

MARIA ISABEL RAMALHO

LEGITIMIDADE PARA AGIR

DOUTORADO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
SÃO PAULO
2007**

MARIA ISABEL RAMALHO

LEGITIMIDADE PARA AGIR

Tese apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito (Direito Processual Civil), sob orientação da professora doutora Teresa Arruda Alvim Wambier.

SÃO PAULO
2007

Banca Examinadora

DEDICATÓRIA

A meus pais
Manoel e Glória (*in memoriam*)
que tiveram papel fundamental na formação
do meu caráter.

Ao companheiro
Jordão
presença constante em todas as etapas de meu
crescimento profissional.

À minha família
(em especial à Maria Eduarda que nos trouxe
alegria e renovação)
pelo carinho e amizade.

AGRADECIMENTOS

À minha orientadora,

Professora Doutora Teresa Arruda Alvim Wambier, pela paciência, apoio e compreensão.

Ao Jordão,

companheiro querido que compartilhou comigo as dúvidas e angústias de tantos meses.

“Tudo precisa ser redescoberto, até mesmo as verdades que parecem mais elementares e óbvias. O que aceitamos sem avaliação crítica não faz parte de nós: é corpo estranho ou adereço. Podem atrair os incautos, mas não ajudam a sobreviver.”

José Joaquim Calmon de Passos

RESUMO

A legitimidade para agir, condição da ação também denominada *legitimatio ad causam*, é qualidade indispensável para que autor e réu possam figurar nos pólos ativo e passivo do processo, sendo expressamente exigida pelo artigo 3º do Código de Processo Civil vigente. A propositura da ação por ou contra parte ilegítima acarreta a extinção do processo, operando-se o fenômeno da carência de ação. Por configurar-se matéria de ordem pública, denunciar a ausência da legitimidade não se vincula ao princípio dispositivo, não se acoberta por qualquer tipo de preclusão, tem autorizado pronunciamento *ex officio* e escapa aos efeitos da coisa julgada material, justificando a escolha do tema a possibilidade de sistematização desse conteúdo, objetivo da presente tese. A pesquisa incursiona pela teoria geral do processo, trazendo resumo sucinto da controvérsia sobre a natureza jurídica do direito de agir, elaborado a partir das teorias civilistas e chegando à moderna concepção do direito de ação como garantia constitucional. Discorre sobre as condições de admissibilidade para o seu regular exercício, com vistas à obtenção de pronunciamento de mérito, tais que possibilidade jurídica do pedido, interesse processual e legitimidade para agir. Enfoca a divergência doutrinária existente acerca da natureza dessas condições (preliminar ou mérito?), o controle de sua existência, a natureza das decisões que reconhecem sua ausência e as formas de impugnação cabíveis. Após, ocupa-se da definição e classificação da legitimidade *ad causam*, com fundamento em critérios apontados em doutrina específica, dispensando especial atenção ao estudo da substituição processual, espécie de legitimação extraordinária cuja incidência exige, no direito brasileiro, previsão legal. Concluindo, analisa o tratamento dispensado à legitimidade nos processos de conhecimento (no âmbito recursal e incidental), na execução e no procedimento cautelar, bem como nas ações coletivas.

Palavras-chave: condição da ação, legitimidade para agir, legitimação extraordinária, substituição processual.

ABSTRACT

The legitimacy to act, condition of the action also denominated *legitimatio ad causam*, it is an indispensable quality that makes it possible the author and the defendant can take part in the active and passive poles of the process, and it is expressly demanded by the 3rd article of the current Code of Civil Process. The proposal of the action for or against the illegitimate part results in the extinction of the process, creating the phenomenon of the action lack. By configuring matter of public order, to denounce the absence of the legitimacy is not linked to the dispositive principle, it is not covered by any preclusion type, it has been authorizing pronouncement *ex officio* and it escapes to the effects of the thing judged material, justifying the choice of the theme the possibility of studying that content, objective of the present theory. The research goes through the general theory of the process, allowing brief summary of the controversy on the juridical nature of the right of acting, elaborated from the civilian theories and coming to the modern conception of the action right as constitutional warranty. It studies about the conditions of admissibility to regulate exercising with views to the obtaining of pronouncement of merit, such as, juridical possibility of the request, procedural interest and legitimacy to act. It also focuses on the doctrine divergence concerning to the nature of those conditions (preliminary or merit?), the control of its existence, the nature of the decisions that recognize its absence and the forms of conceivable impugnation. This work also deals with the definition and classification of the legitimacy *ad causam*, with foundation in pointed criteria in specific doctrine, showing special consideration to the study of the procedural substitution, species of extraordinary legitimacy whose incidence demands legal prediction in the Brazilian law. It finally analyses the treatment granted to the legitimacy in the knowledge processes (in the appeal and incident scopes), in the execution and in the precautionary procedure as well as in the collective actions.

Key words: condition of the action, legitimacy *ad causam*, extraordinary legitimacy, procedural substitution

RÉSUMÉ

La légitimité pour agir, condition de l'action aussi nommée *legitimitio ad causam*, c'est une qualité indispensable pour que l'auteur et l'accusé puissent figurer aux pôles actif et passif d'un procès, en constituant une exigence expresse de l'article 3 du nouveau Code de Procédure Civile. Le fait d'intenter une action par ou contre la partie illégitime, entraîne l'extinction du procès, ayant lieu le phénomène de la carence d'action. De par sa configuration en matière d'ordre public, denoncer l'absence de légitimité ne fait pas partie du principe dispositif et ne trouve pas de couverture de n'importe quel type de préclusion, en donnant marge à l'autorisation du prononcement *ex officio* et en échappant aux effets de la chose jugé matérielle, en justifiant, ainsi, le choix du thème et la possibilité de systématisation de ce contenu, l'objectif de la présente thèse. La recherche fait une incursion dans la théorie générale du procès, en apportant un compte-rendu concis de la controverse sur la nature juridique du droit d'agir, élaboré à partir des théories civilistes et en arrivant à la moderne conception du droit d'action comme garantie constitutionnelle. Les discussions reposent sur les conditions d'admissibilité pour son exercice régulier, en vue de l'obtention de reconnaissance de mérite, soit la possibilité juridique de la demande, l'intérêt processuel et la légitimité pour agir. Cela envisage la divergence doctrinaire existante sur la nature de ces conditions (préliminaire ou mérite?), le contrôle de son existence, la nature des décisions reconnaissantes de son absence et les formes d'impugnacion appartenantes. Cette thèse s'occupe aussi de la définition et classification de la légitimité *ad causam*, en ayant pour fondement des critères désignés dans une doctrine spécifique, en accordant une attention spéciale à l'étude du remplacement processuel, un type, dont l'incidence exige, dans le droit brésilien, une prevision légale. En bref, cette thèse analyse le traitement accordé à la légitimité dans les procès de connaissance (dans le domaine du recours et du recours incident), dans l'exécution et aux procédures de sauvegarde, aussi bien que dans l'analyse des actions collectives.

Mots-clé : condition de l'action, légitimité *ad causam*, légitimité extraordinaire, remplacement processuel.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1. O tema e sua delimitação.....	13
2. Justificativa e importância da escolha do tema.....	16
3. Metodologia utilizada.....	21
CAPÍTULO 1 - AÇÃO	24
1.1. Esboço histórico.....	24
1.1.1. A ação na concepção imanentista.....	27
1.1.2. A ação como direito autônomo concreto.....	31
1.1.3. A ação como direito autônomo abstrato.....	36
1.1.4. A ação como direito autônomo condicionado.....	41
1.2. Ação como direito fundamental.....	44
CAPÍTULO 2 – CONDIÇÕES DA AÇÃO	52
2.1. A teoria eclética de LIEBMAN.....	52
2.1.1. Possibilidade jurídica do pedido.....	56
2.1.2. Interesse de agir.....	61
2.1.3. Legitimidade para agir.....	70
2.1.4. Outras condições da ação.....	76
2.2. Carência do direito de agir.....	79
CAPÍTULO 3 - LEGITIMAÇÃO AD CAUSAM	85

3.1. Legitimação e legitimidade.....	85
3.2. A situação legitimante.....	87
3.3 Legitimação e capacidade	92
3.4 Legitimação <i>ad causam</i> e legitimação <i>ad processum</i>	100
3.5. A legitimação para agir.....	103
3.5.1. Espécies de legitimação.....	107
3.5.2. Legitimação ordinária	108
3.5.3. Legitimação extraordinária.....	109
3.5.4. Outras classificações doutrinárias.....	112
3.5.5. Legitimação concorrente e litispendência	128
3.6. A substituição processual.....	135
3.6.1. Legitimação extraordinária e substituição.....	135
3.6.2. Perfil histórico - denominação do instituto.....	139
3.6.3. A substituição no direito brasileiro.....	144
3.6.4. A substituição processual e a coisa julgada.....	150
3.6.5. Distinção entre substituição, representação e sucessão..	153

CAPÍTULO 4 - LEGITIMAÇÃO NO CPC.....

4.1. Legitimação no processo de conhecimento.....	159
4.1.1. Legitimação incidental.....	161
4.1.2. Nomeação à autoria.....	164
4.1.3. Legitimação recursal.....	169
4.2. Legitimação no processo de execução.....	180
4.3. Legitimação no processo cautelar.....	187

CAPÍTULO 5 - LEGITIMAÇÃO NAS AÇÕES COLETIVAS..... 190

5.1. Dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos..... 190

5.2. Legitimidade na ação popular..... 197

5.3. Legitimidade na ação civil pública..... 205

5.4. Legitimação autônoma..... 210

CAPÍTULO 6 - CONTROLE DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO.....214

6.1. Momento da aferibilidade..... 214

6.1.1. Teoria da asserção..... 216

6.1.2. Conhecimento das condições da ação *ex officio*..... 220

6.1.3. Sentença de mérito sem condições da ação 244

6.1.4. Mecanismos de controle da sentença inexistente..... 248

6.2. As condições da ação e o mérito..... 257

6.3. As condições da ação e a coisa julgada..... 272

6.4. Crítica à teoria das condições da ação 277

CONCLUSÕES..... 283

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... 291

INTRODUÇÃO

1. O tema e sua delimitação

A indispensável correlação entre vedação da autotutela dos direitos e assunção pelo Estado da atividade jurisdicional desemboca na ação, não só enquanto construção dogmática dos teóricos, mas como realidade prática aceita por todos, vez que, sem a considerar, não se pode compreender o ordenamento jurídico processual.

Ao avocar para si a incumbência de solucionar os conflitos intersubjetivos verificados no grupo social, o Estado fez surgir, para o jurisdicionado, a possibilidade de pleitear a proteção jurisdicional junto ao órgão competente, quando lesado ou ameaçado direito do qual se considere titular. Vigorando no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da ação, consubstanciado nos brocardos romanos *nemo iudex sine actore* e *ne procedat iudex ex officio*, é ela que movimenta a máquina judiciária quando se busca tutela para a pretensão, dando origem ao processo, instrumento no qual será debatida a *quaestio juris* e dirimido o conflito.

O problema do direito de ação é tema dos mais controvertidos não só no direito processual civil, mas na própria ciência do direito, com construção legislativa infraconstitucional no sentido de que se traduz como direito à sentença, mas de natureza condicionada. Como conciliar essa concepção com a previsão de garantia constitucional?

No conceito de ação, entendida como atividade de impulso inicial da jurisdição em face de uma situação jurídica afirmada no processo e da subsequente atividade realizada, encontra-se característica relevante, qual a da bilateralidade, já que o impulso e a colaboração na jurisdição chegam ao órgão judicial de duas partes, como salientado por CALAMANDREI¹

[...] a ação, como atividade dirigida a apresentar ao juiz uma proposta de providência, não é somente própria do ator; também o demandado, mesmo quando se limite a pedir a rejeição da demanda contrária, vem, em substância, solicitar ao juiz que pronuncie uma sentença de declaração negativa de mera certeza, isto é, uma providência diferente da pedida pelo ator, e favorável a ele como demandado.

No sentido de que ação é atividade destinada a pôr em movimentação a máquina judiciária também leciona JOSÉ EDUARDO CARREIRA ALVIM², afirmando que como direito bilateral,

[...] a titularidade da ação apresenta-se necessariamente como problema de duas faces, ou seja, à legitimação do autor para agir (e, portanto, de dizer, expor em juízo uma pretensão), deve corresponder a legitimação do réu de contradizer (ou deduzir pretensão contrária).

Ação e contradição, integradas em virtude da bilateralidade, vinculam-se à titularidade de um direito substancial que emerge da lide, apresentando-se, em princípio, a necessidade dessa titularidade do direito material para que a ação seja ajuizada.

¹ CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil**. Trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999, v. I, p. 193.

² ALVIM, José Eduardo Carreira. **Elementos de teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 122.

À qualidade essencial para estar em Juízo, figurando no pólo ativo ou no pólo passivo de uma relação jurídica processual, denomina-se legitimidade *ad causam*. Assim, ao ser proposta uma ação, é no direito material, que define as relações jurídicas entre os sujeitos de direitos determinando os respectivos titulares, que se encontram em regra as normas definidoras da legitimação.

Nesse sentido, legitimação é requisito que diz respeito à titularidade da ação, prestando-se a definir aquele que afirma ser titular de um direito e requer a proteção jurisdicional e aquele que é chamado em Juízo em razão de possível sujeição à pretensão de outrem, o que quer dizer, é atribuição específica para agir concretamente conferida aos titulares da lide.

Tal afirmação parece não dar margem, *prima facie*, a qualquer celeuma; mas se essa concepção dualista mostra-se adequada para a quase totalidade dos casos, não satisfaz quando por qualquer razão a lei expressamente concede legitimidade para agir à pessoa diversa do titular do direito, agindo no processo o legitimado extraordinário, podendo-se constatar que essa pertinência subjetiva das partes não existe. Também a concepção da tutela jurisdicional individual parece ineficiente, quando se trata de explicar a tutela dos direitos transindividuais, em que o legitimado à propositura de uma ação coletiva não se apresenta como verdadeiro titular do pretense direito *sub judice*.

À guisa de introdução, coloca-se que constitui o âmbito deste estudo o exame do instituto da legitimação para agir, também denominada *legitimatio ad causam*, matéria que, tanto no direito nacional, como no direito

estrangeiro, tem recebido particular atenção dos cientistas jurídicos.

2. Justificativa e importância da escolha do tema

Ação é direito facultado àquele, que envolvido em conflito intersubjetivo de interesses, pretenda proteção do Estado. É poder fazer valer a pretensão de que se julga titular, ainda que infundada; é poder demandar, movimentando a jurisdição. Contudo, esse direito de ação não significa direito absoluto, pois a lei processual determina quais são os requisitos necessários para que a pretensão deduzida possa merecer análise. Para que o juiz possa aferir a quem cabe razão, mister se faz o preenchimento da tríade condicional das ações, categorias lógico-jurídicas indispensáveis ao próprio exercício do direito de ação.

ENRICO TULLIO LIEBMAN³ afirma que a ação pode existir ainda que o autor não tenha o direito que pleiteia, mas só existirá se preenchidos determinados requisitos, que ele chamou de condições da ação, que permitem ao juiz julgar o mérito da causa.

Também essa é a lição de MARCUS VINICIUS RIOS GONÇALVES⁴ ao afirmar:

³ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile**. Milano: Giuffrè, 1984, v. I, p. 143 - “Le condizioni dell’azione, illustrate qui sopra, sono i requisiti costitutivi dell’azione: col loro concorso, l’azione deve considerarsi esistente, come diritto a provocare l’esame e la decisione del mérito”.

⁴ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 1, p. 86.

[...] as condições da ação são requisitos para que o juiz possa dar resposta à pretensão formulada. Embora todos tenham acesso à justiça, nem todos têm direito de receber uma resposta do juiz à pretensão formulada. Não preenchidas as condições, o juiz porá fim ao processo, sem julgar o mérito da pretensão que lhe foi dirigida.

Fixado o conceito de ação como direito condicionado são apontadas as condições que garantem o direito de obter do Judiciário uma resposta ao que se está postulando em cada caso concreto, e que são a possibilidade jurídica do pedido, que se traduz como a previsão, em abstrato, no ordenamento jurídico, do pedido formulado pelo autor, ou sua não proibição expressa; o interesse de agir, que se consubstancia na necessidade do uso da via judicial, na utilidade da prestação pleiteada e na adequação do meio utilizado pelo autor para a afirmação da pretensão e a legitimidade para agir, ativa ou passivamente, que exigem devam o autor e o réu ser os sujeitos titulares do direito discutido na ação.

Embora LIEBMAN tenha revisto a sua teoria das condições da ação e afastado possibilidade jurídica do pedido na terceira edição de sua obra “*Manuale di diritto processuale civile*”, elas impõem-se na forma originariamente proposta pelo doutrinador italiano pelo fato de que, ALFREDO BUZUID, seu discípulo no Brasil, assim as inseriu no ordenamento positivo brasileiro, ou seja, no Código de Processo Civil, que data de 1973.

A legitimação para agir é requisito indispensável para que autor e réu possam figurar nos pólos ativo e passivo do processo, sendo expressamente exigida pelo artigo 3º do Código de Processo Civil vigente. É comumente denominada legitimidade para agir, ou *legitimatío ad causam* e significa que só o titular de um direito pode discuti-lo em juízo e que a outra parte na demanda deve ser o outro sujeito do mesmo direito, valendo dizer, que deve

existir coincidência entre a titularidade do direito material que se quer discutir em Juízo e a titularidade do direito de ação, ou que deve essa titularidade para a ação ser-lhes atribuída expressamente pela legislação.

As condições da ação, e entre elas a legitimidade, são objeto de aferição da existência do direito de agir: se a postulação do autor preencher as três condições, ele poderá obter resposta de mérito, mas a ausência de qualquer uma delas importa carência de ação e pode ser argüida pelo interessado, ou declarada de ofício pelo juiz, em qualquer fase do processo e em qualquer grau de jurisdição. Cabe lembrar, porém, que caso não existam no momento da propositura da ação será suficiente que tais condições da ação tenham sobrevivido no curso do processo e estejam presentes no momento da decisão.

No quanto tange à apreciação das condições da ação, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO⁵ conclui em comentário à legislação processual civil vigente que direito de ação não é mais que direito ao processo, pois o direito positivo impõe,

[...] que logo de início seja ele extinto mediante o indeferimento da petição inicial quando faltar a legitimidade *ad causam*, o interesse de agir ou a possibilidade jurídica da demanda (CPC, art.295, incs. II-III e I, c/c par., inc. III); e ao reiterar a ordem de extinção, mandando que o juiz lhe ponha fim por *carência de ação* sempre que uma dessas condições esteja faltando (art. 267, inc. VI). O processo considera-se formado apesar da carência de ação, mas como o julgamento de mérito não poderá ser proferido, ele não deve durar: é dever do juiz extingui-lo o mais precocemente possível, só perdurando enquanto não estiver suficientemente clara,

⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, v. II, p. 296.

pela prova ou pela interpretação jurídica, a ausência de alguma das condições.

A regra do artigo 3º do Código de Processo Civil é aplicada a todo tipo de demanda judicial, determinando que para “propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade”. Merece menção o fato de que a expressão contestar é imprópria na redação desse dispositivo legal. Equivocou-se o legislador ao estabelecer a necessidade da legitimidade para contestar. Acaso não se permite ao réu comparecer em juízo mesmo para alegar sua condição de parte ilegítima? Não lhe cabe apontar a impropriedade da demanda e formular requerimento de exclusão do feito? Ou, ainda, requerer decretação de carência da ação, porque em face dele a ação foi proposta indevidamente? Com toda a certeza a contestação em que se exige legitimidade refere-se à impugnação do mérito, pois para simplesmente contestar basta a só existência de uma ação em face de alguém, já que a citação realizada outorga ao réu, indiscutivelmente, o direito de comparecer em juízo e argüir a sua ilegitimidade.

A propositura da ação por ou contra parte ilegítima acarreta a extinção do processo, operando-se o fenômeno da carência de ação. Por configurar-se a ausência de legitimação matéria de ordem pública, sobre ela não incide o princípio dispositivo a exigir manifestação da parte e por isso não se acoberta por qualquer tipo de preclusão, sendo inclusive autorizado seu pronunciamento *ex officio*, conforme as normas contidas no parágrafo 3º do artigo 267 e no parágrafo 4º do artigo 301, do Código de Processo Civil. Qual, porém, a amplitude dessa disposição legal? Como devem ser interpretadas as normas que estabelecem a possibilidade de argüição da falta

de condições da ação a qualquer tempo e grau de jurisdição? Os artigos 515 e 516 do Código de Processo Civil ditam a regra da devolutividade no que tange à apreciação e julgamento dos recursos ordinários. Alcança o âmbito dessa devolutividade a matéria de ordem pública? Existe possibilidade do conhecimento *ex officio* dessa matéria pelos Tribunais Superiores? Também os recursos excepcionais com suas regras de fundamentação vinculada admitem conhecimento *ex officio* das condições da ação? Como conciliar a possibilidade do conhecimento de ofício da matéria de ordem pública com a exigência do prequestionamento?

Por outro lado, a legislação coloca as condições da ação como requisitos de ordem processual, *lato sensu*, apenas instrumentais e operando para verificar se o direito de ação existe ou não. Nos artigos 267 e 269 do Código de Processo Civil, o legislador distinguiu as hipóteses em que há extinção do processo sem resolução do mérito daquelas em que deve ser considerado julgado o mérito. Em que medida a interpretação desses dispositivos permite aceitar a concepção das condições da ação como mérito da causa? Mérito da causa ou não, como interpretar os dispositivos que regem o instituto da coisa julgada, em face das sentenças então proferidas?

Inegável a relevância do estudo da “legitimação *ad causam*” no âmbito da teoria geral do processo, e a escolha para tema desta tese encontra justificativa na possibilidade que se vislumbrou de sistematizar a matéria, uniformizando lições e ordenando posicionamentos doutrinários. O escopo temático está estampado no título do trabalho e o objetivo desta pretensão é sintetizar o quanto já se escreveu sobre a legitimidade para agir e, com enfoque pessoal, destacar e opinar sobre as questões que o tema suscita.

Não obstante a existência de incontáveis estudos a respeito e a inquestionável importância dessas abordagens, quer pelo lustro e renome de suas autorias, quer pela contribuição científica que representam, parece ainda haver lugar na ciência do processo civil para exame da “legitimação *ad causam*”.

