011;

KAUFMAN, Michael J; WUNDERLICH, John M. The Unjustified Judicial Creation of Class Certification Merits Trials in Securities. **University of Michigan Journal of Law Reform**. v. 43, n. 2, 2010;

LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **Direito das Companhias**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017;

LIEBMAN, Enrico Tullio. Ações Concorrentes, p. 217-228. In.: LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença**: e outros escritos sobre coisa julgada. Tradução Ada Pellegrini Grinover. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984;

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença**: e outros escritos sobre coisa julgada. Tradução Ada Pellegrini Grinover. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984;

LIEBMAN, Enrico Tullio. Pluralidade de Partes Legítimas à Impugnação de um Único Ato. In.: LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença**: e outros escritos sobre coisa julgada. Tradução Ada Pellegrini Grinover. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984;

MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa Julgada Inconstitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008;

MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa Julgada sobre Questão**. 2. ed. rev. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019;

MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: Decisão de questão idêntica x precedente. 2. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019;

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 6. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. *E-book*;

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019;

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017;

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015;

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: Estudos de Direito Constitucional. 2ª Edição. São Paulo: Celso Bastos Editor/IBDC, 1999;

MENDES, Gilmar Ferreira. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Repertório IOB de jurisprudência**: tributário, constitucional e administrativo, São Paulo, n. 23, p. 469-475, 1. quinz. dez. 1994;

MILLER, Arthur R., COUND, John J., FRIEDENTHAL Jack H. e SEXTON, John E.. **Civil Procedure - Cases and Materials**, St. Paul, West Publishing Co., 5ª. ed., 1989;

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de Direito Privado, t. 51, 3ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984;

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente. 2. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014;

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: Da Persuasão à Vinculação.** 4. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. *E-book*;

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Coisa Julgada: extensão subjetiva. Litispendência. Ação de Nulidade Patente. *In: Direito Processual Civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971;

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Questões Prejudiciais e Coisa Julgada.** 1967. Tese (De livre docência) - UFRJ, Rio de Janeiro, 1967;

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa. **Código de Processo Civil Comentado.** 20. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022;

PEREIRA, Guilherme Setoguti J. **Impugnação de Deliberações de Assembleia das S/A.** São Paulo: Quartier Latin, 2013;

PEREIRA, Guilherme Setoguti J. **Temos que Repensar a Confidencialidade das Arbitragens Societárias.** In.: YARSHELL, Flávio Luiz e PEREIRA, Guilherme Setoguti J (coord.). *Processo Societário, Vol III.* São Paulo. Quartier Latin, 2018, p. 227-228;

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PORTO, José Roberto Mello. **Manual de Tutela Coletiva.** São Paulo: Saraiva Educação, 2021;

PRATES, Marília Zanella. **A coisa julgada no direito comparado: Brasil e Estados Unidos.** Salvador: JusPodivm, 2013;

REDISH, Martin H.; KATT, William J. *Taylor v. Sturgell*, procedural due process, and the day-in-court ideal: resolving the virtual representation dilemma. **NOTRE DAME L. REV.**, [s. l.], ed. 84, p. 1877-1918, 2009;

REDISH, Martin H. **Wholesale Justice: Constitutional Democracy and the Problem of The Class Action Lawsuit.** EUA: Standford University Press, 2009;

RICHTER, Bianca Mendes Pereira. Representatividade adequada: Uma comparação entre o modelo norte-americano da class-action e o modelo brasileiro. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, v. 1, p. 187-212, 2012;

ROQUE, André Vasconcelos. O que significa representatividade adequada? Um estudo de direito comparado. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, ano 3, v. IV, p. 171-198, jul-dez 2009;

SHAPIRO, David. **Civil Procedure**: Preclusion in Civil Actions. [s.l.]: Foundation Press, 2001;

STRECK, Lênio Luiz. Crítica Hermenêutica do Direito e a Questão da Discretariedade Judicial. **Revista Direito e Liberdade**. Natal, v. 18, n. 1, p. 221-245, jan/abr de 2016;

STRECK, Lenio Luiz. Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades? **Conjur**, 18 dez. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades/>. Acesso em: 21 ago. 2024

STRECK, Lênio Luiz. Porque a discretariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 343-366, 2013;

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

TALAMINI, Eduardo. Partes, Terceiros e Coisa Julgada. In: DIDIER JR., Freddie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos Polêmicos e Atuais sobre Terceiros no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004;

TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 199, p. 139-149, Set. 2011;

TEMER, Sofia Orberg. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 2015. 242 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - UERJ, Rio de Janeiro, 2015;

TIDMARSH, Jay. Rethinking Adequacy of Representation. **Texas Law Review**, n. 87, p. 1137-1203, 2008-2009;

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003;

WOOLLEY, Patrick. Collateral Attack and the Role of Adequate Representation in Class Action Suits for Money Damages, **University of Kansas Law Review**, v. 58, p. 917-977, 2009-2010;