3. Metodologia utilizada

O presente trabalho elegeu a legitimação *ad causam* como matéria de pesquisa e a explanação desenvolveu capítulos, apresentando sua segregação temática seis tópicos essenciais.

Como introdução à proposição principal e visando à compreensão da matéria, o que se reputa relevante para o desenvolvimento das idéias nucleares deste estudo e das conclusões posteriormente formuladas, os dois primeiros capítulos contêm incursão perfunctória pela teoria geral do processo, trazendo resumo sucinto da controvérsia sobre a natureza jurídica do direito de ação e das condições de admissibilidade para o seu regular exercício, com vistas à obtenção do provimento de mérito.

Nesses capítulos, procedeu-se pesquisa sobre a concepção da ação na sua evolução histórica, analisando-se as correntes mais representativas do pensamento em cada tempo, bem como a inserção da concepção dominante (teoria da ação como direito autônomo abstrato condicionado) na legislação processual vigente.

Como o início de qualquer investigação científica ocupa-se da busca da correta denominação de seu objeto, no terceiro capítulo definiu-se a legitimação *ad causam* e as suas espécies, que foram objetivamente tipificadas, com fundamentação em classificações propostas por abalizados processualistas. Realizou-se análise comparativa com institutos afins, ou com os quais se relaciona, entre eles o da capacidade civil, com o objetivo de estabelecer distinções ou constatar elos comuns. Nesta parte, analisou-se o instituto da substituição processual que é espécie de legitimação extraordinária contemplada na legislação processual vigente, formulando-se sua conceituação, buscando na origem histórica a razão de sua introdução na legislação vigente e no contexto doutrinário nacional e estabelecendo distinção entre institutos similares, como os da sucessão e da representação, com base em pesquisa bibliográfica da literatura específica.

O tratamento dispensado à legitimação pelo Código de Processo Civil vigente vem explanado no quarto capítulo, em que é ela objeto de estudo no processo de conhecimento, em especial quanto à legitimação incidental, quando se adentrou no estudo do instituto da nomeação à autoria, cuja finalidade precípua é a correção da ilegitimidade passiva e quanto à legitimidade recursal. Registrou-se também incursão pelo processo de execução e pelo processo cautelar.

Sendo a legitimação extraordinária o recurso de que se lança mão, inúmeras vezes, para a defesa dos interesses difusos, que não podem ser tutelados individualmente, dos interesses coletivos e dos interesses individuais homogêneos, idênticos para grande número de pessoas, impondo

fazer cumprir a ordem jurídica em benefício de todos, independentemente de iniciativa individual isolada, no quinto capítulo procedeu-se estudo sobre a legitimação nas ações coletivas e, particularmente, na ação popular e na ação civil pública.

No sexto capítulo dispensou-se atenção, em especial, ao tema da carência do direito de agir em face da ausência das condições da ação, apontando-se na oportunidade a divergência doutrinária existente acerca da natureza dessas condições (questão preliminar ou mérito), do momento para controle de sua existência, da natureza das decisões que reconhecem sua falta e das conseqüências desse reconhecimento, principalmente em face da coisa julgada, bem como das formas de impugnação cabíveis no caso de sentenças proferidas quando ausentes tais condições, para o que se valeu de interpretação divulgada por consagrada doutrina.

O direito estrangeiro foi consultado e sopesado, pois o estudo interdisciplinar entre legislações e doutrinas alienígenas é imprescindível para aprimoramento das conclusões.

Para que a tese ventilada ganhasse consistência, os métodos procedimentais adotados foram pesquisa bibliográfica histórica, monográfica e comparativa. Buscou-se analisar posições doutrinárias e jurisprudenciais, ressaltando-se as divergências existentes. Nas referências bibliográficas encontram-se arroladas as obras e os artigos que apresentaram contribuição para a elaboração deste trabalho.

Sem qualquer pretensão de apresentar soluções para os intrincados

problemas levantados, pôde-se apurar, no entanto, que a boa técnica processual é um dos caminhos para se alcançar os valores defendidos pela instrumentalidade e efetividade do processo.

CAPÍTULO 1 – AÇÃO

1.1. Esboço histórico

O direito objetivo tutela determinadas categorias de interesses, regulando os respectivos conflitos e a composição normal desses consiste na subordinação dos titulares de interesses às ordens abstratas da lei que os regula. Quando os titulares de interesses em conflito não os acomodam espontaneamente, manifesta-se a pretensão que, encontrando, resistência vai gerar a lide.

A lide perturba a paz social e interessa, pois, ao Estado, a sua composição, para se ver restabelecida a vida harmônica da sociedade e resguardada a segurança jurídica. Proibida a justiça privada, cabe ao titular de interesse invocar a tutela jurisdicional⁶ para obter a solução da lide com justiça, segundo a vontade da lei. É que a jurisdição existe, mas resta estática, aguardando provocação para, então, dinamizar suas atividades⁷. Em face da

⁶ CARNELUTTI, Francesco, **Instituições do processo civil**. Campinas: Servanda, 1999, v. I, p. 362.

⁷ Alfredo Buzaid (**Revista de direito processual civil**, São Paulo: Saraiva, 1964, v. 4, p. 6) esclarece que “o juiz não se antecipa, aos interessados, nem se move ‘ex propria auctoritate’ para indagar, em público ou em particular, quem sofre violação ou ameaça em sua esfera jurídica; aguarda que lhe provoquem a atividade jurisdicional, cabendo aos litigantes o ônus de afirmar e provar a sua pretensão em juízo”.

inércia da jurisdição, é a provocação do interessado, pelo exercício da ação, que ativará o mecanismo judiciário, assentando-se nessa premissa o princípio processual denominado dispositivo (poder que as partes têm de dispor da causa), responsável por desencadear o processo, vez que ao titular do interesse litigioso cabe, em regra, pleitear a atividade jurisdicional.

Fala-se de ação nas mais diversas acepções⁸: ora é sinônimo de direito, ora sinônimo de pretensão, ora faculdade de provocar a atividade jurisdicional. Conceituar o direito de ação consiste empreitada difícil, principalmente em face das polêmicas teorias que durante séculos se ocuparam da árdua tarefa de explicar sua natureza e função. Lembra ROGÉRIO LAURIA TUCCI⁹ que o vocábulo ação deriva de *actio*, do verbo *agere* e exprime a possibilidade de exercer concretamente a atividade processual, conforme esquemas prefixados. ENRICO TULLIO LIEBMAN¹⁰, afirmando tratar-se da *actio* dos romanos, mas com conceito profundamente diversificado, leciona que “na linguagem jurídica, *agir* significa perseguir em juízo a tutela do direito próprio e o termo *ação* designa o correspondente direito”. Significando ação judicial, é comumente empregado, em linguagem forense, no sentido de pleitear.

Mas qual é, na realidade, a natureza jurídica do direito de ação? Parte considerável da doutrina vê a ação como o direito subjetivo de postular o

⁸ COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 15. Nota de rodapé nº 6: “A palavra ‘ação’ tem 15 acepções diferentes no estudo realmente ótimo, de Pekelis, no *Nuovo Digesto Italiano*, t. I, p. 92. No campo do Processo Civil, tem, pelo menos, três significativos: a) como sinônimo de direito; b) como sinônimo de demanda, no sentido formal do vocábulo; c) como sinônimo de faculdade de agir em juízo. Prieto Castro, *La acción en el derecho español*.”

⁹ TUCCI, Rogério Lauria. **Direito processual civil e direito privado: ensaios e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 25.

¹⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1985, v. I, p.

exercício da atividade jurisdicional, que se desenrolará num complexo de atos chamado processo. Entre outros, ensina MOACYR AMARAL SANTOS¹¹, que a ação

[...] é um direito subjetivo público, distinto do direito subjetivo privado invocado, ao qual não pressupõe necessariamente, e, pois, neste sentido, abstrato; genérico, porque não varia, é sempre o mesmo; tem por sujeito passivo o Estado, do qual visa a prestação jurisdicional num caso concreto. É o direito de pedir ao Estado a prestação de sua atividade jurisdicional num caso concreto. Ou, simplesmente, o direito de invocar o exercício da função jurisdicional.

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO¹² também traz esclarecedora lição quando afirma que “o *direito de ação* não é mais que direito ao processo”. Esse processualista vê na ação “um *feixe de situações jurídicas ativas* que legitimam a iniciativa de dar início ao processo com o objetivo de obter tutela jurisdicional”, muito embora o direito ao provimento de mérito e a obrigação de entregá-lo tenham momento próprio, só depois de cumpridas as condições que permitem a instauração do processo e realizadas todas as fases do procedimento.

Para JOÃO BATISTA LOPES¹³, o direito de ação apresenta atualmente duas vertentes: uma baseada nos ensinamentos de LIEBMAN, que vê a ação como o direito de provocar a jurisdição para se conseguir uma sentença de mérito, que será favorável ou desfavorável, conforme o caso; e outra, inspirada em CHIOVENDA, que considera a ação o poder de fazer atuar a

147.

¹¹ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 1, p. 165.

¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições...**, v. II, p. 291-296.

¹³ LOPES, João Batista. **Curso de direito processual civil: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2005, v.1, p. 75.

jurisdição para garantir um bem da vida, isto é, quem tem ação possui direito a uma sentença de mérito que deverá ser favorável. Concebida por ambos como direito subjetivo autônomo, distinguem-se: para CHIOVENDA há direito à procedência do pedido; para LIEBMAN não existe direito à sentença favorável e, mesmo atendidas às condições da ação, não se pode pensar em obrigatória decisão de procedência.

A evolução da ciência processual é marcada por incontáveis e complexas teorias que procuraram, em diferentes momentos da história, definir o direito das partes de pedir a atividade jurisdicional do Estado e de participar necessariamente de seu desenvolvimento processual, não existindo um conceito válido para todos os tempos e para todos os povos, uma vez que o contexto histórico e político da época em que se insere, encarregam-se de fazer surgir novas concepções.

A título de sistematização, pode-se dizer que nessa evolução existem duas fases: a tradicional, praticamente superada, em que a ação não apresentava autonomia, sendo definida como o próprio direito material, que lesado, adquiria forças para obter em juízo a reparação da lesão sofrida e a segunda, mais atual, que a considera direito autônomo e consiste em fazer agir os órgãos judiciários, resultando esse direito da impossibilidade da autotutela. A moderna concepção do direito de ação coloca-o como um instrumento de natureza política, à disposição de qualquer cidadão, que dele queira valer-se para pedir tutela contra o Estado.

1.1.1. A ação na concepção imanentista

Até chegar-se à autonomia científica do direito processual, que se firmou com a concepção de ação como direito autônomo, que não pode ser confundido com o direito material, percorreu-se uma longa estrada, destacando-se no seu limiar a concepção imanentista da ação, também chamada civilista ou clássica, cuja origem remonta ao sempre sábio Direito Romano e teve como precursor o jurisconsulto CELSO, para quem a ação não se distinguia do direito subjetivo a que visava assegurar.

ALFREDO ARAÚJO LOPES DA COSTA¹⁴ entende ter sido a pedra fundamental para a construção civilista da ação a célebre definição de Gaio, contida no Digesto, XLIV, 7, 51 - “*actio autem nihil aliud est, quam ius perseguendi iudicio quod sibi debeatur*”, que se traduz como “a ação nada mais é do que o direito de perseguir em Juízo aquilo que nos é devido”. É que entre os romanos, todo direito privado formava-se, conservava-se, transmitia-se e realizava-se por atos formais, solenes dos interessados, garantidos pela autoridade pública, donde não se distinguir *actio* e direito subjetivo material e constituir-se o Direito Romano mais como um sistema de ações do que de direitos. Assim, era a *actio* que criava ou, ao menos, dava vida ao direito; em função da ação, concebia-se e afirmava-se o direito e ainda que emanado da lei, não podia ser exercido sem a fórmula da ação correspondente.

ADA PELLEGRINI GRINOVER¹⁵ afirma terem existido, então, duas correntes: a primeira via na ação qualidade de todo o direito, e a segunda considerava a ação como o próprio direito reagindo a uma violação. Esta

¹⁴ LOPES DA COSTA, Alfredo Araújo. **Direito processual civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. I, p. 55.

¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. O direito de ação. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos

teoria durante largo período exerceu enorme influência no espírito dos juristas, pregando que *actio* e *ius* equivaliam, uma e outro eram uma só realidade, sendo a ação o próprio direito material em atitude de defesa, quando ameaçado ou atacado¹⁶. Considerado o direito à luz da ação, existiria direito se existisse ação correlativa, não existindo, portanto, ação sem direito e correspondendo a todo o direito uma ação para o assegurar.

O Código Civil brasileiro de 1916 perfilhou a teoria civilista do direito de ação como acessório do direito subjetivo, ou seja, do direito em movimento para defender-se quando lesado ou ameaçado de lesão, ao dispor no seu artigo 75, *verbis*: “a todo o direito corresponde uma ação, que o assegura”; no entanto, este dispositivo legal não teve repetição no Código Civil de 2002.

Conforme ROGÉRIO LAURIA TUCCI¹⁷, a teoria civilista contou com renomados seguidores e, entre eles, KARL GEORGE VON WACHTER, MATEO PESCATORE e LUIGI MATTIROLO, que trataram da ação de direito material sem estabelecer a natureza e função da ação processual. No Brasil, adotaram a concepção civilista JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR e JOÃO MONTEIRO¹⁸, que definia ação como o próprio direito reagindo contra a ação contrária de terceiro, como precisamente explica:

Tribunais, 1973, v. 451, p. 25.

¹⁶ Para Enrico Tullio Liebman (**Manuale di diritto...**, v. I, p. 117) trata-se de “direito com elmo e armado para a guerra”.

¹⁷ TUCCI, Rogério Lauria. **Op.cit.**, p. 26. Respectivamente Wachter (Pandekter, Leipzig, 1980, p. 204-5), Pescatore (Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale, Turim, 1865, v. 1, p. 121), Mattiolo (Trattato di diritto giudiziario civile italiano, Turim, 1902, v. 1, p. 21), João Mendes de Almeida Júnior (Direito judiciário brasileiro, Rio de Janeiro, 1960, p. 98) e João Monteiro (Teoria do processo civil, Rio de Janeiro, 1956, t. 1, p. 70).

¹⁸ MONTEIRO, João. **Teoria do processo civil**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956, tomo 1, p. 65.

[...] todo direito violado ou meramente ameaçado, logo manifesta uma força reativa própria, que o põe virtualmente em estado de defesa. Daqui vem a primeira idéia de ação, cujo gérmen é este: uma relação de direito preexistente e sua negação. Ação (*actio juris*) é a reação que a força do direito opõe à ação contrária (*violatio juris*) de terceiro; é um movimento de reequilíbrio; é um remédio.

Sobre essa concepção do direito de ação, manifestou-se PIERO CALAMANDREI¹⁹ esclarecendo que a ação

[...] entendida como direito de obter do devedor, mediante a sujeição imposta pelo Estado, o equivalente da prestação devida, não é, uma coisa que esteja fora do direito subjetivo, senão que é somente um aspecto ou um momento do mesmo direito subjetivo, um poder, imanente a ele de reação contra o agravo, ou como se costumava dizer, com imagens que não constituem definições, o direito subjetivo ‘elevado à segunda potência’, ou também ‘em pé de guerra’. Ao direito subjetivo, em suma, não lhe corresponde somente, do ponto de vista passivo da relação, a obrigação, mas além disso, a sujeição do devedor, o qual, mesmo quando não queira cumprir, responde com os próprios bens à obrigação assumida; a ação, por conseguinte, como poder de provocar a sujeição do devedor, não existe como direito separado, mas constitui um dos modos como pode ser exercitado o direito subjetivo privado.

Assim, consagrada na máxima “ação é o direito armado para a guerra”, a teoria imanentista tem importância histórica por ter sido a primeira tentativa de sistematizar a matéria, mas desvaneceu por duas realidades, ou seja, a pretensão à tutela jurídica estatal e o agir do titular do direito para sua obtenção, não conseguindo explicar a existência de milhares de ações julgadas improcedentes, quando o Estado reconhece não ter o autor o direito invocado na inicial, inobstante tenha o processo percorrido seu trâmite

¹⁹ CALAMANDREI, Piero. **Direito processual...**, v. 1, p. 195 - “La acción, entendida como derecho de obtener del deudor, mediante la sujeción impuesta por el Estado, el equivalente de la prestación debida, no es, pues, una cosa que esté fuera del derecho subjetivo, sino que es solamente un aspecto o momento del mismo derecho subjetivo [...]”.

procedimental. Conforme afirma ROGÉRIO LAURIA TUCCI²⁰, não explicava racionalmente a ação infundada, comum na prática judiciária.

Não remanesceu, também, por não justificar a existência da ação declaratória negativa, em que o pleno exercício do direito de ação consiste exatamente em obter declaração de certeza sobre a inexistência da relação jurídica, não podendo, portanto, ser concebida como o estado de um direito subjetivo violado.

1.1.2. A ação como direito autônomo concreto

Abandonando alguns pensadores a teoria civilista, com a renovação dos estudos científicos sobrepõe-se a função, a autonomia e a importância do direito processual, surgindo então as chamadas doutrinas publicistas, que passam a distinguir a ação do direito subjetivo material. Surge, então, o conceito de ação como direito autônomo, após as primeiras elaborações da teoria dos direitos fundamentais, ligado à concepção individualista do liberalismo.

Na segunda metade do século XIX, a polêmica entre BERNARD WINDSCHEID e THEODOR MÜTHER sobre a *actio romana* possibilitou essa reelaboração do conceito de ação, ao reconhecer que fundamentalmente existe um direito lesado de natureza material e um direito de pedir ao Estado o restabelecimento desse direito material, admitindo um direito de agir

²⁰ TUCCI, Rogério Lauria. **Op. cit.**, p. 33. Também Arruda Alvim (**Manual de direito processual civil: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 1, p. 429).

exercível em face do devedor e um direito de agir exercível contra o Estado, que tem o dever de conferir a respectiva tutela. Separou-se a pretensão da tutela jurídica do direito subjetivo, revelando-se aquela como direito secundário e independente, quanto a seus requisitos, do direito material.

ROGÉRIO LAURIA TUCCI²¹ esclarece, no entanto, que a não correspondência entre o direito de ação e o direito subjetivo material foi apontada, em primeiro, pelo alemão JOHANN CHRISTIAN HASSE, em trabalho publicado em 1834 na “*Reinisches Museum*”, em que formulou conceito de ação frente ao Estado.

Nessa nova fase, embora por caminhos diferentes, mas fazendo desmoronar os alicerces da teoria civilista, passaram os doutrinadores a pregar a autonomia do direito de ação e a concepção do processo como simples instrumento técnico predisposto à realização da ordem jurídica material.

Por sua importância, cumpre lembrar a teoria da ação como direito concreto à tutela jurídica, desenvolvida por volta de 1885, na Alemanha, por ADOLF WACH, considerado um dos fundadores da moderna ciência processual, pois com ele o direito processual começa a ter conotação de ciência autônoma, regido por normas, regras, leis e princípios próprios. Sustentava ADOLF WACH, em sua obra *Handbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*, ser a ação um direito autônomo, independente do direito material e que com ele não se confunde, competindo sempre a quem for titular de um interesse real. Denominou-o secundário, porque pressupõe um

²¹ TUCCI, Rogério Lauria. **Op.cit.**, p. 29.

outro direito o qual visa a amparar e que, por sua vez, é o direito primário. Para WACH, ação era direito de buscar sentença favorável, exercitável ao mesmo tempo contra o Estado, a quem cumpria prestar a atividade jurisdicional e por seu caráter concreto dirigida também contra a parte contrária, da qual se exigia sujeição.

Explicando a nova concepção de ação, manifesta-se PIERO CALAMANDREI²²:

[...] com esta teoria, a ação se coloca francamente no campo do direito público, como expressão de uma relação que tem lugar não entre particular e particular, senão entre o cidadão e o Estado. Mas também nesta concepção o interesse individual continua predominando. Com efeito, para ela, não só a ação continua sendo considerada como instrumento e tutela do interesse individual, senão que este direito público do cidadão em relação ao Estado se constrói segundo o esquema civilista da relação jurídica existente entre um titular de direito e um obrigado, dando-se ao cidadão a posição de sujeito ativo, aspirante a uma prestação (tutela jurídica), enquanto a posição do sujeito passivo obrigado à prestação, se reserva ao Estado.

Ligeiramente modificada, é essa a concepção de outro jurista de renome, OSCAR VON BÜLLOW²³, que chamou “a atenção dos processualistas para a necessidade de estudar-se não apenas a relação de direito material configuradora da pretensão para cuja tutela seu titular servia-se do processo”, mas também a relação que se formava entre o demandante e o Estado. Seu

²² CALAMANDREI, Piero. **Direito processual...**, v. 1, p. 244 - “Así, con esta teoría, la acción se coloca francamente en el campo del derecho público, como expresión de una relación que tiene lugar no entre particular y particular, sino entre el ciudadano y el Estado. Pero también en esta concepción el interés individual continua predominando: en efecto, para ella, no sólo la acción continua siendo considerada como instrumento y tutela del interés individual, sino que este derecho público del ciudadano respecto del Estado se construye según el esquema civilístico de la relación existente entre el titular de derecho y un obligado [...]”.

²³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 94.

pensamento contribuiu para a construção de relevante doutrina acerca da relação jurídica processual, pois para ele a ação é a capacidade de movimentar o mecanismo jurisdicional, mas não mais como direito e sim como expressão da personalidade física ou jurídica de cada um, objetivando uma sentença justa.

Tanto na teoria civilista como na doutrina de WACH, a finalidade do processo era a tutela do direito subjetivo, isto é, do interesse individual; mas a relação processual estabelecia-se, na primeira, com os mesmos sujeitos da relação substancial, ou seja, credor e devedor e autor e réu e, na segunda, entre o autor de um lado e o réu e o Estado do outro.

Digno de reparo, na concepção desenvolvida por WACH, o fato de que a existência da ação subordinava-se à pré-existência do direito subjetivo material e somente haveria ocorrido exercício do direito de ação com a prolação de uma sentença favorável que julgasse legítima a pretensão; se o particular não fosse o titular do direito subjetivo, não teria o direito de ação, donde a denominação de teoria do direito concreto à tutela jurídica.

Proclamando-se discípulo de ADOLF WACH e recolhendo parte substancial de sua teoria, GIUSEPPE CHIOVENDA desenvolveu, na Itália, essa teoria concretista sobre o direito de ação, considerando-a um direito potestativo; para o processualista italiano, o direito potestativo opõe-se ao direito de prestação, porque não lhe corresponde nenhuma obrigação. A ação era, então, o poder jurídico de realizar a condição necessária para a atuação da vontade da lei, fazendo seu titular funcionar a atividade jurisdicional do Estado, cujo monopólio assumiu quando aboliu a possibilidade da

autotutela²⁴. CHIOVENDA estabelecia distinção entre ação e direito material subjetivo, mas a negava àqueles que não tivessem razão, residindo aqui diferença fundamental entre a teoria da ação como direito concreto (só tem ação, quem tem razão) e aquela da ação como direito abstrato (ação é direito, inclusive, de quem não tem razão), que se lhe seguiu. Para CHIOVENDA, a ação era proposta contra o adversário e não contra o Estado e tinha natureza pública ou privada, conforme a qualidade da lei, cuja atuação se postulava.

Ação, em resumo, era declaração de vontade do autor de que a seu favor se aplicasse a lei, era poder que consistia no direito de obter uma concreta atuação da lei em face do adversário, consistindo em agilizar o exercício de função estatal que interessa a toda coletividade, em seu favor, sem que a isto pudesse opor-se o réu. Na Itália, são adeptos dessa doutrina ENRICO REDENTI e PIERO CALAMANDREI e, no Brasil, ELIÉSER ROSA e CELSO AGRÍCOLA BARBI²⁵. PIERO CALAMANDREI²⁶, discorrendo sobre essa teoria, expressa-se:

[...] a ação pode ser concebida de conformidade com a teoria que consideramos hoje historicamente preferível, como um direito subjetivo *autônomo* (isto é, tal que pode existir por si mesmo, independentemente da existência de um direito subjetivo substancial) e *concreto* (isto é, dirigido a obter uma determinada providência jurisdicional, *favorável* à petição do reclamante).

Constata-se que tanto ADOLF WACH com a teoria do direito concreto à tutela jurisdicional, como CHIOVENDA com a teoria do direito potestativo, condicionavam o direito de ação à existência do direito subjetivo material,

²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. O direito de ação. **RT 451**, p. 27.

²⁵ TUCCI, Rogério Lauria, **Op.cit.**, p. 30.

²⁶ CALAMANDREI, Piero. **Direito processual...**, v. 1, p. 206.

quando não se tratasse de ação declaratória e, em especial, da declaratória negativa, e esse direito de ação só resultaria, então, quando da decisão final, se constatada a procedência da ação.

Assim, à teoria da ação como direito autônomo concreto colocavam-se as mesmas objeções: se a ação fosse julgada improcedente, com sentença, pois, desfavorável, que direito foi aquele de que se valeu o autor para movimentar o órgão jurisdicional? Como qualificar o direito exercido efetivamente no caso concreto, que permitiu atividade processual e decisão judicial, ainda que no sentido de carência da ação? E quanto à teoria de CHIOVENDA, havia ainda o fato de que a existência de um direito-poder, sem a correspondente obrigação, contrariava a opinião quase unânime dos juristas de que a todo direito corresponde uma obrigação.

1.1.3. A ação como direito autônomo abstrato

Em contraposição às teorias que concebem a ação como o direito de obter providência jurisdicional favorável, surgiu com HEINRICH DEGENKOLB, na Alemanha, e ALEXANDER PLÓSZ, na Hungria, em 1877, a teoria da ação como direito não só autônomo, mas geral e abstrato, que adquiriu foro de verdade incontestável e foi aceita por doutrinadores de renome, pregando ser possível o exercício da ação mesmo quando o titular não tem o direito subjetivo material merecedor de tutela. Por não estar o direito de ação ligado, ou na dependência de nenhum direito subjetivo material que lhe servisse de causa, dizia-se que era abstrato, outorgado pelo ordenamento a todos quantos buscassem a proteção jurisdicional.

O direito autônomo abstrato à constituição da relação processual surgiu a partir da constatação de que a existência do direito subjetivo material não era indispensável para que se visse agilizada a máquina judiciária do Estado, vez que a relação processual nasce, desenvolve-se e chega a termo com a prestação jurisdicional, a um simples aceno do autor quanto à existência de eventual interesse que, em abstrato, seja protegido pelo direito positivo. Porque desvinculado do fundamento, ou da falta de fundamento da pretensão, simples afirmação de merecimento da tutela estatal, era definido como o direito público subjetivo de alguém ser ouvido em juízo e de constranger o adversário a apresentar-se, correspondente a qualquer que, de boa-fé, acreditasse ter razão.

A ação como direito abstrato não incluía o direito a uma decisão obrigatoriamente favorável, já que mesmo no caso do efetivo exercício de ação improcedente teria sido exercitada, pois que se teria dado razão ao réu e não ao autor, passando, então, a ser finalidade do processo a realização do direito objetivo e estabelecendo-se a relação processual entre o autor e o Estado (titular do poder jurisdicional) e o Estado e o réu.

Observa JOSÉ ALBERTO DOS REIS²⁷, ao examinar os aspectos dessa teoria, que ação é direito pertencente “a qualquer homem pelo simples fato de ter personalidade jurídica e que é inteiramente independente dos direitos substanciais que se pretendem tornar efetivos em juízo”. Também CALAMANDREI²⁸ pondera a respeito da teoria da ação em sentido abstrato

²⁷ REIS, José Alberto dos. **Processo ordinário e sumário**. Coimbra: Coimbra, 1928, v. 1, p. 140.

²⁸ CALAMANDREI, Piero. **Direito processual...**, v. I, p. 199.

que:

[...] o direito de ação corresponderia não somente aquele que tem razão, senão a qualquer que se dirija ao juiz para obter dele uma decisão sobre sua pretensão, mesmo quando seja infundada; de maneira que a ação não seria o direito de obter uma providência que dê razão ao reclamante, senão o direito a obter uma providência que declare se o reclamante tem ou não razão; direito de ação que corresponderia, também a quem não tem razão, como direito a obter uma providência do juiz que lhe declare que não tem razão.

Essa teoria foi propagada com subsídios próprios por UGO ROCCO, que enquadrava o direito de ação entre os direitos cívicos e mostrava que não podendo o indivíduo fazer justiça pelas próprias mãos, tinha o direito de fazer agir por si o Estado, ao exigir a prestação jurisdicional e teve ainda como adeptos MARCO TULLIO ZANZUCCHI, EMILIO BETTI e ALFREDO ROCCO²⁹, sendo que este, em sua construção teórica, apresentava o direito de ação também como direito cívico exercido contra o Estado, direito a uma prestação de natureza abstrata e geral, no qual distinguia dois interesses distintos: o interesse tutelado pelo direito e o interesse na tutela desse interesse tutelado pelo Estado. Ao primeiro denominou interesse principal, ou primário, ao qual corresponde um interesse secundário consistente na eliminação dos obstáculos que se opõem à realização do interesse principal, existindo porque existe a proibição da defesa privada e sendo ele o direito de ação.

EDUARDO J. COUTURE³⁰, adepto da teoria da ação como direito abstrato, a qual concebeu genérica e abstrata a ponto de confundi-la com o direito constitucional de petição, comenta que o autor ao promover a demanda pode não ter razão e, apesar disso, não se lhe porá em dúvida o

²⁹ ROCCO, Alfredo. **La sentenza civile**. Milão: Giuffrè, 1962, p. 90.

³⁰ COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Buenos Aires: Ediciones Depalma,

direito de se dirigir ao Poder Judiciário pedindo uma sentença favorável. O demandado poderá negar o seu direito e até obter sentença nesse sentido; mas “nunca lhe tolherá o direito de comparecer ante o tribunal. Esse é um direito que pertence mesmo àqueles que não têm razão”. E continua afirmando “também o autor malicioso, o *improbis litigator*, aquele que bem sabe não ter razão, pode, mesmo assim, recorrer aos tribunais, por sua conta e risco, submetendo-se às responsabilidades que lhe imponha o uso abusivo do direito de acionar”.

FRANCESCO CARNELUTTI³¹, um dos maiores defensores da concepção da ação como direito abstrato, definiu ação como o direito subjetivo que tem o indivíduo como cidadão para obter do Estado a composição da lide, estabelecendo distinção entre lide e processo. Lide é o conflito de interesses qualificado por pretensão não satisfeita; processo é instrumento de composição da lide; ação, então, é o direito de pleitear composição para a lide existente dentro do processo. Não se trata do direito subjetivo material para o qual se postula a tutela jurisdicional, mesmo porque, esse direito pode não ser reconhecido se na sentença declarar-se improcedência do pedido. Apesar disso, o direito de ação foi exercido, dando ensejo à formação do processo e à composição da lide.

Para CARNELUTTI, a ação existe mesmo quando a sentença nega a pretensão da parte, donde se apreende que a relação da ação não é com o direito efetivamente existente, mas com o direito meramente afirmado pelo autor, pois apenas se verificará sua real existência no momento em que ocorrer o julgamento do mérito. A existência da ação independe da existência

1997, p. 71.

efetiva do direito alegado e aí reside a abstração, nesse desligamento da existência efetiva do direito. Sobre a teoria proposta por CARNELUTTI, discorre MOACYR AMARAL SANTOS³²:

[...] é exatamente o direito de obter uma sentença sobre a lide deduzida no processo. Mas o interesse que a move não é o interesse em lide, e sim a justa composição da lide. E aí se tem ‘a razão elementar da diversidade entre o direito subjetivo material e a ação’. Tanto a ação não serve de tutela do interesse em lide, que dela poderá resultar uma decisão contrária ao mesmo. Da distinção entre o direito subjetivo material e a ação está a dizer o fato de esta pertencer mesmo a quem não o possua.

Em contrapartida, sobre a afirmação de ser a pretensão à tutela jurídica direito público subjetivo pertencente a quem apenas se creia com direito a ser ouvido em Juízo, PONTES DE MIRANDA³³ desabafa:

Feriu-se um dos pontos mais perturbadores – aquê de se tratar de direito, mas poder ser exercida a pretensão e usada a ação por quem não tenha ‘razão’. Falou-se de direito abstrato de agir, a cuja concepção servia a alusão à boa fé. Que direito subjetivo seria êsse que pertenceria a quem não pertence e cujos resultados, no caso da má fé do titular abusivo, seriam os mesmos que os obtidos pelo titular de boa fé? Não seria mais fácil recorrer-se à noção de faculdade jurídica, em vez de direito subjetivo? Que diferença existe entre o que não tem direito e crê tê-lo, o que não tem direito e sabe não o ter e o que tem direito e exerce a ação não crendo tê-lo? Tudo isso mostra que andou bem um dos fundadores de tal teoria, Heinrich Degenkolb, em mais tarde a rejeitar.

No Brasil, a adesão à teoria da ação como direito autônomo abstrato demorou, apontando ADA PELLEGRINI GRINOVER³⁴ terem sido JOÃO MENDES JÚNIOR e GUILHERME ESTELLITA os primeiros a salientarem que a violação do

³¹ CARNELUTTI, Francesco. **Instituições...**, v. I, p. 77.

³² SANTOS, Moacyr Amaral. **Op. cit.**..., v. 1, p. 160.

³³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado das Ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, t. I, p. 35.

direito objetivo acarretava o direito de demandar invocando a jurisdição. Porém, de acordo com JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA³⁵, a mencionada teoria não conseguiu em sua pureza original “sobreviver à necessidade de relacionar a ação com o direito material que através dela se faz valer” e precisa ser estudada à luz dos ensinamentos de LIEBMAN, que não só refletem concepção dominante, em tempos atuais, “como também em muito se aproximam das correntes de pensamento ainda vitoriosas tanto na Itália como na Alemanha, sem falar no fato de que esta teoria não despreza, antes pressupõe, a existência de um direito constitucional de petição”.

1.1.4. A ação como direito autônomo condicionado

ENRICO TULLIO LIEBMAN, notável jurista italiano que viveu no Brasil entre os anos de 1940 e 1946, defendeu a teoria de que ação é direito abstrato que consiste na provocação do exercício da função jurisdicional. Mas não lhe bastavam nem a concepção concretista, que visualizava a ação apenas do ponto de vista do autor, que considerava equivocada ao conceder ação ao vitorioso com sentença favorável; nem a teoria abstrata pura, que visualizava a ação sob o prisma do juiz e identificava apenas seu fundamento, sua existência, como garantia constitucional.

Para LIEBMAN³⁶, a ação dirige-se ao Estado, na sua qualidade de titular do poder jurisdicional e em face da propositura da demanda, o órgão

³⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. O direito de ação, **RT 451**, p. 28.

³⁵ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **Teses, estudos e pareceres de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 1, p.56.

³⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito...**, v. I, p. 152.

judiciário põe-se em movimento, em obediência às regras internas que disciplinam a sua função. Legitimamente provocada, a função desenvolve-se para satisfazer um interesse público, produzindo um estado de sujeição da parte adversa ao poder e à atividade do órgão judiciário. O demandado não pode subtrair-se aos efeitos da atividade do órgão jurisdicional, provocados mediatamente pelo autor e, em idêntica situação fica o próprio autor, que havendo provocado o exercício da jurisdição, submete-se aos seus efeitos, mesmo quando desfavoráveis aos seus interesses, já que o êxito como resultado do processo não decorre do simples direito de provocar a jurisdição.

A tutela jurisdicional é prestada quando há um pronunciamento sobre o mérito da causa, pouco importando seja o resultado favorável ou não ao autor³⁷. Uma vez formulado o pedido, o fato de ter ou não fundamento a demanda judicial, no caso concreto, em nada influi na caracterização do exercício do direito de ação, que existe quer a sentença seja favorável ou desfavorável, justa ou injusta.

Reagindo, pois, contra a doutrina civilista e sua variante mais moderna representada pelos concretistas, LIEBMAN sustentou que o exercício do direito de ação, que provoca a atuação da jurisdição no sentido de obter pronunciamento sobre o pedido, está subordinado à existência de determinadas condições prévias indispensáveis para que o juiz possa decidir, considerando, então, a existência de uma categoria estranha ao mérito da

³⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto...**, v. I, p. 134. Ensina o doutrinador italiano que “L’azione, come diritto al processo e al giudizio di merito, non garantisce un risultato favorevole del processo: il risultato del processo dipende dalla convinzione che il giudice si farà sulla fondatezza in fatto e in diritto della domanda proposta e potrà perciò essere favorevole all’attore o al convenuto. Solo dall’ esperimento dell’azione risulterà se l’attore ha ragione o ha torto: solo affrontando il rischio di perdere, l’attore può cercare di vincere”.

causa, que chamou de condições da ação. Originariamente, elencou os requisitos de existência do direito de agir, resumindo-os na possibilidade jurídica do pedido, no interesse de agir e na legitimação para a causa.

Não satisfeito qualquer um desses requisitos, resta o juiz impedido de julgar o mérito e, conseqüentemente, a decisão que encerrar o processo não será verdadeira atividade jurisdicional. Não ocorrendo jurisdição, também não reconhece, na hipótese, o exercício de ação.

A teoria eclética de LIEBMAN encontrou guarida no direito positivo e acabou consagrada no Código de Processo Civil vigente, como patenteiam seus artigos 3º, 6º e 267, inciso VI. Não obstante reconhecer que o direito de ação é autônomo e abstrato, admite sua existência apenas quando o pedido formulado é previsto no ordenamento positivo, quando o autor tem legítimo interesse na tutela e é legitimado para agir; caso contrário, o juiz deve sentenciar, declarando a carência do direito de agir.

Após incursão histórica pela ciência processual, de rigor abstrair-se que as orientações modernas e tradicionais acerca do conceito de ação apresentam certa convergência, que permitem em apertada síntese concluir:

- o direito de ação caracteriza-se como direito subjetivo, na medida em que todos têm tutelado, no plano abstrato, os seus direitos, que ameaçados ou violados geram a faculdade de exigir do Estado a composição, fazendo atuar a vontade da lei ao caso concreto: ação é veículo de aplicação da vontade da lei à situação fática colocada pelo autor em sua petição inicial;

- caracteriza-se como direito público, porque o Estado no exercício da função jurisdicional resolve as lides atingindo seu fim precípua que é o bem

estar de toda coletividade e como direito autônomo, já que tem vida própria e não se confunde com o direito subjetivo material para cuja proteção se provoca a atividade jurisdicional do Estado;

- caracteriza-se ainda como direito abstrato, porque pode ser exercido mesmo por quem não tenha razão e como direito instrumentalmente conexo a uma pretensão de direito material, já que seu fim é obter o julgamento dessa pretensão e não sendo absolutamente incondicionado, subordina-se à existência de condições, a saber: interesse, legitimidade e possibilidade jurídica do pedido;

- afinal, caracteriza-se como direito processual porque a ação, cujo nascimento depende de manifestação de vontade, provoca a jurisdição e instaurado o processo, dentro dele, o Estado fará atuar a vontade da lei.

Mas, na doutrina de JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA³⁸, pode-se ainda encontrar definição mais sucinta do direito de ação, já que com satisfatória abrangência, resume-a como “o direito à realização da ordem jurídica, por meio da atividade do Estado. É um direito subjetivo público, dirigido contra o Estado, a quem incumbe o dever de, pela atividade de seus órgãos jurisdicionais, tornar efetiva a ordem prevista na lei”.

1.2. Ação como direito fundamental

Ao longo dos séculos, em especial após a conquista da autonomia científica do direito processual, o direito de ação vem sendo objeto de

³⁸ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **Teses, estudos e ...**, v. 1, p. 121.

constantes estudos. A busca por esclarecimentos sobre sua natureza jurídica resulta em longo processo histórico-evolutivo e embora sem deixar de aplaudir as antigas discussões sobre a insuficiência de conceitos tidos como pacíficos, que são indispensáveis para a construção do saber, impõe-se a tarefa de analisar sempre o direito de ação sob novos aspectos.

Nesse mister, tem-se percebido forte inclinação nos dias atuais no sentido de deixar de lado a concepção de ação como simples direito subjetivo para reconhecer-lhe natureza de direito fundamental ou garantia constitucional. Esta corrente vê o direito de ação sem quaisquer amarras, sem vinculação com o direito material, prerrogativa da personalidade e ligado ao direito constitucional, fundamentada no argumento de que de nada adiantaria a concessão das liberdades constitucionais se, em contrapartida, não pudessem ser tuteladas pelo processo, enquanto instrumento da jurisdição para a solução dos litígios.

Paralelamente, aponta JOSÉ IGNACIO BOTELHO DE MESQUITA³⁹ a doutrina de CANUTO MENDES DE ALMEIDA, que tenta retomar o tema da unidade do direito, que as doutrinas abstratas haviam abandonado, concluindo pela existência de um direito de ação “como direito à jurisdição, entidade de Direito Judiciário, *substantivo, e não de mero caráter processual*”, que difere da ação como “atividade, em juízo cível, de alegar ou provar, ou seja, de instruir o juiz”, que “*constitue ônus de autor e de réu, e não se confunde*, sem erro, com o direito à tutela jurisdicional”. Percebe-se no pensamento do processualista aspiração a restituir ao direito, sua unidade fundamental, na medida em que busca traço de união entre direito e processo.

³⁹ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **Teses, estudos e ...**, 2005, v. 1, p. 131.

Vista sob o prisma do direito constitucional, ensina JOSÉ FREDERICO MARQUES⁴⁰, ser o direito de ação “abstrato, indeterminado e incondicionado”, “modalidade do direito de petição”; já o direito de ação concebido no sentido de direito atribuído ao particular para provocar “o funcionamento do mecanismo estatal da jurisdição” é lição de LUIGI MONACCIANI⁴¹; também JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA⁴² reconhece no direito de ação um direito fundamental, lecionando que:

[...] o direito das partes de pedir a atividade jurisdicional do Estado e de participar necessariamente de seu desenvolvimento processual, tendo em vista a obtenção de proteção relativamente a uma situação jurídica subjetiva ou objetiva, violada ou ameaçada de violação, afirmada no processo, é o que denominamos de ‘direito fundamental à prestação jurisdicional’ ou ‘direito de ação’, denominações que serão usadas como sinônimas, embora a primeira seja mais correta.

Questionando ser a ação apenas o direito público subjetivo de solicitar a tutela jurisdicional, com a finalidade de defender interesse assegurado pela ordem jurídica, JOÃO BATISTA LOPES⁴³, com propriedade, discorre sobre a nova concepção, afirmando que a diferença de posições é de fundamental importância, pois em se tratando de mero direito subjetivo, “a ação poderia ser abolida ou mutilada pela lei ordinária, já que a legislação processual é da competência do legislador ordinário”. Se, porém, se lhe reconhecer *status* constitucional, passa ela a ser considerada ‘garantia de acesso ao Judiciário’, “entendida essa locução em sentido amplo: direito de movimentar a máquina judiciária, formular alegações e pedidos, produzir provas, ser informado dos

⁴⁰ MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. II, p. 27.

⁴¹ MONACCIANI, Luigi. **Azione e legittimazione**. Milão: Giuffrè, 1951, p. 87.

⁴² ROCHA, José Albuquerque. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Atlas, 2003, p.164.

atos processuais, reconvir, recorrer etc.”. Não difere o ensinamento de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO⁴⁴ quando afirma:

[...] ambas as partes têm o direito de, realizando os atos que lhe são franqueados e exigindo do juiz a realização dos que lhe competem, criar uma situação em que terá este o dever de pronunciar-se sobre a demanda inicial para outorgar a tutela jurisdicional àquele que tiver o direito de obtê-la. Ele a concederá, em cumprimento a esse dever e em atenção à garantia constitucional de acesso à justiça, àquela das partes que tiver razão – ou seja, àquela que os fatos provados e a interpretação dos textos legais ou contratuais revelarem que está amparada pelo direito material.

No Brasil, a Constituição Federal adotou o direito de ação como garantia fundamental, ao dispor no capítulo que trata dos direitos e garantias, em seu artigo 5º, inciso XXXV, que “a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito”. Trata-se, portanto, de direito de natureza constitucional, que está e sempre esteve assegurado mesmo nos textos republicanos passados, à exceção da Carta outorgada de 1937.

Consagração do direito de agir encontra-se até mesmo na própria Declaração Universal dos Direitos do Homem elaborada pelas Nações Unidas⁴⁵.

Assim, forçoso entender correta a concepção da ação como garantia constitucional, desenvolvida pela moderna doutrina processual, porque o Estado organizou-se criando uma infra-estrutura capaz de permitir aos seus

⁴³ LOPES, João Batista. **Curso de direito...**, v. 1, p. 77.

⁴⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições...**, v. II, p. 290.

⁴⁵ Universal Declaration of Humain Rights, art. 8º “Everyone has the right to an effective remedy by the competent national tribunals for acts violating the fundamental rights granted him by the Constitution or by the law.”

órgãos cumprir a missão de distribuir justiça. Lembra JOSÉ IGNACIO BOTELHO DE MESQUITA⁴⁶ que LEO ROSENBERG denomina de *pretensão à justiça* (*Justizanspruch*) o direito das partes em face do Estado, enquanto obrigado à atividade jurisdicional pelas normas de direito constitucional e de direito processual, direito que se resume em ver decidida a causa mediante sentença. Consistindo num direito constitucional, não poderá qualquer legislação restringir ou impedir o exercício desse direito. Sendo o Estado o detentor do dever de solucionar os conflitos⁴⁷, a ação, como ato de provocação da jurisdição, é exercida contra ele e em face do réu, não se resumindo, porém, apenas no desencadear a função jurisdicional, mas abrangendo uma participação efetiva, como forma de garantir a atuação da ordem jurídica.

Cumpra lembrar que o direito de ação não se confunde com o direito de petição, entendido este como o direito de acesso aos órgãos públicos, completamente abstrato, incondicionado e outorgado indistintamente a todos os cidadãos, disciplinado no artigo 5º, inciso XXXIV, alínea *a*, da Constituição Federal, assegurando a todos, independentemente do pagamento de taxas “o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder”.

O direito de ação não se confunde com esse direito amplo e irrestrito de requerer, ao qual não pode a autoridade judiciária deixar de atender. O direito de petição tem origem constitucional e veda ao legislador ordinário a proibição do acesso aos poderes públicos, garantindo a todos o direito de

⁴⁶ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **Teses, estudos e ...**, v. 1, p. 61.

⁴⁷ Nesse sentido José Ignácio Botelho de Mesquita (**Teses, estudos e ...**, v. 1, p. 99) define jurisdição como “atividade produtora de efeitos de fato e de direito, que o Estado exerce em favor dos destinatários da norma, em cumprimento a um dever para com eles”.

representação e de petição na defesa de direitos; aquele, “restrito às partes juridicamente vinculadas, direta ou indiretamente, à matéria por ele veiculada, exige, para o seu exercício, a implementação das condições impostas pelo próprio sistema jurídico⁴⁸”.

Nesse erro incorre EDUARDO J. COUTURE⁴⁹, que classifica a ação como direito constitucional de petição; para ele, assim como o indivíduo tem o direito de dirigir-se aos órgãos administrativos e ao Parlamento para a tutela de seus direitos garantidos constitucionalmente, também lhe assiste o direito de dirigir-se aos tribunais para obter a tutela jurisdicional, embora reconheça que o direito de petição exercido perante o Poder Judiciário, na forma de ação, vincule o demandado, que deve comparecer para defender-se e o magistrado, a quem cabe o dever do pronunciamento, o que não acontece quando o direito de petição é exercido em outras circunstâncias.

Embasado na distinção entre o direito de petição e o de ação, ARRUDA ALVIM⁵⁰ afirma a existência de dois tipos de ação: aquela que se origina do

⁴⁸ ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 35.

⁴⁹ COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho** ..., p. 77-78 - “La acción civil no difiere, en su esencia, del derecho de petición ante la autoridad. Éste es el género; aquélla es una especie. Otras especies de derecho de petición, caracterizadas por formas y modalidades especiales, son la apelación de ciertos actos del gobierno municipal ante el Parlamento, el contencioso administrativo, la querrela criminal, el ejercicio judicial de los derechos de rectificación y de respuesta en materia de imprenta, etc. Las diferencias no pertenecen a la esencia sino a la técnica de este derecho. Cuando el derecho de petición se ejerce ante el Parlamento, no supone la posibilidad de ningún poder coactivo que haya de hacerse efectivo contra nadie. Por su parte, el Parlamento no tiene ningún deber jurídico de expedirse acogiendo o rechazando la petición. [...] Pero cuando el derecho de petición se ejerce ante el Poder Judicial, bajo la forma de acción civil, ese poder jurídico no sólo resulta virtualmente coactivo para el demandado, que ha de comparecer a defenderse, si no desea sufrir las consecuencias perjudiciales de la *ficta confessio*, sino que también resulta coactivo para el magistrado que debe expedirse en una u otra forma acerca del pronunciamento”.

⁵⁰ ALVIM, Arruda. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, v. I, p. 315.

direito constitucional, incondicionada e ampla, a qual denomina direito de petição e a processual, que nasce do direito de petição e que exige o adimplemento de requisitos indispensáveis para seu exercício. Direito de petição é “o meio ou veículo revelador do direito de ação” enquanto o direito de ação se situa no plano processual e requer o preenchimento dos requisitos exigidos pelo sistema; não se confunde com aquele porque apto a provocar o exercício da atividade jurisdicional que se estenderá até a sentença de mérito.

Nessa esteira, parece apropriada a distinção proposta por MARCO TULLIO ZANZUCCHI⁵¹, quando afirma que a ação existe primeiro e sobre ela assenta-se a demanda, que é ato de invocação. ADA PELLEGRINI GRINOVER⁵², por sua vez, discorda quanto à existência de dois direitos de ação, um de natureza constitucional e outro de natureza processual; para ela, embora de natureza constitucional, o direito de ação é uno, sem se qualificar como genérico a ponto de ser satisfeito por meio de qualquer provimento jurisdicional: a sentença pode ser favorável ou desfavorável, justa ou injusta, mas deve representar a resposta do juiz, após se ter garantido às partes a possibilidade de influir na formação de sua convicção. nesse sentido advoga Vicente Greco Filho⁵³:

Convém esclarecer, contudo, que não há dois direitos de ação, um constitucional e um processual; o direito de ação é sempre processual, pois é por meio do processo que ele se exerce. O que existe é a garantia constitucional genérica do direito de ação, a fim de que a lei não obstrua o caminho ao Judiciário na correção das lesões de direitos, porém o seu exercício é sempre processual e conexo a uma pretensão.

⁵¹ ZANZUCCHI, Marco Tullio. **Diritto processuale civile**. Milão: 1955, v. I, p. 64

⁵² GRINOVER, Ada Pellegrini. O direito de ação. **RT 451**, p. 31.

⁵³ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1, p. 78.

FLÁVIO LUIZ YARSHELL⁵⁴ lembra que enquanto a ação concerne ao direito ou poder de estimular o exercício da jurisdição e invocar o provimento jurisdicional de qualquer natureza, o direito de demandar corresponde à atividade que se pratica quando do exercício daquele direito ou poder no ato inaugural do processo e do procedimento nele contido, concluindo:

[...] enquanto a *ação* se configura como uma posição jurídica de vantagem, a *demanda* não é mais que um ato; que, por sinal, é pressuposto de instauração e desenvolvimento do processo. A *ação*, portanto, é marcada – em maior ou menor intensidade, conforme a perspectiva doutrinária – por uma nota de *generalidade*, ao passo que a *demanda* é marcada por um caráter *concreto*, sendo inclusive passível de identificação, com base nos respectivos elementos: alguém (*parte*), fundado em determinados fatos e fundamentos (*causa de pedir*), reclama uma providência do Estado, perante um órgão do Judiciário (*pedido*).

Em resumo, não há como negar a natureza constitucional do direito de ação, enquanto garantia para o exercício da ação processual que assegura a quem movimenta a máquina judiciária o direito de formular em Juízo qualquer pedido, mesmo sem ter qualquer interesse ou sem ser titular do direito pleiteado; mas só existirá, no entanto, o exercício da ação, se presentes as condições legitimadoras postas pelo legislador, de maneira a não se confundir com o mero direito cívico de petição. O direito de ação, restrito aos sujeitos vinculados à matéria veiculada, exige para seu exercício a implementação de condições e, uma vez exercitado, garante um processo que atinge seu objetivo e justifica a atividade jurisdicional quando de forma definitiva e imutável, alcança um pronunciamento sobre o pedido do autor.

⁵⁴ YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 58.

CAPÍTULO 2 - CONDIÇÕES DA AÇÃO

2.1. A teoria eclética de LIEBMAN

Do confronto na ciência processual de duas teorias, a ação como direito concreto e condicionado (direito a uma sentença de mérito favorável) e a ação como direito abstrato e incondicionado (direito a uma sentença qualquer, ainda que meramente processual), surge uma terceira teoria, conciliadora, que sintetiza a ação como direito autônomo abstrato, porém, condicionado (direito a uma sentença de mérito).

ENRICO TULLIO LIEBMAN⁵⁵, que não concebia o direito de ação sem nenhum condicionamento, como pregava a teoria abstrata pura, defendeu esta última denominada eclética e foi quem sistematizou as condições da ação, que são requisitos que devem ser observados para que se possa obter a

⁵⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto...*, v. 1, p. 135.

prestação jurisdicional.

A ação, conforme ensina o doutrinador italiano adepto da teoria abstrata, é direito subjetivo ao exercício da jurisdição. Não se trata, porém, de direito a uma sentença qualquer, mas direito a uma sentença que afirme (ou negue) o direito afirmado (ou negado) pelo autor; é direito a uma sentença de mérito. E para obter-se uma sentença de mérito, indispensável reste demonstrada a existência de certos requisitos constitutivos, que habilitem o autor a pedir a tutela jurisdicional, requisitos estes chamados pela doutrina tradicional e, atualmente, pela própria lei processual, de condições da ação.

As três condições da ação, que devem ser observadas por aqueles que pretendem obter uma sentença de mérito, de acordo com a teoria proposta por LIEBMAN⁵⁶, são: a legitimidade para agir, o interesse processual e a possibilidade jurídica do pedido. Como requisitos de existência da ação, devem ser objeto de investigação preliminarmente ao exame do pedido. Podem ser por isso definidas como condições de admissibilidade do julgamento do mérito, ou seja, condições essenciais para o exercício da função jurisdicional com relação à situação concreta deduzida em Juízo.

CALAMANDREI⁵⁷ nomeia as condições propostas por LIEBMAN de “requisitos da ação”, considerando-as indispensáveis para o pronunciamento de uma providência de mérito favorável ao solicitante, enumerando-as como:

⁵⁶ Na edição de 1984, já não existe menção à possibilidade jurídica do pedido que Liebman aboliu, após entrar em vigor na Itália, a lei do divórcio - “Le condizioni dell’azione, poco fa mencionate, sono l’interesse ad agire e la legittimazione. Esse sono, come già accennato, i requisiti di esistenza dell’azione e vanno perciò accertate in giudizio (anche se, di solito, per implícito) preliminarmente all’esame del mérito. Solo se ricorrono queste condizioni, può considerarsi esistente l’azione e sorge per il giudice la necessita di provvedere sulla domanda, per accoglierla o respingerla”.

⁵⁷ CALAMANDREI, Piero. **Direito processual...**, v. I, p. 208.

“um certo fato específico jurídico (certa relação entre o fato e a norma), a legitimação e o interesse processual”.

A expressão condições da ação é criticada por parte da doutrina, que entende fosse melhor considerá-las requisitos para a prolação de uma sentença de mérito. Assim, no magistério de ALEXANDRE FREITAS CÂMARA⁵⁸ é inadequada a utilização dessa designação, já que não se está diante de um evento futuro e incerto a que se subordina a eficácia de um ato jurídico. Esse processualista prefere a denominação “requisitos ao provimento final”, em razão de ser a presença desses requisitos indispensável para que se possa obter o provimento final (sentença de mérito no processo de conhecimento, satisfação do crédito no processo executivo e sentença cautelar em processo dessa natureza).

JOÃO BATISTA LOPES⁵⁹ também discorda da expressão “condições da ação”, que considera imprópria, pois enquanto garantia constitucional não pode a ação sujeitar-se a condições impostas pela lei processual. No entanto, admite sua existência, explicando que a doutrina italiana coloca-as como requisitos para a admissibilidade da sentença de mérito (no processo de conhecimento), a prática de atos coativos (no processo de execução) e a obtenção de providências capazes de garantir ou proteger o direito, para que ele não pereça até a solução do processo de conhecimento ou de execução.

Com efeito, as condições da ação foram fixadas pelo legislador ordinário, no Brasil, encontrando-se expressa menção a elas nos artigos 3º,

⁵⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1998, v. 1, p. 117.

⁵⁹ LOPES, João Batista. **Curso de direito...**, v. I, p. 90-91.

267 inciso VI e 295, incisos II e III e parágrafo único, inciso III do Código de Processo Civil. A ausência de qualquer uma dessas condições gera a carência do direito de ação.

Assim, se o autor pretende providência jurisdicional, mas não satisfaz as condições da ação, não alcançará seu objetivo, pois o Código de Processo Civil vigente (anteprojeto do professor ALFREDO BUZAID, adepto da teoria de LIEBMAN, que data do início dos anos 60), acolhendo a doutrina então dominante, impõe a presença das três condições da ação para o exercício do direito garantido constitucionalmente de submeter ao Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito. O artigo 267, inciso VI, autoriza o juiz a extinguir o processo, sem resolução do mérito, “[...] quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse processual” e o artigo 295 impõe o indeferimento da petição inicial “[...] quando a parte for manifestamente ilegítima, quando o autor carecer de interesse processual ou o pedido for juridicamente impossível”.

As condições da ação são requisitos indispensáveis para que se possa ter de forma plena e adequada o exercício do direito de ação, já que só constatada sua presença será possível análise do direito material postulado em juízo, estando diretamente relacionadas com o momento procedimental da propositura da ação; caso isso não ocorra, nada obsta a que a extinção do processo sem a análise do mérito em vista da ausência de qualquer condição se dê em qualquer momento processual.

KAZUO WATANABE⁶⁰, analisando o fato de a ausência das condições levarem à extinção prematura dos processos, assim as explica:

[...] são razões de economia processual que determinam a criação de técnicas processuais que permitam o julgamento antecipado, sem a prática de atos inúteis ao julgamento da causa. As condições da ação nada mais constituem que técnica processual instituída para a consecução desse objetivo.

JOSÉ MARIA ROSA TESHEINER⁶¹, na sua teoria geral do processo, lembra que entre os pressupostos processuais e o mérito introduz-se a categoria intermediária das condições da ação, parcela que se destaca do mérito, “para se lhe atribuir denominação diferente (carência da ação) e tratamento jurídico diferenciado, consistindo este na inexistência de produção de coisa julgada material”. De fato, na falta de condição da ação, afirma o artigo 268 do Código de Processo Civil a possibilidade da renovação da ação, sem o óbice da coisa julgada.

2.1.1. Possibilidade jurídica do pedido

JOSÉ ALBUQUERQUE ROCHA⁶² entende que compreender a condição da possibilidade jurídica do pedido fica mais fácil ao se considerar o dogma da completude do ordenamento jurídico. Admitindo-se essa completude no sentido de que tem solução positiva ou negativa para todo o conflito, o juiz

⁶⁰ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 69.

⁶¹ TESHEINER, José Maria Rosa. **Elementos para uma teoria geral do processo**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 128.

⁶² ROCHA, José Albuquerque. **Op. cit.**, p. 175. Para Alexandre Freitas Câmara (**Op. cit.**, p. 123), também deve ser ampliado o conceito desta condição de ação, fazendo-o alcançar a causa de pedir.

terá sempre como resolver as lides que lhe forem colocadas podendo entregar a prestação jurisdicional aos titulares de interesses tutelados, em tese, pelo ordenamento jurídico.

A possibilidade jurídica do pedido resume-se, então, na exigência de que a situação afirmada pelo autor seja protegida, ainda que hipoteticamente, pelo ordenamento jurídico, para que possa ser conhecida pelo juiz.

A idéia da possibilidade jurídica do pedido como condição da ação deve-se a ENRICO TULLIO LIEBMAN, que a conceituava como a admissibilidade em abstrato do provimento solicitado no ordenamento positivo. Nem todos os conflitos são tutelados pelo direito e também há conflitos, que são expressamente proibidos de serem levados ao judiciário. Quando elaborou sua doutrina, LIEBMAN tinha como único exemplo de impossibilidade jurídica do pedido a pretensão de divórcio, que extinguiria o vínculo do casamento. Com a superveniência de norma legal na Itália, permitindo o divórcio, abandonou esse requisito, passando a mencionar como condições da ação tão somente a legitimidade das partes e o interesse processual.

Sobre o fato de LIEBMAN ter revisto sua teoria das condições da ação, excluindo desse elenco o pedido juridicamente impossível, MANOEL ANTONIO TEIXEIRA FILHO⁶³ elogia a iniciativa comentando:

Andou corretamente o festejado jurista ao rever o seu pensamento, para eliminar das condições da ação o pedido juridicamente possível. Assim dizemos porque se há no ordenamento jurídico um

⁶³ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Cadernos de processo civil: jurisdição, ação e processo**. São Paulo: LTr, p. 50.

veto quanto a determinado pedido, de modo a tornar impossível (ou inatendível, como preferimos) essa formulação em juízo, é evidente que o pronunciamento jurisdicional que fizer valer esse veto estará extinguindo o processo com exame do mérito, de tal arte que o autor não poderá retornar a juízo com a mesma pretensão, enquanto o veto não for anatematizado do ordenamento jurídico. O fato, contudo, de Liebman haver refluído acerca de sua opinião, no particular, não tem, à evidência, eficácia para derrogar o sistema do CPC brasileiro, que segue a incluir a possibilidade jurídica do pedido no elenco das condições da ação.

Atualmente, estabelecer conceito de possibilidade jurídica do pedido é bastante difícil e controvertido, afirmando a doutrina, no entanto, que para se propor uma ação é necessário que a pretensão deduzida seja albergada pelo direito objetivo ou, não havendo previsão legal, não exista proibição dentro do sistema jurídico adotado. O pedido formulado pelo autor é possível, quando não for direta ou indiretamente vedado pelo ordenamento jurídico vigente. Em outras palavras, é o pedido permitido ou, ao menos, não proibido pela lei.

Diz JOSÉ FREDERICO MARQUES⁶⁴ que “há possibilidade jurídica do pedido quando a pretensão do autor se refere à providência admissível pelo direito objetivo”. No mesmo sentido é a lição de MOACYR AMARAL SANTOS⁶⁵ que ensina que possibilidade jurídica do pedido “é condição que diz respeito à pretensão. Há possibilidade jurídica do pedido quando a pretensão, em abstrato, se inclui entre aquelas que são reguladas pelo direito objetivo”.

Já EGAS DIRCEU MONIZ DE ARAGÃO⁶⁶ entende que a possibilidade

⁶⁴ MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito...**, v. II, p. 39.

⁶⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. **Op. cit.**, v. 1, p. 176. Entende Alexandre Freitas Câmara (**Op. cit.**..., p. 123), também deva ser ampliado o conceito desta condição da ação, fazendo-o alcançar a causa de pedir.

⁶⁶ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. II, p. 433.

jurídica do pedido “não deve ser encarada sob o aspecto positivo – *prévia existência de um texto que torne o pronunciamento pedido em abstrato* – mas debaixo de ângulo negativo de ausência de disposição proibitiva”. Acompanha-o MÁRIO AGUIAR MOURA⁶⁷ para quem “a possibilidade jurídica, de modo geral, deve ser procurada não em preceito expresso que autorize o caso, mas sim, na inexistência de preceito proibitivo da pretensão do autor”. Também MANOEL ANTONIO TEIXEIRA FILHO⁶⁸ afirma que o pedido só poderá ser considerado impossível juridicamente quando existir um veto, uma proibição no ordenamento jurídico e no que diz respeito à sua formulação em juízo; no caso de pedido que não esteja contemplado em lei, ele deverá ser simplesmente rejeitado pelo magistrado por falta de previsão legal. Quanto à expressão “pedido juridicamente impossível”, entende não ser a mais adequada, justificando sua posição:

[...] melhor seria, contudo, que se aludisse a pedido juridicamente inatendível, pois o pedido, em si mesmo, não é impossível (de ser formulado), embora seja inatendível ou inapreciável, do ponto de vista jurídico. Adote-se a expressão que se desejar, uma coisa é certa: pedido juridicamente impossível (ou inatendível) é aquele expressamente excluído do ordenamento normativo, e não aquele que apenas não está previsto nesse ordenamento.

De forma mais abrangente, ocupando-se do assunto ARRUDA ALVIM⁶⁹ escreve que por possibilidade jurídica do pedido, enquanto condição da ação, “entende-se que ninguém pode intentar uma ação sem que peça providência que esteja, em tese, prevista, ou que a ela óbice não haja, no ordenamento jurídico material”.

⁶⁷ MOURA, Mario Aguiar. Condições da ação em face da coisa julgada. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 550, 1981, p. 249.

⁶⁸ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Op. cit.**, p. 48.

E JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA⁷⁰ observa que a expressão “possibilidade jurídica do pedido” não deve ser entendida em sentido estrito, mas como uma síntese, ou um “instrumento conceitual”, com que se designam todas as situações para as quais o ordenamento jurídico dispensa, em tese, sua proteção, devendo, pois, abranger não só a idéia do objeto que se pede em juízo, bem como da causa ou origem jurídica do objeto e, às vezes, até de seu sujeito.

No mesmo sentido, NELSON NERY JUNIOR e ROSA NERY⁷¹ ensinam que “deve entender-se o termo pedido não em seu sentido estrito de mérito, pretensão, mas sim conjugado com a causa de pedir”. Afirmam não se tratar apenas de crítica à impropriedade terminológica; a preocupação com a técnica é necessária em razão dos reflexos práticos que a inadequação pode ocasionar. Assim, se o credor de dívida de jogo ajuíza ação de cobrança, deverá ser julgado carecedor da ação proposta, por ser tal pretensão expressamente vedada pelo ordenamento jurídico vigente (art. 814, CC). Mas referida ação tem como objeto cobrança de uma dívida, que em si mesma, é sujeita à proteção. No entanto, dada a sua origem, o jogo, o direito retira-lhe expressamente a proteção. A impossibilidade *in casu* decorre não do pedido, mas da causa de pedir.

ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS⁷² trata da não previsão da providência invocada no exemplo de mulher que convive maritalmente com determinado cidadão, pelo espaço de trinta anos e pretende que o juiz os declare casados,

⁶⁹ ALVIM, Arruda. **Manual de direito...**, v. 1, p. 409.

⁷⁰ ROCHA, José Albuquerque. **Op. cit.**, p. 176.

⁷¹ NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 672.

⁷² SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, v. 1, p.

por decurso de tempo, afirmando tratar-se de caso típico de impossibilidade do pedido, pois o direito brasileiro não reconhece tal espécie de matrimônio. Ajuizada ação para se ver reconhecida quaisquer dessas pretensões, não resta ao juiz outro caminho que o de declarar a inadmissibilidade da prestação jurisdicional em face da impossibilidade jurídica do pedido.

Em resumo, possibilidade jurídica do pedido pode ser definida como a previsão, em abstrato, ou a não proibição expressa, no ordenamento jurídico, da espécie de tutela pleiteada pelo autor. São exemplos clássicos de pedido juridicamente impossível, encontrados nos manuais, o pleito de herança de pessoa viva, a ação de usucapião de bens públicos, a penhora de bens do Estado, a proibição da prisão por dívidas, nestes casos em razão da expressa vedação legal.

Aqui, cabe refletir até que ponto a categoria possibilidade jurídica do pedido pode apresentar utilidade⁷³: se o pedido juridicamente possível decorre de previsão legal, sempre que essa previsão existir, ou não se encontrar o pedido expressamente vedado, estará presente a condição, garantindo ao autor o interesse necessário para agir. Assim, há que se considerar suficiente para o exercício da ação o interesse de agir.

50.

⁷³ Alfredo Araújo Lopes da Costa (**Direito processual**, v. 1, p. 94), aludindo a requisitos da ação, junto com o interesse e a legitimidade qualifica a admissibilidade da via judicial como tal, sem contemplar a possibilidade jurídica do pedido. Afirma que o próprio Liebman, na 3ª edição de sua obra, não mais elencou a possibilidade jurídica do pedido como condição da ação e isto porque, quando a postulação solicitada pelo autor não pudesse ser atendida, faltaria o próprio interesse de agir. Também Alfredo Buzaid (**Do agravo de petição no sistema do código de processo civil**, São Paulo: Saraiva, 1956, p. 123) não faz nenhuma alusão à possibilidade jurídica do pedido.

2.1.2. Interesse de agir

A expressão “interesse” pode ser empregada como sinônimo de pretensão, definindo-se então como interesse substancial ou primário, bem como para definir relação de necessidade entre a dedução de uma pretensão em juízo e a atuação do Poder Judiciário, caracterizando-se, agora, como interesse processual. O interesse de agir é fenômeno que tem repercussão inclusive nos ordenamentos jurídicos estrangeiros que não acolhem, legislativamente, o instituto das condições da ação⁷⁴.

O interesse substancial não se confunde com o interesse de agir. Enquanto o primeiro consiste na relação entre a necessidade e o bem da vida apto a satisfazê-la, o segundo decorre de um conflito resistido de interesses substanciais, que faz surgir a necessidade de se ingressar em juízo. Assenta-se este na premissa de que tendo o Estado interesse no exercício da jurisdição, não é conveniente movimentar o Judiciário se dessa atividade não se puder extrair resultado útil⁷⁵. Assim, havendo um conflito caracterizado por pretensão resistida, surge a necessidade de se provocar a tutela estatal, objetivando à sua solução. Essa necessidade de recorrer ao Estado caracteriza o interesse processual e não a lesão ou ameaça que determinaram o exercício

⁷⁴ PESCATORE, Mateo. **Tratado de derecho judicial civil**. Trad. Eduardo Ovejero y Maury. Ed. Reus S. A, 1930, tomo I, p. 14. Como salientado pelo autor, no Códice di Procedura Civile de 1865 lê-se que “a todo direito corresponde uma ação”; portanto, “a ação pressupõe o direito em proveito do qual foi chamado a tutelar, mas para que se a exercite é necessário que a tanto haja interesse”. Esta afirmação esteve albergada no Código Civil brasileiro, em seu artigo 85. Complementa com a lição de Mattiolo segundo a qual “o interesse é a medida da ação”.

⁷⁵ É lição de José Ignacio Botelho de Mesquita (**Teses, estudos e...**, p. 99) que “O Estado, [...], não é indiferente à realização da ordem jurídica. É antes o primeiro interessado nela, enquanto seu criador. Incumbe-lhe, por isto, não apenas o dever de prestá-la nos casos em que a tanto esteja obrigado perante o destinatário da norma, como também o dever, de recusá-la nos casos em que não exista o direito de ação”. Na concepção desse doutrinador, o direito ao julgamento é o direito à administração da justiça, consagrado no art. 10º da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

da ação⁷⁶. Sob esse prisma, a prestação jurisdicional solicitada deve ser necessária e adequada, no caso concreto.

Conforme leciona RODRIGO DA CUNHA LIMA FREIRE⁷⁷, o sentido que se deve emprestar à definição de interesse de agir relaciona-se com a utilidade ou vantagem que pode ser encontrada em alguma coisa. Consiste na utilidade do provimento jurisdicional solicitado, que vai depender da presença de dois elementos: a necessidade e a adequação. São essas as expressões que traduzem o que se entende por interesse de agir; apenas tem interesse de agir aquele que pretenda demanda útil ou necessária e o faça servindo-se do meio adequado.

Tais vertentes foram resumidas por RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO⁷⁸, como: a) a *necessidade* do recurso ao Judiciário para obter certo bem da vida, seja porque não se logrou obtê-lo pelas vias suasórias (ex.: a satisfação de um crédito), seja porque o próprio direito positivo exige a intervenção jurisdicional (ações constitutivas necessárias); b) a *adequação* do provimento pretendido, isto é, sua idoneidade técnico-jurídica para atender à expectativa do autor (ex.: para quem foi esbulhado em sua posse, não é próprio o pedido de mero interdito proibitório, visto que esta medida é inidônea a restituir a posse perdida); c) a *utilidade* da via processual eleita: conquanto haja alguma dissensão na doutrina sobre esse quesito, ele integra a compreensão do interesse processual, já que o acesso à tutela jurisdicional pressupõe o fato de que a medida será útil, na ordem prática.

⁷⁶ Cabe lembrar que as teorias que consideram abstrato o direito de ação eliminam a lesão como elemento caracterizador do interesse de agir, de modo que este resulta, sim, da necessidade de se ingressar em juízo.

⁷⁷ FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da ação**: enfoque sobre o interesse de agir no processo civil brasileiro, 2001, p. 16.

ENRICO TULLIO LIEBMAN⁷⁹ advoga tese sobre a existência de dois interesses: o de direito material, que ele chama primário e o processual, que denomina secundário. Este interesse secundário e instrumental em relação ao interesse substancial tem por objeto o provimento que se pede ao juiz como meio para obter a satisfação de um interesse primário lesado pelo comportamento da parte contrária, quer dizer, pela situação de fato objetivamente existente.

Embora independentes, o interesse processual emerge da insatisfação do interesse material, devendo ser admitido com mais amplitude e sendo suficiente a possibilidade da presença do interesse material para que se possa concluir pela existência do de natureza processual. A admissão liminar não cria para o juiz a preclusão, mas valerá até que seja proferida decisão final.

Como não há que se confundir o interesse processual, que possibilita agilizar a engrenagem judiciária para a solução da lide, com o interesse material decorrente da proteção que o direito objetivo dispensa ao bem da vida, conclui-se que o que possibilita invocar a tutela jurisdicional não é a ocorrência de determinado fato, mas a proibição da justiça de mão própria; há casos em que a despeito do esbulho ou turbacão da posse, não há necessidade da via judicial porque a legislação autoriza o desforço imediato (artigo 1210, parágrafo 1º do CC). Em resumo, o interesse processual reside na resistência

⁷⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 43.

⁷⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto...**, vol. I, p. 136 - “L’interesse ad agire è perciò un interesse processuale, secondario e strumentale rispetto all’interesse sostanziale primário, ed há per oggetto il provvedimento chi se domanda al magistrato, come mezzo per ottenere il soddisfacimento dell’interesse primário, rimasto leso dal comportamento della controparte, o più genericamente dalla situazione di fatto oggettivamente esistente”.

à pretensão manifestada e na proibição da proteção do direito com o uso da própria força.

A necessidade decorre, pois, da vedação da autotutela, que impede o autor de fazer valer seu interesse através do emprego de meios próprios, ensinando LUIZ RODRIGUES WAMBIER⁸⁰ que essa necessidade de exercer o direito de ação e, portanto, instaurar o processo, para conseguir o resultado pretendido, tanto pode decorrer da impossibilidade legal (separação judicial, por exemplo)⁸¹ como da resistência do réu no cumprimento espontâneo de obrigação que lhe caiba. No mesmo sentido, também VICENTE GRECO FILHO⁸², analisando a necessidade do interesse processual para a existência da ação, registra que, de regra, o interesse processual

[...] nasce diante da resistência que alguém oferece à satisfação da pretensão de outrem, porque este não pode fazer justiça pelas próprias mãos. Essa resistência pode ser formal, declarada, ou simplesmente resultante da inércia de alguém que deixa de cumprir o que o outro acha que deveria. Há ainda, interesse processual quando a lei exige expressamente a intervenção do Judiciário, como, por exemplo, nas chamadas ações constitutivas necessárias, em que a norma legal proíbe que as partes realizem certas modificações no mundo jurídico por meio de atos negociais privados, tornando obrigatória a decisão judicial.

E complementando o tema, merece destaque a lição de MOACYR AMARAL SANTOS⁸³ que afirma:

⁸⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord); ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, v. 1, p. 130.

⁸¹ Após o advento da Lei nº 11.441/2007, que modificou o Código de Processo Civil para possibilitar a realização do inventário, da separação e do divórcio consensuais pela via administrativa, esses exemplos de exigibilidade da tutela jurisdicional permanecem apenas dentro dos ditames estabelecidos pela nova legislação.

⁸² GRECO FILHO, Vicente. **Op. cit.**, v. 1, p. 83.

⁸³ SANTOS, Moacyr Amaral. **Op. cit.**, v. 1, p. 176.

Diz-se, pois, que o interesse de agir é um interesse secundário, instrumental, subsidiário, de natureza processual, consistente no interesse ou necessidade de obter uma providência jurisdicional quanto ao interesse substancial contido na pretensão. Basta considerar que o exercício do direito de ação, para ser legítimo, pressupõe um conflito de interesses, uma lide, cuja composição se solicita do Estado. Sem que ocorra a lide, o que importa numa pretensão resistida, não há lugar à invocação da atividade jurisdicional. O que move a ação é o interesse na composição da lide (interesse de agir), não o interesse em lide (interesse substancial).

Segundo JOSÉ FREDERICO MARQUES⁸⁴, existe interesse de agir quando, “configurado o litígio, a providência jurisdicional invocada é cabível à situação concreta da lide, de modo que o pedido apresentado ao juiz traduza formulação adequada à satisfação do interesse contrariado”.

Também CARREIRA ALVIM⁸⁵ define o interesse de agir como “o interesse em obter o provimento pleiteado; quer dizer, interesse em obter uma providência jurisdicional quanto ao interesse primário, ou seja, o direito material ou pretensão substancial”, conceito que é avalizado por HUMBERTO THEODORO JÚNIOR⁸⁶ ao afirmar “o interesse de agir, que é instrumental e secundário, surge da necessidade de obter através do processo a proteção do interesse substancial”.

Autores há que consideram o termo interesse de agir impróprio e

⁸⁴ MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito...**, v. II, p. 40.

⁸⁵ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Op. cit.**, p. 121.

⁸⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. I, p. 55. Nesse sentido também Liebman (**Manuale di diritto...**, v. I, p. 137) - “L’interesse ad agire sorge dalla necessita di ottenere dal processo la protezione dell’ interesse sostanziale; presuporne perci l’affermazione della lesione di questo interesse e l’idoneità de provvedimento domandato a proteggerlo e soddisfarlo”.

destituído de técnica e precisão. Como destaca NELSON NERY JÚNIOR⁸⁷, “agir pode ter significado processual e extraprocessual, ao passo que interesse processual significa, univocamente, entidade que tem eficácia endoprocessual”.

O interesse de agir, considerado em si mesmo, tem caráter processual e é em tudo diverso seja do interesse primário, ou substancial, a cuja realização tende a ação, seja dos pressupostos para a constituição válida da relação processual. Significa a posição favorável de uma pessoa no tocante a um bem, sendo necessário que a lei preveja essa situação da pessoa quanto ao bem, para que este possa ser exigido ou reclamado, tornando-se objeto de uma pretensão legítima.

Também sobre o interesse de agir, enquanto condição da ação, esclarece JOÃO BATISTA LOPES⁸⁸ que o autor deve “encontrar-se na situação de necessidade de invocar a tutela jurisdicional e pleitear o tipo de tutela adequada ao caso”. Deve o autor descrever na petição inicial os fatos indicativos da necessidade da tutela jurídica e, por outro lado, deve a tutela pretendida ser adequada à situação de fato por ele descrita na petição inicial, decorrendo da demonstração de que a outra parte omitiu-se ou praticou ato que justifica o acesso ao Judiciário.

Quanto à adequação do método processual ao provimento solicitado, tem-se que o Estado se nega a desempenhar sua atividade até o final, quando o procedimento adotado for inadequado e não se prestar para atingir o fim

⁸⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. Condições da ação. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 64, 1991, p. 36.

⁸⁸ LOPES, João Batista. **Curso de direito...**, v. 1, p. 93.

almejado, no caso concreto. Movendo ação errada ou utilizando procedimento incorreto, o provimento jurisdicional não será útil, como elucidativamente leciona ADA PELLEGRINI GRINOVER⁸⁹

[...] essa condição da ação assenta-se na premissa de que, tendo embora o Estado o interesse no exercício da jurisdição (função dispensável para manter a paz e ordem na sociedade), não lhe convém acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado útil. É preciso, pois, sob esse prisma, que, em cada caso concreto, a prestação jurisdicional solicitada seja necessária e adequada.

JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA⁹⁰ diz que a doutrina costuma definir o interesse de agir, mas não se preocupa com os critérios para sua identificação. Sendo a afirmação do autor a única realidade objetiva de que o juiz dispõe, cabe concordar que se houve tal afirmação, está justificado seu interesse e a necessidade da tutela jurisdicional. Por outro lado, esclarece que parte da doutrina afirma não ser suficiente a violação ou ameaça de violação da situação jurídica para configurar-se o interesse de agir, sendo indispensável que a prestação jurisdicional pedida seja adequada à realização da situação jurídica afirmada, o que quer dizer escolha de processo e procedimento adequados à obtenção da tutela jurisdicional pleiteada. Mas entende também que “formalidades excessivas e irrazoáveis” não devem ser admitidas, em face da constitucionalização do direito à tutela, sendo razoável interpretarem-se os requisitos processuais no sentido mais favorável ao direito de ação, sob pena de inconstitucionalidade.

A legislação anterior, consubstanciada no Código de Processo Civil de

⁸⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. O direito de ação. **RT 451**, p. 230.

⁹⁰ ROCHA, José Albuquerque. **Op. cit.**, p. 183-184.

1939, em seu artigo 2º, exigia para o ingresso em juízo devesse o autor ter interesse além de legítimo, econômico ou moral.

ARRUDA ALVIM⁹¹, insistindo em que se trata de interesse definido em lei, virtualmente existente no sistema jurídico e justificado em face da vantagem ou benefício moral ou econômico que decorrerão para o autor, assim doutrina “há que se entender que o interesse que autoriza a propositura ou a contestação de uma ação é o interesse legítimo de natureza econômica ou moral, tal como o qualificava o art. 2º do Código de 1939”, complementando a seguir “se não houver essa definição ou possibilidade sistemática, estaremos em face de um mero interesse, ou de um interesse meramente fático, em virtude do que não poderá a ação ser admitida”.

Mas doutrinadores há que consideram equivocada a legislação de então, porque entendem que economia e moralidade vinculam-se ao interesse primário, de direito substancial, creditando-se esse desacerto à influência da concepção do direito de ação como direito concreto à tutela jurídica, preconizado por ADOLF WACH. Leciona nesse sentido VICENTE GRECO FILHO⁹², ao advertir que não se indaga se “o pedido é legítimo ou ilegítimo, se é moral ou imoral”; basta que seja necessário e o autor não possa obter o mesmo resultado por outro meio extraprocessual. Faltarão o interesse processual se a via jurisdicional não for indispensável, como, por exemplo, se o mesmo resultado puder ser alcançado por meio de um negócio jurídico sem a participação do Judiciário”.

O Código de Processo Civil vigente e a doutrina contemporânea, no

⁹¹ ALVIM, Arruda. **Manual de direito...**, v. 1, p. 411.

moderno conceito de ação como direito abstrato condicionado, exige o interesse, apenas processual, aquele que leva alguém a buscar solução judicial para o conflito, já que se não o fizer, não será satisfeita a pretensão, mas sem qualquer qualificação quanto ao seu conteúdo, que se exaure no binômio necessidade e utilidade, pois como confirma a lição de BRENO MOREIRA MUSSI⁹³ “a vinculação do interesse de agir é com a necessidade e a utilidade da busca do bem da vida, através do processo, perante o órgão dotado de jurisdição”. É necessário que a atuação judicial seja imprescindível para a obtenção do direito, por imposição legal, já que só por meio do ajuizamento da ação é possível buscar a tutela no Judiciário.

2.1.3. Legitimidade para agir

A legitimidade para agir no processo vincula-se à necessidade de descobrir, no caso concreto, quem pode promover a ação, e em face de quem pode ser movida, respondendo à questão sobre quem pode ser parte no processo⁹⁴. Para LUIGI MONACCIANI⁹⁵ ser parte é figurar como “aquele em cujo nome é proposta a demanda e em cuja esfera incide o pronunciamento jurisdicional que encerra o processo como processo, seja qual for a natureza desse pronunciamento”. Mas se parte é todo aquele que pode movimentar a máquina judiciária do Estado, parte legítima só será “aquele que for titular de

⁹² GRECO FILHO, Vicente. **Op. cit.**, v. 1, p. 83.

⁹³ MUSSI, Breno Moreira. As condições da ação e a coisa julgada. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 45, p. 46.

⁹⁴ Sobre legitimidade para agir, ver: Enrico Tullio Liebman (**Manuale di diritto...**, v. I, p. 122); José Frederico Marques (**Instituições de direito...**, v. II, p. 164); Arruda Alvim (**Manual de direito...**, v. 1, p. 375); Ovídio Araújo Baptista da Silva (**Curso de processo...**, v. 1, p. 105); Eduardo Arruda Alvim (**Curso de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v. I, p. 162); Luiz Machado Guimarães (Carência de ação, **Estudos de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969, p. 101).

um dos interesses em lide, com direito a uma decisão sobre o mérito da causa”.

Ao ser proposta a ação, a parte deve ser legítima e, em regra, essa legitimação cabe ao titular do interesse material. Para MARCO TULLIO ZANZUCCHI⁹⁶ e CHIOVENDA⁹⁷, a legitimação “é a identidade da pessoa do autor com a pessoa favorecida pela lei, e a da pessoa do réu com a pessoa obrigada”, sendo também nesse sentido a definição JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA⁹⁸, que denomina legitimação

[...] a coincidência entre a situação jurídica de uma pessoa, tal como resulta da postulação formulada perante o órgão judicial, e a situação legitimante prevista na lei para a posição processual que a essa pessoa se atribui, ou ela mesma pretende assumir.

MARCOS DESTEFENNI⁹⁹ afirma ser a “pertinência subjetiva da ação, de modo que esta só poderia ser proposta por aquele que se afirma titular da relação jurídico-material, bem como só poderia ser proposta em face do responsável por suportar o pedido” e VICENTE GRECO FILHO¹⁰⁰, tratando da legitimação para agir, ensina que:

[...] a cada um de nós não é permitido propor ações sobre todas as lides que ocorrem no mundo. Em regra, somente podem demandar

⁹⁵ MONACCIANI, Luigi. **Op. cit.**, p. 246.

⁹⁶ ZANZUCCHI, Marco Tullio. **Op. cit.**, p. 114 – “La legittimazione ad agire è bensì infatti titolarità normalmente coincidono con la titolarità del rapporto dedotto in lite”.

⁹⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1965, v. 1, p. 109.

⁹⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 404, 1969, p. 9.

⁹⁹ DESTEFENNI, Marcos. **Curso de processo civil** – processo de conhecimento e cumprimento de sentença. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1, p. 102. Também definem a legitimidade como a pertinência subjetiva da ação Alfredo Buzaid (**Do agravo de petição...**, p. 89) e Liebman (**Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 142).

¹⁰⁰ GRECO FILHO, Vicente. **Op. cit.**, v. 1, p. 79.

aqueles que forem sujeitos da relação jurídica de direito material trazida a juízo. Cada um deve propor as ações relativas aos seus direitos. Salvo casos excepcionais expressamente previstos em lei, quem está autorizado a agir é o sujeito da relação jurídica discutida.

Assim, não é qualquer pessoa que pode vir a juízo postular um bem ou interesse em relação a outra pessoa. A ação só pode ser ajuizada por quem se declara titular do direito material, em face do obrigado, na chamada legitimação ordinária, vez que somente dessa forma se pode solucionar a lide. Ninguém pode pedir o que não é seu e de nada adiantaria o ajuizamento de uma ação em face de quem não é obrigado. É preciso que seja parte legítima, que esteja no pólo ativo da possível relação de direito material, postulando bem da vida em relação a essa pessoa, que se situa no pólo passivo, aí se caracterizando, portanto, a legitimação ordinária ativa e passiva.

JOÃO BATISTA LOPES¹⁰¹ entende que “parte legítima é o titular (ativo ou passivo) da relação jurídica hipoteticamente considerada no plano do direito material”; não se afasta dessa orientação WALTER NUNES DA SILVA JÚNIOR¹⁰², dizendo que ainda que o caso seja complexo, fácil é observar a legitimidade de parte, se se isolar a causa remota da razão de pedir” e, se autor e réu “estiverem relacionados com a matéria fática, a conclusão que se impõe é de que a *legitimatío ad causam*, ativa e passiva, está presente”. Também discorrendo sobre o assunto, leciona CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO¹⁰³ no

¹⁰¹ LOPES, João Batista. **Op.cit.**, v. 1, p. 92. Sobre a propriedade das expressões legitimação ativa e legitimação passiva, ver Marco Tullio Zanzucchi (**Op. cit.**, v. I, p. 115).

¹⁰² SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. Condições da ação e pressupostos processuais. **Revista de Processo**. São Paulo: Revisa dos Tribunais, 1991, v. 64, p. 78.

¹⁰³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições...**, v. 1, p. 303. Para Elio Fazzalari (**Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006, p. 381) existe uma legitimação para o provimento jurisdicional, que vê as partes sempre em posição passiva, enquanto lhes é imposto o provimento jurisdicional; por outro lado, a legitimação para agir de todos os sujeitos do processo é sempre ativa, não tendo o autor legitimação ativa e o réu, legitimação passiva, como quer a doutrina. No caso de rejeição da demanda, ele diz que o juiz e as partes são, ao final, privados de legitimação para o provimento, isto é, respectivamente para emití-lo e para receber-lhes os efeitos.

sentido de que legitimidade

[...] é a qualidade para estar em juízo, como demandante ou demandado, em relação a determinado conflito trazido ao exame do juiz. Ela depende sempre de uma necessária relação entre o sujeito e a causa e traduz-se na relevância que o resultado desta virá a ter sobre sua esfera de direitos, seja para favorecê-la ou restringi-la. Sempre que a procedência de uma demanda seja apta a melhorar o patrimônio ou a vida do autor, ele será parte legítima; sempre que ela for apta a atuar sobre a vida ou patrimônio do réu, também esse será parte legítima. Daí conceituar-se essa condição da ação como *relação de legítima adequação entre o sujeito e a causa*.

Também cabe concordar com ARRUDA ALVIM¹⁰⁴ que atentamente observa: “a legitimidade é idéia transitiva, isto é, alguém é legítimo em função de outrem; vale dizer, o perfil da legitimidade exige a consideração do outro”, já que estão “ambos esses pólos ligados a uma situação legitimante”. E exemplifica:

[...] o proprietário, que sofreu esbulho, será parte legítima ativa em face de quem, efetivamente, esbulhou; o marido em relação à mulher, e vice-versa, para solicitar separação; o credor em relação ao seu devedor (e não, por hipótese, em relação à sociedade de que faça parte o devedor) e, assim, sucessivamente.

O artigo 3º do Código de Processo Civil alude à legitimação para a causa, que ausente, levará ao indeferimento liminar do pedido. Esta legitimação traduz-se como a atribuição do direito de ação ao autor, enquanto possível titular de uma relação jurídica, bem como a sujeição do réu possível titular passivo aos efeitos da sentença. Traz OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA¹⁰⁵ exemplo quando trata da legitimação, afirmando que celebrado contrato locatício, em caso de inadimplemento do locatário, parte legítima

¹⁰⁴ ALVIM, Arruda. **Manual de direito...**, v. 1, p. 417.

¹⁰⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo...**, v. 1, p. 103.

para propor a ação de despejo é o locador e parte legítima para responder é o locatário; se a imobiliária encarregada da administração do imóvel promove a ação, haverá ilegitimidade ativa *ad causam*.

Apenas em circunstâncias excepcionais, o que se depreende do teor do artigo 6º do Código de Processo Civil, a legislação permite a denominada legitimação extraordinária, incluindo aí o instituto da substituição processual, que ocorre quando uma pessoa demanda em nome próprio direito de outra pessoa. A doutrina alemã fala em “parte em razão do ofício” ou “parte em razão do cargo” (*Partei Kraft Amts*) referindo-se àquele que tem por função perseguir e defender direitos e deveres de outrem. Essa figura não aparece na legislação brasileira, mas aproxima-se da dos representantes, como os administradores e os gestores, em nada se assemelhando à substituição processual. Nesta, de forma anormal ou anormalmente, já que se trata de exceção, atribui-se a alguém a titularidade do direito de agir.

Afirma JOSÉ MARIA ROSA TESHEINER¹⁰⁶ que esta condição da ação tem suscitado muitas dúvidas e controvérsias, por não se aterem os estudiosos à circunstância de que se trata de expressão com duplo significado. De início, legitimação para a causa resumia-se na identidade da pessoa do autor com a pessoa cujo interesse a lei protegia e da pessoa do réu com a pessoa obrigada. Mas esta definição servia à teoria do direito concreto, não à de LIEBMAN¹⁰⁷, para quem a legitimação para a causa é a titularidade (ativa e passiva) da ação, indicando para cada processo as partes justas, as pessoas que devem estar presentes, a fim de que o juiz possa decidir a respeito de um dado

¹⁰⁶ TESHEINER, José Maria Rosa. **Op.cit.**, p. 120.

¹⁰⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito...**, v. I, p. 157.

objeto.

Para LIEBMAN, o problema da legitimação consiste em individualizar a pessoa a quem pertence o interesse de agir (e, portanto, a ação) e a pessoa em relação à qual [*nei cui confronti*] ele existe; em outras palavras, é um problema que decorre da distinção entre a existência objetiva do interesse de agir e a sua pertinência subjetiva. Assim, desenvolve-se no mesmo sentido o raciocínio de ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS¹⁰⁸, para quem a postulação de direito alheio em nome próprio, por ser a ação um direito abstrato e ser autônoma a relação processual, é legitimação sem qualquer anomalia; como explica, trata-se de legitimação “tão normal que o próprio titular tem, em princípio, plena disponibilidade da ação, a ponto de poder propô-la, quando quiser, sem que aquele para quem se pleiteia possa impedi-lo e mesmo interferir negativamente, como seria o caso de pretender formular a própria desistência”.

Talvez por isso perceba-se estreita ligação entre a legitimação e o interesse de agir, já que ambos se definem em razão das circunstâncias próprias do plano do direito material, embora tendo caráter processual.

O interesse, mesmo de caráter marcadamente objetivo, reporta-se a uma pessoa, de forma a configurar a sua titularidade, o que leva à conclusão de que legitimidade é mera titularidade de interesse de agir. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO¹⁰⁹ chega a afirmar que em rigorosa técnica processual, “a legitimidade *ad causam* insere-se no âmbito do interesse de agir porque

¹⁰⁸ SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Op. cit.**, v. 1, p. 51.

¹⁰⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições...**, v. II, p. 305. Afirma o doutrinador que essa discussão existe na doutrina italiana, sendo alvo de objeções também ali, mas sem que se chegue a um consenso.

sua falta traduz-se em ausência de utilidade do provimento jurisdicional”, explicando que a ilegitimidade *ad causam* é “um destaque negativo do requisito do interesse de agir, cuja concreta ocorrência determina *a priori* a inexistência deste”. Esclarece mais:

Uma sentença que anule o contrato só atinge diretamente as esferas dos sujeitos vinculados a ele, ou seja, dos contratantes: ela não traria qualquer proveito jurídico direto para o autor se ele próprio não figurasse no contrato ou se o réu não figurasse. Uma sentença de separação judicial só atinge a relação jurídica, ou *status familiae*, dos cônjuges e de ninguém mais; se proposta por outra pessoa ou em face de outra pessoa, nenhum proveito haveria para o autor [...]

Mas a distinção impõe-se, em primeiro porque o atendimento à pretensão pode ocorrer sem que o titular esteja legitimado (legitimação extraordinária), e em segundo porque pode existir legitimidade ativa e passiva e carência do interesse processual, como sucede no caso da propositura de ação de cobrança de dívida não vencida. A legitimidade e o interesse definem-se em função dos elementos objetivos e subjetivos do conflito de interesses, que ocasionaram a pretensão à tutela jurídica acentuado esse relacionamento em função do caráter secundário e substitutivo da atividade jurisdicional.

2.1.4. Outras condições da ação

Existem os chamados defensores da teoria das condições específicas da ação, que cogitam sobre a coexistência destas com as denominadas condições genéricas da ação, com o argumento de que o rol relacionado no artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil não seria exaustivo. Nesse sentido,

RODRIGO DA CUNHA LIMA FREIRE¹¹⁰ opina:

[...] este rol de condições da ação não está elencado em *numerus clausus* no nosso direito positivo, pois, ao lado das condições genéricas previstas no Código de Processo Civil, encontramos na legislação processual (inclusive no próprio Código) outros requisitos tidos como condições específicas, exigíveis para o exercício de algumas ações, conforme o processo ou o procedimento.

O próprio LIEBMAN¹¹¹ enumerou outras condições mais específicas, afirmando não existir ação nos casos de carência de jurisdição, que ocorre quando não há juiz que possa pronunciar-se sobre o pedido. Pode ocorrer em face de processo envolvendo réu estrangeiro, ou em relação a pessoa ou entidade estrangeira imune à jurisdição, nos casos de carência de jurisdição em face da Administração Pública, a proibição da propositura da ação reivindicatória enquanto pendente pedido possessório e outras. Chegou a propor a existência de quatro categorias de questões prévias, não abrangidas pelo mérito¹¹², tais que a dos pressupostos processuais, das condições da ação, das nulidades dos atos do processo e das situações terminativas do processo, que não chegaram a integrar o projeto definitivo de sua célebre teoria, assim se pronunciando

[...] são condições da ação a possibilidade jurídica, o interesse processual e a legitimação. Além disso, inclui-se na mesma categoria a falta de fatos extintivos da ação, como a coisa julgada e a perempção da ação conseqüente a três absolvições de instância (artigo 204 do Código de Processo Civil), e de fatos suspensivos da ação como *beneficium excussionis*.

Mas o Código de Processo Civil disciplina atualmente o que outrora

¹¹⁰ FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Op. cit.**..., p. 69.

¹¹¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito...**, v. I. p. 161.

LIEBMAN chamava de quarta condição da ação entre os pressupostos processuais, incluídos que foram no artigo 267, inciso V. Não se pode negar que no campo doutrinário já existiu certa confusão quanto à delimitação exata das condições e dos pressupostos processuais; é possível, porém, distinguir-se das condições que concretizam o exercício da ação, os pressupostos que possibilitam o surgimento de uma relação jurídica válida, com desenvolvimento imune a vício que possa torná-la nula no todo ou em parte. Com propriedade os distingue RODRIGO DA CUNHA LIMA FREIRE¹¹³

Com efeito, pensamos que os pressupostos são sempre extraídos da relação processual a ser formada ou já constituída, porquanto sempre intrínsecos a essa relação, enquanto as condições da ação são absolutamente extrínsecas à relação processual, sendo aferidas em função da relação hipotética de direito material ou substancial afirmada na petição inicial.

JOSÉ IGNACIO BOTELHO DE MESQUITA¹¹⁴ também cogitou a existência de condições específicas das ações (só exigíveis em determinados processos e procedimentos), arrolando ao lado da legitimidade e do interesse a necessidade de existência da notificação para a constituição em mora do promitente comprador, em ação de rescisão de compromisso de venda e compra, de existência de contrato locatício comercial com prazo não inferior a cinco anos, em ação renovatória de locação e de existência de título vencido e não pago, na ação de execução.

DONALDO ARMELIN¹¹⁵, por sua vez, afirma que a maioria das condições específicas insere-se no âmbito das condições genéricas do interesse e da

¹¹² LIEBMAN, Enrico Tullio. **Estudos sobre o processo**, p. 138-148.

¹¹³ FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Op. cit.**, p. 61.

¹¹⁴ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **Da ação civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 96.

¹¹⁵ ARMELIN, Donaldo. **Op. cit.**, p. 39-40.

legitimidade para agir, como no caso da propositura de ação reivindicatória pendente possessória, quando afirma que o que existe é a falta de interesse, vez que desnecessária essa segunda ação que tem por mesmo objeto a posse sobre o bem litigioso, mantendo, no entanto, opinião sobre a existência de condições específicas, sendo exemplos a necessidade da presença do título judicial para a admissibilidade da execução e a constatação do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* atinentes às tutelas de urgência.

Para NELSON NERY JÚNIOR¹¹⁶, ao contrário, todas as demais condições impostas para que se possa ver decidido o mérito de determinada causa, como pagar preço na adjudicação compulsória, comprovar *periculum in mora* e *fumus boni iuris* na ação cautelar, etc., se subsumem à condição genérica do interesse processual.

A despeito de parte da doutrina tentar inserir entre as condições de admissibilidade da ação a inexistência de litispendência, de coisa julgada¹¹⁷, de prescrição ou decadência, do compromisso arbitral e da preempção da ação, que são situações excludentes da obrigação estatal de exercer a atividade jurisdicional a favor do autor, não se pode guindar a condições da ação o que doutrina e legislação vigentes convencionaram tratar-se de pressupostos processuais¹¹⁸ e, não obstante o artigo 267 do Código de Processo Civil conter a locução “como a” sugerindo que seu rol pudesse ser meramente exemplificativo, a maior parte da doutrina aponta apenas as três condições ali enunciadas, a saber: possibilidade jurídica do pedido, interesse

¹¹⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. Condições da ação. **Revista de Processo**, v. 64, p. 38.

¹¹⁷ GUIMARÃES, Luiz Machado. Carência de ação. **Estudos de direito...**, p. 93.

¹¹⁸ BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, v. I, p. 35. O autor considera sem razão o ensino de Machado Guimarães afirmando que a inexistência de litispendência e de coisa julgada enquadra-se entre os pressupostos de caráter negativo, cuja existência

processual e legitimidade *ad causam*.

2.1.5. Carência do direito de agir

A ação, promovendo a atividade jurisdicional suscita o processo, instrumento da jurisdição e, por consequência, da ação. Decidindo pela regularidade do processo, o juiz passa a apreciar as condições da ação, a fim de resolver quanto à existência ou inexistência dos requisitos que legitimam o seu exercício. Por que nessa ordem? Responde à indagação o fato de que o direito de ação é exercido através do processo e de acordo com THEREZA ALVIM¹¹⁹, ação e processo “guardam relação de conteúdo a continente”.

Esclarece ALFREDO BUZAID¹²⁰ que a ação antecede o processo e dá causa ao seu nascimento, mas o processo pode extinguir-se por nulidade, enquanto a ação subsiste podendo, portanto, ser novamente proposta. Assim, cabe ao juiz examinar os pressupostos processuais, mesmo de ofício, para depois perquirir a existência das condições da ação. Nesse sentido ainda se posicionou GALENO LACERDA¹²¹

[...] se na ordem ontológica, o direito abstrato de ação precede a relação processual e é causa eficiente do processo jurisdicional de conhecimento, no plano lógico a investigação do juiz deve se iniciar pelo exame dos requisitos processuais, porque genéricos à boa constituição do processo e à sua adequação à lide, para, só após, descer a investigar as condições da ação, específicas para o caso concreto.

impede o regular desenvolvimento da relação processual.

¹¹⁹ ALVIM, Thereza. **Questões prévias e limites objetivos da coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.5.

¹²⁰ BUZAID, Alfredo. **Do agravo de petição...**, p. 90.

¹²¹ LACERDA, Galeno. **Despacho saneador**, Porto Alegre: La Salle, 1985, p. 60.

Apesar da intrínseca relação que existe entre ação e processo, os pressupostos processuais não se confundem com as condições da ação. Enquanto aqueles constituem exigências para que a relação jurídica processual se estabeleça e se desenvolva validamente, estas importam o cotejo entre a ação exercida e a viabilidade abstrata da pretensão de direito material.

GIUSEPPE CHIOVENDA¹²² expressamente justifica a ordem de análise dessas categorias, quando afirma que os pressupostos processuais devem estar presentes na propositura da ação e se regem pela lei processual. “Logicamente, antes de investigar se existem as condições da ação, é necessário que o juiz investigue se existem os pressupostos processuais, o que lhe compete fazer de ofício”. VICENTE GRECO FILHO¹²³ lembra que

Os pressupostos processuais devem estar presentes antes da indagação da legitimidade das partes e demais condições da ação, de modo que, se não existirem os pressupostos processuais, o processo é inválido, não se chegando sequer a apreciar a existência do direito de ação.

Chama ainda atenção para a existência da cronologia que deve haver no exercício da atividade judicial ainda THEREZA ALVIM¹²⁴, colocando em primeiro lugar as questões prévias que dizem respeito aos pressupostos e às condições, para só então alcançar o mérito; e, estudando a legislação processual alemã, LEO ROSENBERG¹²⁵ afirma que apesar de não estar prescrita

¹²² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito...*, v. I, p. 69.

¹²³ GRECO FILHO, Vicente. *Op. cit.*, v. 1, p. 101.

¹²⁴ ALVIM, Thereza. *Questões prévias e limites...*, p. 11.

¹²⁵ ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, tomo II, p. 53 – “El orden en que deben examinarse los presupuestos e impedimentos

em lei, a análise da regularidade procedimental deve anteceder à das condições e do mérito. Também LIEBMAN¹²⁶ lembra que as condições da ação devem ser apreciadas preliminarmente ao exame do mérito e só se estiverem presentes pode-se considerar existente a ação, surgindo para o juiz a necessidade de pronunciar-se sobre a demanda para acolhê-la ou rejeitá-la.

Em sentido contrário doutrina CASSIO SCARPINELLA BUENO¹²⁷ afirmando ser desnecessária qualquer discussão a respeito de qual das categorias merece exame prioritário; para ele, não existe “ordem de precedência” rígida para o exame das categorias dos pressupostos processuais e das condições da ação, bem como qualquer disposição expressa no sentido de que a atividade intelectual desenvolvida pelo juiz tenha de ser bipartida; defende, porém, que

[...] compreendida a ‘ação’ como o direito de romper a inércia da jurisdição, o preenchimento das condições da ação terá de ‘preexistir’ naturalmente ao preenchimento dos pressupostos processuais. Neste sentido, é o exercício do direito de ação que dá ensejo à formação do processo. E para que o Estado-juiz atue, é dizer, para que o processo se justifique como tal, é importante antes mesmo de verificar a sua própria regularidade, verificar as condições *mínimas* da provocação do Estado-juiz.

procesal no está ciertamente prescrito por la ley, pero resulta de la distinta importancia de las normas de admisibilidad (RG, 34, 396). Haciendo abstracción del examen de la regularidad de la demanda, que debe realizarse en primer lugar (RG, 34,396;44,353;99,126), ha de examinarse ante todo la competencia; porque sólo un tribunal competente puede resolver sobre la admisibilidad del procedimiento en lo restante, después la litispendencia o la autoridad de cosa juzgada, la jurisdicción nacional sobre el demandado, la existencia de las partes, la capacidad para ser parte y la procesal; después los impedimentos procesal, la admisibilidad de procedimiento elegido; por ej., la de la modificación de la demanda o la del proceso documental, sólo entonces la procedencia de la vía judicial y, finalmente, la necesidad de tutela jurídica, en particular el interés en la declaración, que en cierto modo forma el paso para el examen de fondo de la controversia.”

¹²⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto...**, v. I, p. 114.

¹²⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 349.

Segundo aquele doutrinador, o exame da petição inicial permite a apreciação conjunta sobre a presença de uma e outra categoria, afirmando que “a atuação jurisdicional prosseguirá com a prática do ato processual seguinte e assim sucessivamente até o instante em que se perceba faltar alguma das condições da ação [...]” ou defeito relativo ao próprio processo.

Quanto à natureza da atividade realizada pelo juiz ao aferir a existência das condições da ação, OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA¹²⁸ comenta monografia escrita por JOSÉ IGNACIO BOTELLHO DE MESQUITA, propugnando pela criação de uma quarta atividade estatal, para explicar a natureza dessa atividade. Citando também OSVALDO AFONSO BORGES que cogita sobre a existência de uma *função público-administrativa de fiscalização da lei processual*, afasta aquele doutrinador a inovação, justificando que o problema existe justamente porque o jurista está limitado ao pressuposto da divisão tripartida dos poderes (legislativa, administrativa e jurisdicional) e “a criação de uma quarta tornaria qualquer dessas soluções ilegítimas, pois desapareceria o próprio problema” e a fiscalização da lei, nesses casos pode se dar através da própria jurisdição.

Também a teoria eclética não reconhece o exercício da jurisdição enquanto o juiz examina e decide sobre as condições da ação. Recusar o julgamento da causa ou reconhecê-lo possível ainda não é propriamente julgar, de acordo com LIEBMAN. Trata-se de atividade preparatória, premissa necessária para o exercício da verdadeira jurisdição. Comenta OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA¹²⁹ que a doutrina de LIEBMAN tem dois

¹²⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Teoria geral do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 123-124.

¹²⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo...**, v. 1, p. 106.

inconvenientes:

(a) para se manter coerente, teve de imaginar uma atividade prévia exercida pelo juiz que ainda não seria 'verdadeira' jurisdição, uma espécie de atividade de 'filtragem', através da qual o magistrado deve investigar se concorrem os pressupostos processuais e as condições da ação; (b) acaba por reconhecer um direito de ação tanto ao réu quanto ao autor, resultado este que ultrapassa o próprio problema, dissolvendo-o, ao invés de resolvê-lo.

Não se pode, no entanto, aceitar que não exista atividade jurisdicional na apreciação das condições da ação. A ação, enquanto direito, é incondicional; apenas, sem elas, não poderá o autor aspirar a um pronunciamento sobre o pedido. Não se nega acesso ao Judiciário, tendo em vista ser o juiz que por sentença irá declarar ser o requerente carecedor de ação; o que se nega é a possibilidade de o Estado vir a conhecer e decidir sobre o pedido, já que não estão presentes aspectos fundamentais de viabilidade do processo.

A exigência das condições da ação encontra respaldo no direito processual vigente, o que se depreende do exame do artigo 267, inciso VI, o qual prevê que na falta de condição da ação há extinção do processo sem que o Estado dê resposta ao pedido de tutela jurídica do autor, bem como do artigo 295, incisos II, III e I c/c o parágrafo único, inciso III, do Código de Processo Civil, que autoriza o indeferimento da petição inicial. Nessas hipóteses, como afirma o legislador que o juiz não resolve a questão de mérito, permite o artigo 268, parágrafo único, que a ação seja novamente intentada.

Ressalte-se, é no sentido processual que carência é falta de condições

da ação, uma vez que a garantia da ação de base constitucional não se sujeita a nenhuma condição.

CAPÍTULO 3 - LEGITIMAÇÃO *AD CAUSAM*

3.1. Legitimidade e legitimação

No direito processual parecem equivaler as expressões legitimação e legitimidade, ambas com a mesma acepção: ora se fala em legitimação para agir (*ad causam*), ora em legitimidade para agir, ora em legitimação processual (*ad processum*), ora em legitimidade processual. DONALDO ARMELIN¹³⁰ afirma que a doutrina alienígena prefere empregar o termo legitimação, como constava do Código de Processo Civil de 1939; mas, na redação atual, o legislador optou no dispositivo de mesma numeração pela expressão legitimidade.

Os dois termos, porém, não se confundem; enquanto legitimação compreende os fatos ou mecanismos que produzem a legitimidade da pessoa, legitimidade é a qualidade que se agrega à pessoa, produzida pelos mecanismos da legitimação¹³¹.

A legitimidade, no direito, tem por fundamento uma relação entre o sujeito de um ato jurídico e o direito objeto do ato, que se denomina titularidade. Sujeito legítimo para praticar o ato jurídico é o titular do direito objeto do ato, o que quer dizer, que legitimado para o contrato de compra e venda é o proprietário da coisa vendida. A legitimação decorre do reconhecimento pelo ordenamento jurídico de um poder que dá ao sujeito do ato jurídico a possibilidade concreta de ultimar tal ato.

LUIGI MONACCIANI¹³² considera a legitimação pressuposto necessário mediante o qual um ato produz os seus efeitos relativamente a um determinado sujeito. E para ELIO FAZZALARI¹³³, o meio de conferir a legitimação é o provimento jurisdicional requerido que, uma vez emitido, produz efeitos na esfera substancial: “os destinatários imediatos de tais efeitos são legitimados a ‘dizer e contradizer’ e os órgãos de justiça são habilitados aos respectivos deveres se e enquanto tal provimento esteja no

¹³⁰ ARMELIN, Donaldo. **Op. cit.**, p. 12.

¹³¹ Deixou-se à margem o estudo da legitimidade no sentido mais amplo: em direito político, a legitimidade corresponde a um atributo da relação do Estado com os cidadãos, consistente num grau de conformação de grupos e indivíduos frente aos atos do Poder Público aos quais se ajustam e respeitam. Nesse aspecto, discorre Silva Castignone (**Introduzione alla filosofia del diritto**, Roma: Laterza, 1998, p. 59) sobre a ‘legitimidade formal’ que embasa o poder de pessoa ou organização política consagrada, nomeada ou eleita, segundo o prescrito em costumes ou princípios comumente respeitados (legitimidade *ex parti tituli*) e ‘legitimidade substancial’, correspondendo ao poder justo, aquele que se embasa em título justo.

¹³² MONACCIANI, Luigi. **Op. cit.**, p. 103.

¹³³ FAZZALARI, Elio. **Op. cit.**, p. 406.

âmbito das suas funções e competências”.

Assim, a afirmação da existência de uma situação jurídica dependente de proteção jurisdicional corresponde, no plano processual, à titularidade, determinando quem pode agir como autor ou réu da ação. É essa titularidade mecanismo de legitimação, sendo legitimado para promover a ação o titular do direito afirmado em juízo e legitimado para sofrer os efeitos da ação o sujeito passivo desse mesmo direito.

Não significa que a afirmação do autor na petição inicial possa ser considerada como um negócio jurídico no estilo do direito privado. Mas o direito processual dá à pessoa a possibilidade de, com sua vontade, realizar as condições necessárias para a instauração do processo, a vinculação do réu e a imposição ao juiz da obrigação de decidir a lide nos limites que traçou.

3.2. A situação legitimante

Uma das condições da ação é a legitimação *ad causam*, que significa que a ação só poderá ser proposta, em regra, por quem for parte legítima, ou seja, titular de direito próprio e capaz de postular em nome próprio o seu direito, ainda que representado ou assistido, pois a capacidade de exercício é condicionada nos termos da lei civil.

A legitimação encarta-se na teoria geral do direito, muito embora os estudos que lhe reconheceram autonomia e a posição de categoria jurídica distinta das que lhe são correlatas deva-se aos processualistas.

No campo do direito privado, esses estudos garantiram a explicação de fenômenos como a representação e a substituição, além da solução de problemas decorrentes da prática de atos por aparentes titulares de uma determinada situação legitimante.

Requisito indispensável à perfeição do ato jurídico, a legitimação ganhou de DONALDO ARMELIN¹³⁴ definição singela: “é uma qualidade do sujeito aferida em função de ato jurídico, realizado ou a ser praticado”, acrescentando em complemento que essa qualidade “resulta de situação jurídica oriunda precipuamente da titularidade de uma relação jurídica ou de uma posição em uma situação de fato, à qual o direito reconhece efeitos jurídicos”.

Dessa definição extrai-se que legitimação é uma qualidade atinente à pessoa, que emerge de uma relação jurídica e resulta de uma correlação específica entre o sujeito do ato e o seu objeto e que a qualidade para a prática do ato emerge da situação jurídica ou fática na qual o sujeito está inserido e à qual se pode denominar situação legitimante. Indagar se existe ou não legitimação é apurar se em face de determinada situação ou relação jurídica, uma pessoa tem qualidade para estabelecê-la. O conceito de legitimação deve cingir-se apenas a essa pertinência, ressaltando-se aí duas características da legitimidade, que se resumem na situação legitimante e na situação legitimada. ELIO FAZZALARI¹³⁵, que se ocupa da situação legitimante, em trecho de sua obra assim se expressa:

¹³⁴ ARMELIN, Donaldo. **Op. cit.**, p. 11.

¹³⁵ FAZZALARI, Elio. **Op. cit.**, p. 369.

[...] chamamos de '*situação legitimante*' o ponto de contato da legitimação de agir, ou seja, tirando a metáfora, a situação com base na qual se determina qual é o sujeito que, concretamente, pode e deve cumprir um certo ato; e de '*situação legitimada*' o poder, ou a faculdade, ou o dever – ou uma série deles – que, por conseqüência, cabe ao sujeito identificado, vale dizer, corresponde ao conteúdo da legitimação no qual ela consiste.

No plano processual, a situação legitimada resulta da presença da legitimidade das partes e consiste na relação garantidora do pronunciamento judicial sobre o pedido, desde que presentes as demais condições da ação e os pressupostos processuais, já que estando as partes legitimadas, adquirem elas o direito de exigir pronunciamento judicial sobre o mérito, sem que possa o Judiciário furtar-se dessa obrigação.

A situação legitimante ativa deriva da afirmação do autor, quando da propositura da ação, de que há uma lide real ou aparente, dependente de solução. É uma situação concreta e jurídica, vez que deriva exclusivamente de ato processual disciplinado expressamente em lei, como é a propositura da ação, que envolve declarações e documentação e dão o perfil de cada lide no processo. Mas embora se reporte ao direito questionado, não resulta necessariamente da existência deste, podendo originar-se no próprio processo, via da alegação formulada pelo autor que a amolda à lide real ou ficta ali retratada. A afirmação de uma pretensão corresponde à prática de ato que, incontroverso ou suficientemente provado, gera o direito à sentença de mérito; assim, a propositura da demanda com condições de possibilidade de titularidade do direito pleiteado, se existente, constitui situação jurídica legitimante.

Nesse sentido, lê-se em LUIZ RODRIGUES WAMBIER¹³⁶ que para se compreender a legitimidade das partes é preciso estabelecer-se um vínculo entre o autor, a pretensão e o réu e, “ainda que não se configure a relação jurídica descrita pelo autor, haverá de existir, pelo menos, uma situação que permita ao juiz vislumbrar essa relação entre parte autora, objeto e parte-ré”.

Pode acontecer, então, de a afirmação pelo autor de uma determinada situação legitimante não corresponder à realidade, ensejando o surgimento de uma situação fática aparente, incompatível com a realidade extra-autos. LUIGI MONACCIANI¹³⁷ fala em legitimação de fato e não de direito e DONALDO ARMELIN¹³⁸, em legitimação aparente; mas, de qualquer forma, indiscutível ter-se nessa verossimilhança subjetiva constatação de legitimidade capaz de ensejar a propositura válida da ação. A situação legitimante ativa emergente no processo deve estar conectada com o direito material; mas essa situação legitimante, ainda que aparente, retratada na inicial, preenche condição indispensável à obtenção de sentença de mérito, pois a legitimação reconhecida por ocasião do despacho inicial, quando ocorre exame preliminar das condições da ação e dos pressupostos processuais, pode desaparecer em face de elementos posteriormente aportados que a eliminem.

Matéria relegada a plano inferior no estudo da legitimação, talvez em razão do próprio tratamento unilateral dispensado pela doutrina e legislação vigentes, cumpre lembrar a situação legitimante para o exercício do direito de defesa. Como a legitimação integra a categoria das condições de

¹³⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia; TALAMINI, Eduardo. **Op. cit.**, v. 1, p. 131.

¹³⁷ MONACCIANI, Luigi. **Op. cit.**, p. 307.

¹³⁸ ARMELIN, Donaldo. **Op. cit.**, p. 88.

admissibilidade da ação, os estudos enfocam apenas aquela que se refere ao pólo ativo da relação jurídica processual.

Ora, após ter sido citado, o réu está inserido na relação jurídica processual e muito embora o relevo de sua legitimidade não tenha se destacado no plano dogmático e científico, ela é tão importante quanto a do autor para o processo chegar a seu término com a resolução do mérito. Mas enquanto a situação legitimante para o exercício da defesa resulta da citação, legitimidade *ad causam* passiva existirá somente quando estiver o réu inserido no pólo passivo da obrigação que se pretende fazer valer em juízo ou, excepcionalmente, quando a lei expressamente o declarar. A diferença entre a posição do autor e a do réu no processo reside no fato de que o juiz não pode cumprir sua função sem provocação do autor, mas se provocado, deve exercê-la, a favor ou contra o autor, mesmo sem qualquer iniciativa do réu. O juiz tem o dever de proferir sentença favorável ao autor quando este tem razão, e tem igual dever de pronunciar sentença desfavorável quando não a tenha. Daí a afirmação de que a legitimidade do réu não constitui legitimidade autônoma e desvinculada da do autor, mas ambos são legitimados quando inseridos na mesma relação emergente da pretensão.

Se para aferir legitimação, cumpre verificar qual o *status* jurídico do agente no momento da prática de um determinado ato, já que é a “inserção do agente em determinada relação jurídica e sua permanência nessa relação, que o legitima para a prática do ato ou para suportar os efeitos da prática desse mesmo ato”¹³⁹, quanto ao pólo passivo, constata-se não ser a simples inserção do réu no processo, através da concretização da citação, que lhe outorgará a

¹³⁹ ARMELIN, Donaldo. **Op. cit.**, p. 19.

legitimação necessária para, na relação jurídica processual, figurar como parte legítima.

A citação não outorga a legitimidade indispensável para que o réu possa figurar na relação jurídica processual como parte legítima, garantindo-lhe tão só o direito de defesa, que independe do direito de ação e por meio da qual pode inclusive alegar a própria ilegitimidade. A legitimação para o exercício do direito de defesa é, sim, a que resulta da citação validamente realizada para responder à ação proposta. No entanto, só estará o réu em situação legitimante, quando se encontrar inserido no pólo passivo da relação controvertida ou quando for titular da situação a ela reportada por expressa disposição legal, evidentemente, ainda que inexistente essa relação submetida à apreciação judicial através do exercício regular do direito de ação.

Não há, pois, como confundir as duas situações, uma vez que a citação garante ao réu, pura e simplesmente o exercício do direito de defesa, autônomo e independente do direito de ação¹⁴⁰, através do qual, inclusive, poderá alegar sua ilegitimidade. Assim ensinam LIEBMAN¹⁴¹ e CELSO AGRÍCOLA BARBI¹⁴², que sintetiza “a legitimação para contestar cabe ao réu pelo simples fato de ter sido chamado a juízo”.

3.3. Legitimação e capacidade

¹⁴⁰ JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Instituições de direito...*, v. I, p. 164.

¹⁴¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto...*, v. I, p. 141 - “Tutt’altra cosa dalla legittimazione passiva è la legittimazione a contraddire, cioè a difendersi, la quale spetta al convenuto per il solo fatto di essere stato chiamato in giudizio (e potrà far valere eventualmente – se del caso – anche il suo difetto di legittimazione passiva, cioè la sua estraneità allá controversia che forma oggetto del processo”.

¹⁴² BARBI, Celso Agrícola. *Op. cit.*, v. I, p. 65.

No plano processual não se confunde capacidade para ser parte e capacidade para estar em juízo com legitimação para agir. Etimologicamente o vocábulo capacidade deriva do latim *capabilis* que pode ser traduzido por ‘suscetível de’; daí entender-se por capacidade jurídica a aptidão para adotar comportamentos que produzam efeitos jurídicos. Leciona LUIZ DA CUNHA GONÇALVES¹⁴³, comparando personalidade e capacidade que “para ser pessoa, basta que o homem exista ou seja homem; para ser capaz o homem precisa ter os requisitos necessários para agir por si, como sujeito ativo e passivo numa relação jurídica”. Enfatiza, ainda, que “a personalidade é o homem jurídico num estado, por assim dizer, estático; a capacidade é o homem jurídico, no estado dinâmico”.

ANGELO FALSEA¹⁴⁴ afirma que capacidade consiste numa qualidade intrínseca e abstrata do sujeito; é uma qualidade intrínseca porque relacionada com uma pessoa ou uma coisa, já que o direito o reconhece em proveito daquele que a diz possuir; e abstrata porque conferida sem qualquer referência a um ato específico.

Na ordem civil, capacidade consiste na aptidão para ser titular de direitos e obrigações (capacidade de direito) e para exercê-los por si próprio (capacidade de exercício ou de fato).

Ou, conforme ensina LUIZ DA CUNHA GONÇALVES¹⁴⁵, existem duas

¹⁴³ GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de direito civil**. São Paulo: Max Limonad, 1955, v. I, tomo I, p. 189-190.

¹⁴⁴ FALSEA, Angelo. **Voci di teoria generale di diritto**. Milano: Giuffrè, 1984, p. 229.

¹⁴⁵ GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Op. cit.**, p. 190.

espécies de capacidade: aquela que decorre da própria personalidade humana, que se denomina capacidade de gozo ou de direito, co-natural ao homem e cuja existência reconhece o artigo 1º do Código Civil brasileiro ao dispor que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”; e a capacidade de exercício ou de fato que se resume na “autorização” para praticar atos que produzam efeitos jurídicos. Como explica, os alemães designam essas duas capacidades pelos termos *Rechtsfähigkeit*, ou aptidão para ser titular de direitos e obrigações e *Handlungsfähigkeit*, ou aptidão de adquirir direitos e obrigações, contraindo-os por ato próprio.

VICENTE GRECO FILHO¹⁴⁶ define com propriedade que capacidade *de direito* é “a condição de ser pessoa natural ou jurídica”, e é atributo de todos; é capaz de ser parte “quem tem capacidade de direitos e obrigações nos termos da lei civil”. Em caráter excepcional, a lei dá essa capacidade a universalidades de direitos, que “em virtude das peculiaridades jurídicas de sua atuação, dela necessitam”. Já a capacidade de estar em juízo é chamada capacidade *de fato*, é equivalente à capacidade de exercício, nos termos da lei civil e os que não estejam no exercício de seus direitos têm que ser representados por via da representação legal. (art. 7º, 8º e 12 do CPC). A capacidade de exercício pressupõe a capacidade de direito, mas esta pode subsistir independentemente daquela. Assim é que nos casos de incapacidade de exercício ou de fato, continua ileso a capacidade de gozo ou de direito e a mesma é suprida através da representação e da assistência.

No plano processual, a capacidade distingue-se em capacidade para ser parte, capacidade para estar em juízo (ou capacidade para atuar, para praticar

¹⁴⁶ GRECO FILHO, Vicente. **Op. cit.**, v. 1, p. 101-102.

atos processuais) e capacidade postulatória.

A capacidade processual é a aptidão atribuída à pessoa física ou jurídica, e mesmo a ente não personalizado, para integrar como sujeito, ativo ou passivo, a relação jurídica processual; é a capacidade para figurar como parte em um processo, sem precisar estar representado ou assistido. Embora toda pessoa possa estar em juízo, não importando a sua idade ou estado civil, somente têm capacidade processual aquelas que possuem a chamada capacidade de exercício ou de fato, sendo nesse sentido a norma do artigo 7º do Código de Processo Civil, a qual declara que “toda pessoa que se acha no exercício dos seus direitos tem capacidade para estar em juízo”.

Aplica-se então à pessoa física no pleno gozo de suas faculdades. Alguém tem capacidade para estar em juízo, quando pode exercer legitimamente seus direitos, pode ser citado pessoalmente como réu em processo contra ele movido ou, por sua vez, pessoalmente promover ação em face de alguém.

Como não podem contrair obrigações nem dispor de direitos por ato próprio na vida civil, não têm capacidade processual os absolutamente incapazes (art. 3º, CC), que devem ser representados por seus pais, tutores ou curadores e os relativamente incapazes (art. 4º, CC), que devem ser assistidos pelas mesmas pessoas. As pessoas casadas, mesmo tendo capacidade processual e ressalvado ser o regime de bens, o da separação absoluta (art. 1647, CC), necessitam do consentimento do seu cônjuge para propor individualmente ações que versem sobre direitos reais imobiliários (art. 1225, CC) e, no pólo passivo, ambos os cônjuges serão necessariamente citados

(art. 10, CPC). A lei não impõe forma especial para a anuência desse consentimento, podendo emanar por qualquer meio legítimo de manifestação de vontade e havendo injusta recusa ou sendo impossível a declaração de vontade, a autorização pode ser suprida judicialmente (art.11, CPC).

Não faz sentido falar em capacidade processual em relação às pessoas jurídicas e entes despersonalizados, que sempre deverão ser representados. Pessoa jurídica legalmente estabelecida possui personalidade jurídica (art. 45, CC) e, como tal, pode acionar e ser acionada, representada em juízo por quem a lei autorize (art. 12, CPC); e, embora não tenham personalidade jurídica, também as pessoas formais são admitidas a figurar como sujeitos da relação jurídica processual em certas circunstâncias. Já a pessoa irregular pode ser ré, porém não pode ser autora, uma vez que não possui personalidade jurídica (art. 986 e 987, CC).

Também a curadoria especial é múnus público imposto pelo juiz à pessoa que, dentro do processo, represente uma das partes (art. 9º, CPC). A nomeação do curador à lide tem como justificativa proteger os interesses da parte que representa, razão pela qual deverá responder ao pedido do autor, apresentando as respostas previstas na legislação.

Já a capacidade postulatória é a faculdade concedida a determinada pessoa de ingressar em juízo e requerer, alegar, colaborar com os órgãos jurisdicionais na condução e desenvolvimento do processo; é a aptidão para promover ações judiciais e praticar todos os atos processuais; em circunstâncias especiais, a lei atribui capacidade postulatória à própria parte, como acontece no Juizado Especial Cível ou na Justiça do Trabalho.

A legitimação, por sua vez, consiste em ter determinado indivíduo qualidade para em determinada situação realizar ato ou negócio jurídico específico¹⁴⁷. Tem sua posição definida na teoria geral do direito como pressuposto de eficácia do ato jurídico. No direito material, tem relevância para a eficácia dos atos e negócios jurídicos, que só produzirão efeitos quando dele participarem as pessoas adequadas; assim, falta legitimidade para alienar, se na alienação for sujeito quem não tem a propriedade do bem. Como a não legitimação do agente para a prática de determinado ato tem repercussão, inibindo sua efetivação, sob uma visão categorial, a legitimação não se prende à essência do ato jurídico, mas aos reflexos de sua concretização no mundo jurídico. Como dito, a falta de legitimidade acarreta a ineficácia do ato. E ineficácia não é o mesmo que invalidade.

De acordo com DONALDO ARMELIN¹⁴⁸ a legitimidade é “uma qualidade do sujeito do ato jurídico decorrente de uma determinada posição no sistema jurídico, posição essa que lhe assegura atribuições específicas, implícitas ou explícitas, fora das quais os atos tornam-se ineficazes”. Para ele, agregam-se legitimação e capacidade para assegurar a perfeição do ato jurídico, sendo insuficientes os requisitos legais da capacidade, objeto lícito e forma prescrita e não defesa em lei para aperfeiçoar o ato jurídico, que pode consumir-se válido, mas reclama a legitimação para apresentar-se eficaz.

¹⁴⁷ Sobre a legitimação manifesta-se Emilio Betti (**Teoria general del negocio jurídico**. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, s/d, p. 169) no sentido de que ela “aprecia, en cambio, la idoneidad de la persona para el acto jurídico, que resulta de una particular relación del sujeto con el objeto del acto mismo [...]. La legitimación de la parte puede definirse como su competencia para alcanzar o suportar los efectos jurídicos de la reglamentación de intereses a que se ha aspirado, la cual resulta de una específica posición del sujeto respecto a los intereses que se trata de regular. Problema de legitimación es el de considerar quién, y frente a quién, puede corretamente concluir el negocio para que éste pueda desplegar los efectos jurídicos conformes a su función y congruentes con la intención pratica normal de las partes”.

A legitimação é requisito que se agrega à personalidade do agente, qualificando-o para a prática de determinado ato. Assim, a alienação de um bem imóvel só será perfeita se à capacidade, requisito resultante de uma situação natural declarada pelo direito, somar-se o requisito da legitimação, qualidade de ser proprietário, quando se terá a somatória da validade e eficácia.

Que legitimidade e capacidade não se confundem afirma JOSÉ FREDERICO MARQUES¹⁴⁹ quando ensina que a legitimação *ad causam* diz respeito “à posição do indivíduo em relação a uma lide, enquanto que a capacidade processual é qualidade genérica do sujeito, independentemente de sua interseção em determinada lide ou relação jurídico-material”; enquanto na capacidade apreciam-se as qualidades do sujeito em si, na legitimação prezam-se as qualidades do sujeito em relação a um objeto ou a outros sujeitos.

Nesse sentido, FRANCESCO CARNELUTTI¹⁵⁰ distingue legitimação de capacidade, afirmando que enquanto esta consiste num “modo de ser natural do atuante”, aquela consiste num “modo de ser jurídico”. A legitimação é por ele definida como

[...] a pertinência ao atuante de uma relação jurídica, em vista da qual ao ato é atribuída (legitimação positiva) ou então negada (legitimação negativa) qualquer eficácia (legitimação constitutiva) ou ainda uma certa eficácia (legitimação modificativa).

¹⁴⁸ ARMELIN, Donaldo. **Op. cit.**, p. 14-20.

¹⁴⁹ MARQUES, José Frederico. **Instituições...**, v. II, p. 135.

Também CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO¹⁵¹ delimita capacidade e legitimidade afirmando que a distinção é oriunda do direito processual, em que se evidencia com nitidez, mas manifesta-se também no direito material: “A capacidade é um modo de ser ou qualidade do sujeito em si. A legitimidade supõe uma relação entre o sujeito e o conteúdo do acto e, por isso, é antes uma posição, um modo de ser para com os outros”.

DONALDO ARMELIN¹⁵² concorda que legitimação e capacidade, embora institutos afins, não se confundem; toda pessoa tem capacidade ainda que por meio de representação e assistência, o que difere da legitimação, que é “sua qualidade de requisito indispensável à perfeição do ato”. Afirmando que da legitimação não se ocupou o Código Civil brasileiro, que a mantém implícita em muitos institutos, propõe critérios para estabelecer a distinção entre legitimação e capacidade.

O primeiro critério diz respeito aos efeitos que a ausência de cada requisito provoca na estrutura do ato, permitindo a existência de atos válidos e ineficazes ou inválidos e eficazes, que decorrem respectivamente da conjugação capacidade e legitimação e incapacidade com legitimação. A natureza diversa da legitimação e da capacidade reside na possibilidade de,

¹⁵⁰ CARNELUTTI, Francesco. **Instituições...**, v. 1, p. 518.

¹⁵¹ PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1992, p. 255. Distinguindo legitimidade e capacidade manifesta-se também Emilio Betti (**Teoria general...**, p. 168) – “[...] capacidad es la aptitud intrínseca de la parte para dar vida a negocios jurídicos; legitimación es la aptitud para hacer surgir negocios jurídicos que tengan un determinado objeto, en virtud de una relación en que la parte se encuentra, o se pone, con el objeto del acto. [...]. capacidad y legitimación serían dos formas de la aptitud para realizar actos jurídicos; solo que la capacidad debería ser entendida como idoneidad natural, la legitimación en cambio como idoneidad adquirida. La capacidad, en suma, como aptitud del hombre considerado como individuo, la legitimación como aptitud del hombre considerado en el seno de la sociedad”.

¹⁵² ARMELIN, Donaldo. **Op. cit.**, p. 14.

no mesmo fenômeno, constatar-se a existência de uma e ausência da outra.

Da constatação de que pode existir capacidade, mesmo ausente a legitimidade, emerge novo critério diferenciador, que reside no fato de que a capacidade reporta-se à existência do sujeito de direito, no sentido amplo, sem vincular-se a ato que deva ser praticado, enquanto a legitimidade fica restrita ao objeto do ato. Com efeito, quando a vedação à realização de ato jurídico diz respeito à situação do sujeito em relação ao objeto desse ato, trata-se de legitimação e não capacidade. Não foge à regra a legitimação autorizada para diversos atos, como acontece com o proprietário, que na situação legitimante que decorre da titularidade da propriedade pratica todos os atos inerentes ao domínio, já que essa situação está vinculada sempre a algum objeto determinado.

O terceiro critério diferenciador pode ser encontrado no fato de que a capacidade é atributo jurídico da pessoa em razão de suas qualidades naturais como idade, saúde física ou mental, presença ou ausência, e que não existindo não pode ser implementada por ele próprio, ao passo que a legitimação emerge de circunstâncias jurídicas, como a titularidade de um direito ou a posição dentro de uma relação jurídica no momento da prática do ato, como ser credor, ser proprietário, ser prejudicado pelo ato ilícito.

3.4. Legitimação *ad causam* e legitimação *ad processum*

A legitimidade para a causa não se confunde com a legitimidade para o

processo comumente chamada *legitimatío ad processum*. CELSO NEVES¹⁵³ afirma que “aquela diz respeito ao direito de ação. Esta refere-se ao processo, à relação jurídica processual. É um pressuposto processual, é a capacidade de estar em juízo”. ÁLVARO LUIZ VALERY MIRRA¹⁵⁴, no mesmo sentido, confirma que “a primeira tem relação com o direito de ação, referindo-se a uma determinada demanda, enquanto a segunda é um ‘pressuposto processual’ (a capacidade para estar em juízo) referente a qualquer processo indistintamente”. Para JOÃO BATISTA LOPES¹⁵⁵ existe legitimidade *ad causam* quando o conflito levado ao processo vincula-se às partes litigantes e legitimidade *ad processum*, quando a parte litigante tem qualidade para estar no processo, mesmo não se referindo a ela o direito discutido.

AMÍLCAR DE CASTRO¹⁵⁶ define a *legitimatío ad processum* como “a faculdade de praticar atos processuais válidos, a que sejam atribuídos efeitos jurídicos”, aproximando-se, pois, da capacidade. A pessoa capaz pode agir em juízo, praticando atos válidos no processo; preenche, portanto, a exigência da *legitimatío ad processum*. Mas essa mesma pessoa pode não ter *legitimatío ad causam*, quando não se apresenta como titular do direito ajuizado. Lembra ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS¹⁵⁷ que:

[...] toda pessoa que se acha no exercício de seus direitos tem capacidade para estar em juízo, ou legitimação para o processo, ou

¹⁵³ NEVES, Celso. Legitimação processual e a nova constituição. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, v. 56, p. 54. Nesse sentido também ARRUDA ALVIM, **Manual de direito...**, v. 1, p. 415.

¹⁵⁴ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Um estudo sobre a legitimação para agir no direito processual civil A legitimação ordinária do autor popular. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, v. 618.p. 36.

¹⁵⁵ LOPES, João Batista. **Op. cit.**, p.

¹⁵⁶ CASTRO, Amílcar de. **Comentários ao código de processo civil**, Rio de Janeiro: Forense, 1963, v. X, t. 2, p. 432.

¹⁵⁷ SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Op. cit.**, v. 1, p. 60.

capacidade processual (art. 7º do CPC). O absolutamente incapaz não a tem e deve ser representado, e o relativamente incapaz, tendo-a limitada, deve ser assistido.

Explicando que a “capacidade de estar em juízo é capacidade de atuação processual”, que as pessoas físicas têm quando são plenamente capazes, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO¹⁵⁸ chama a capacidade processual de legitimidade *ad processum* e a define como aptidão para atuar no processo, mas afirma que ela não se confunde com a qualidade para figurar no processo que caracteriza a legitimidade *ad causam*.

Com toda a certeza, legitimação *ad processum* trata-se de denominação imprópria, coincidente com o pressuposto processual que se reporta à pessoa da parte, qual a da capacidade para o exercício de direitos. É a aptidão genérica para a prática do ato no processo, vinculando-se, pois, à sua existência e validade, e então, o reconhecimento de que a pessoa tem legitimidade *ad processum*, significa que ela pode figurar como parte no processo, o que não quer dizer que esteja legitimada para a causa.

TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER¹⁵⁹ distingue com bastante propriedade a capacidade processual da legitimidade *ad processum*:

[...] capacidade processual é a aptidão conferida pela lei processual, que absorveu os critérios da lei civil (art. 7º) e ainda criou outras situações (v.g. art. 12, V, par. 2º) para agir em juízo. Esta aptidão tem caráter genérico. Legitimidade processual é a situação jurídica específica que liga o sujeito, que tem a condição genérica de capacidade processual, a um dado objeto e/ou a outro sujeito determinado. No caso do processo, verifica-se quando a lei outorga

¹⁵⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, v. II, p. 282.

¹⁵⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 35.

a possibilidade de exercer concretamente sua capacidade processual, em relação a determinada situação.

Assim, a legitimação *ad processum* é pressuposto processual que se vincula, precipuamente, ao conhecimento de quem pode exercer o ato processual no plano do processo; já quando a capacidade processual é exercida por alguém em uma situação jurídica específica para a qual se encontra legitimado tem-se a legitimação *ad causam*. Na medida em que alguém afirme ser titular de um direito é ele legitimado para a causa; quando pode estar em juízo para tutelar aquele direito, ele é legitimado processual.

3.5. A legitimação para agir

A legitimação *ad causam* pode ser compreendida ao lado do interesse de agir e da possibilidade jurídica do pedido, como parte do trinômio que compõe a categoria das chamadas condições da ação, espécie de condicionamento imposto pela legislação vigente para que no processo se possa alcançar o exame do mérito.

A legitimação para agir é espécie de legitimação pertinente ao processo, também denominada *legitimatío ad causam petendi* ou *legitimatío ad agendum*, equivalendo à qualidade jurídica que se agrega à parte, habilitando-a a ver resolvida no mérito lide posta em Juízo¹⁶⁰. Para o regular exercício do direito de ação, essa qualidade jurídica permite tão somente a afirmação, sem qualquer vinculação salvo a aparente constatação dessa

¹⁶⁰ Sobre a matéria: Luigi Monacciani (*Op. cit.*, p. 26); Enrico Tullio Liebman *Manuale di diritto...*, p. 122.

afirmação, com o direito material embasador da lide retratada. Estando legitimada, à parte cabe o direito de exigir uma decisão judicial sobre o mérito, sem que o Poder Judiciário possa, validamente, eximir-se dessa imposição que emana do sistema processual. CLITO FORNACIARI JÚNIOR¹⁶¹ ensina que a legitimação para a causa consiste

[...] no deferimento do direito de ação àquele a quem pertine o possível direito material que estará em discussão no processo. Para o pólo ativo, a legitimidade é de quem, em sendo julgada procedente a demanda, recolherá os benefícios da mesma; para o pólo passivo, ela é mensurada em função da resistência oferecida à pretensão do autor, sendo legitimado aquele que se opõe ao exercício de seu direito, e que, em sendo a demanda procedente, sofrerá os efeitos da decisão.

Para os doutrinadores, via de regra, a legitimação da parte pode ser definida como a “pertinência subjetiva da ação”, correspondente à titularidade a ser observada nos pólos ativo e passivo da demanda.

LINO ENRIQUE PALACIO¹⁶² explica nesse sentido a legitimidade para agir e, por sua vez, na doutrina de ARRUDA ALVIM¹⁶³, encontra-se a afirmação de que

¹⁶¹ FORNACIARI JÚNIOR, Clito. **Da reconvenção no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1983, p.103.

¹⁶² PALÁCIO, Lino Enrique. **Manual de derecho procesal civil**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 103 – Sobre a pertinência subjetiva ensina o doutrinador: “[...] es preciso que quienes de hecho intervienen en el proceso como partes (actora o demandada), sean quienes *deban* figurar en ese proceso concreto asumiendo tal calidad. Son éstas las ‘justas partes’ o las ‘partes legítimas’, y la aptitud jurídica que las caracteriza se denomina *legitimación para obrar* o *legitimación procesal*, a la que cabe definir como aquel requisito en cuya virtud debe mediar una coincidencia entre las personas que efectivamente actúan en el proceso y las personas a las cuales la ley habilita especialmente para pretender (*legitimación activa*) y para contradecir (*legitimación pasiva*) respecto de la materia sobre la cual versa el proceso”. E complementa: “La pauta para determinar la existencia de legitimación procesal está dada en principio, por la titularidad, activa o pasiva, de la relación jurídica sustancial controvertida en el proceso. En estos casos la prueba de la legitimación se encuentra absorbida por la prueba de la relación jurídica sustancial”.

¹⁶³ ALVIM, Arruda. Substituição processual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, v. 426, p. 26-27.

[...] a legitimidade para a causa (legitimidade *ad causam*) constitui-se na própria titularidade subjetiva (ativa) do direito de ação, no sentido de dever ser movida a ação por aquele a quem a lei outorgue tal poder, figurando como réu aquele a quem a mesma lei submeta aos efeitos da sentença proferida no processo (legitimação passiva para a causa).

Embora conceito de natureza processual, a legitimação para agir é normalmente definida em função do direito material, pois, em regra, só o titular de um direito pode reclamá-lo em juízo, o que não autoriza confundir a legitimação como condição da ação e a titularidade do direito material, já que inegável a aferição da legitimação para agir da simples alegação pela parte da titularidade do direito material na postulação inicial. Com efeito, a constatação da legitimidade do autor, muitas vezes, resulta tão só de afirmação sua que pode nem ter amparo na realidade dos fatos. Essa não legitimação poderá ser liminarmente apurada quando a afirmação, não obstante compatível com a estrutura da lide posta em juízo, estiver em desacordo com a prova que instrui a inicial, considerada suficiente para a certeza da ilegitimidade. Esclarece ARAKEN DE ASSIS¹⁶⁴

De modo mais preciso e próximo, a legitimidade consiste na coincidência, avaliada *in status assertionis*, entre a posição ocupada pela parte, no processo, com a respectiva situação legitimadora, decorrente de certa previsão legal, relativamente àquela pessoa e perante o respectivo objeto litigioso. É claro que a elaboração desse conceito considera um dado fundamental: a incerteza intrínseca quanto à veracidade dessa alegação e à exatidão desse liame, pois tudo isso constitui o material de trabalho do órgão judiciário, em maior ou menor grau.

Em princípio, para que se possa estabelecer o conceito de legitimação

¹⁶⁴ ASSIS, Araken. Substituição processual. *Revista síntese de direito civil e processual civil*. Porto Alegre: Síntese, v. 26. 2003, p. 9.

ad causam impende indagar sobre quem seja o titular para movimentar a pretensão, buscando-se, portanto, o conceito de parte¹⁶⁵.

Segundo ALFREDO ARAÚJO LOPES DA COSTA¹⁶⁶ parte legítima “é a pessoa do processo idêntica à pessoa que faz parte da relação de direito material e nesta ocupa a posição correspondente à que vem tomar no processo”. Já WALDEMAR MARIZ DE OLIVEIRA JÚNIOR¹⁶⁷ define partes como “as pessoas que pedem ou em face das quais se pede em nome próprio a tutela jurisdicional” e coloca a legitimação como a correspondência entre o sujeito da lide e a parte: o autor deve ser titular do interesse que se contém na pretensão com relação ao réu e em relação a este, deve corresponder a legitimação para contradizer em relação ao autor. Para ATHOS GUSMÃO CARNEIRO¹⁶⁸, parte é simplesmente quem está submetido ao contraditório, figurando no pólo ativo ou passivo da relação jurídica processual e para JAIME GUASP¹⁶⁹ “é quem pretende e frente a quem se pretende, ou mais amplamente, quem reclama e frente a quem se reclama a satisfação de uma pretensão”.

¹⁶⁵ SILVA, Paula Costa e. **A transmissão da coisa ou direito em litígio** – contributo para o estudo da substituição processual. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 45. Informa a autora que o conceito de parte deriva do direito privado, onde designa as pessoas que se situam nos pólos ativo e passivo da relação jurídica material, mas o sentido formal surgiu com estudo de Friedrich Oetker publicado em 1891, que construiu uma noção de parte dissociada do interesse substancial; Adolf Wach, em 1885, já havia demonstrado a autonomia do direito de ação.

¹⁶⁶ COSTA, Alfredo Araújo Lopes da. **Direito processual...**, v. 1, p. 26.

¹⁶⁷ OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. **Substituição processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 28. Informa ainda o autor que isto ensinavam Paula Batista e João Monteiro.

¹⁶⁸ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Intervenção de terceiro**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 3. Para Enrico Tullio Liebman (**Manuale di diritto...**, 1984, p. 76) – “La determinazione del concetto di parte non ha alcun rapporto col problema della legittimazione ad agire: questo problema consiste nell’identificazione delle giuste parte, o legittimi contraddittori, riguardo a un dato oggetto; sono invece parti nel processo coloro che di fatto ne sono i soggetto, e tale loro qualità, con tutte le conseguenze che ne derivano, è indipendente dalla circostanza che siano o non siano, in rapporto all’azione proposta, anche le parti legittime”.

¹⁶⁹ GUASP, Jaime. **Derecho procesal civil**. Madrid: Institutos de Estudios Políticos, 1968, tomo I, p. 170.

A doutrina costuma distinguir parte em sentido material e em sentido formal. No plano material é parte o titular da relação jurídica de direito material e, no plano formal, parte é quem pede (autor) e em face de quem se pede (réu) um provimento. Vale dizer que a legitimação *ad causam* originariamente divide-se em ativa, própria daquele que deduz pretensão em juízo, e passiva, daquele em face de quem aquela pretensão é deduzida. Considera-se autor com legitimidade para a causa quem, pela natureza da questão, pelo menos à primeira vista, parece ter o direito de pedir; e réu com legitimidade para sofrer a ação, aquele que pelo menos em tese deve fazer ou prestar o que lhe é pedido.

A expressão parte em sentido formal foi empregada por FRANCESCO CARNELUTTI¹⁷⁰ com a substituição da expressão formal por processual e foi criticada por JAIME GUASP¹⁷¹, para quem, no processo “não há partes materiais e formais”, mas tão somente “a condição de ser ou não parte processual”.

ARRUDA ALVIM¹⁷² diz que a doutrina alemã não aceita essa distinção por entender que parte é conceito eminentemente processual, mas esta é uma distinção bastante útil para se compreender a já tradicional classificação da legitimação em ordinária e extraordinária, exaustivamente explorada pelos doutrinadores.

¹⁷⁰ CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del Nuevo proceso civil italiano**. Trad. Jaime Guasp. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1942, p.175 – “[...] la parte, *sujeto* de la litis, se convierte también en *sujeto del proceso*, en el sentido de que es una de las personas que hacen el proceso, y junto al concepto *pasivo* se dibuja el concepto *activo*. La palabra parte tiene, por tanto, un doble significado; para evitar confusiones, el sujeto de la litis se llama parte *en sentido material*; el sujeto del proceso se llama parte *en sentido procesal*” .

¹⁷¹ GUASP, Jaime. **Derecho procesal civil**. Madrid: Institutos de Estudios Políticos, 1968, tomo I, p. 170.

3.5.1. Espécies de legitimação

Para uma classificação útil e correta das situações legitimantes ou da legitimação para conduzir o processo, o caminho da divisão da legitimação em ordinária e extraordinária, exaustivamente explorada pela doutrina, combina com o esquema traçado pelo legislador, que a identifica nessas duas espécies básicas: a legitimação ordinária e a extraordinária, válidas para o processo de conhecimento, mas aplicando-se indiferentemente ao processo executivo e ao cautelar.

3.5.2. Legitimação ordinária

A legitimação ordinária apresenta-se quando há coincidência entre a situação legitimante e a situação deduzida em juízo; a regra concreta que a sentença vier a formular incidirá diretamente sobre a esfera jurídica do próprio legitimado.

EDOARDO GARBAGNATI¹⁷³ afirma que a legitimação ordinária é a titularidade de um poder jurídico que se confere a um sujeito processualmente capaz para a concretização do interesse que ele tem no exercício da jurisdição, em face de relação da qual afirme ou negue ser titular. Acompanhando esse entendimento, CELSO AGRÍCOLA BARBI¹⁷⁴

¹⁷² ALVIM, Arruda. **Manual de direito...**, v. I, p. 427.

¹⁷³ GARBAGNATI, Edoardo. **La sostituzione processuale**. Milano: Giuffrè Editore, 1943, p. 171.

¹⁷⁴ BARBI, Celso Agrícola. **Op. cit.**, v. I, p. 109.

comenta ser conveniente a legislação deixar a cada pessoa a iniciativa de pleitear em juízo os seus direitos, pois ninguém melhor do que ele sabe se deve reclamá-lo e o momento de o fazer.

No direito processual brasileiro não se encontra definição de legitimação ordinária. No entanto, ela pode ser extraída do exame do artigo 6º do Código de Processo Civil, que condiciona à previsão legal a defesa de direito alheio em nome próprio. A legitimação ordinária para a causa impõe como consequência, aos legitimados, suportar os efeitos que emanam da sentença, quer lhe sejam favoráveis ou não. Na legitimação ordinária, a coisa julgada atinge a quem foi parte na demanda, conforme a regra do artigo 472 do Código de Processo Civil.

A legitimação ordinária divide-se em originária ou primária e secundária. A primeira ocorre quando a relação jurídica constitui-se com a pessoa que vai a juízo, diz respeito a quem figurou, por exemplo, no processo que originou o título executivo ou participou da constituição do título extrajudicial, nele encontrando-se como credor ou devedor; a segunda, também denominada superveniente ou derivada, concebe-se quando o figurante do processo sucedeu a outra pessoa, por negócio *inter vivos* ou *causa mortis*, que pode suceder previamente à formação do processo ou mesmo no seu curso, tratando de circunstâncias legitimadoras posteriores à criação do título ou independente deste. No caso, a lei confere legitimidade quando o interesse para a execução surge fora do título ou posteriormente à constituição deste.

3.5.3. Legitimação extraordinária

A legislação processual brasileira, que conhece a legitimação normal ou ordinária como regra quase absoluta, vinculando a legitimação ao direito subjetivo, criou regra limitativa da legitimação extraordinária ou anômala no artigo 6º, ao conceder legitimação para agir à pessoa que não seja titular do direito material. É preceito similar ao encontrado no artigo 81 do Código de Processo Civil italiano¹⁷⁵, o qual dispõe que “afora os casos previstos expressamente na lei, ninguém pode pleitear em seu nome direito alheio”.

O dispositivo trata do direito de “perseguir em juízo um direito alheio”, dispondo sobre a viabilidade de em certos casos estender-se a *legitimatío ad causam* a quem não figure, subjetivamente, na lide, entendida esta como expressão processual objetiva e subjetiva do conflito de interesses sobre o qual há de versar a sentença.

A respeito, discorre ELIO FAZZALARI¹⁷⁶ anotando que a legitimação extraordinária é atribuída “a quem pode deduzir em juízo posições substanciais de outros e provocar efeitos jurisdicionais sobre elas, não excluindo do processo o sujeito titular daquela posição e destinatário daqueles efeitos”, podendo ser exercitada ainda que “sem a participação do destinatário”, quando se tem a substituição processual. Sobre o assunto, WALDEMAR MARIZ DE OLIVEIRA JÚNIOR¹⁷⁷ esclarece que:

¹⁷⁵ SALVATORE SATTA. **Direito processual civil**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1973, p. 139.

¹⁷⁶ FAZZALARI, Elio. **Op. cit.**, p.402-403. Sobre legitimação extraordinária, também Aldo Attardi, **Diritto processuale civile**. Padova: CEDAM, 1997, v. 1, p. 296.

¹⁷⁷ OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar de. **Op. cit.**, p. 34.

[...] na pretensão existe um determinado interesse – subordinante – que deverá prevalecer sobre o interesse de outrem – subordinado. Ora, a ação só poderá ser proposta por quem seja o titular do interesse subordinante ou prevalente (titularidade ativa); por outro lado, só poderá ser movida contra ou em face daquele que é titular do interesse subordinado (titularidade passiva). Em síntese, o direito de agir apenas poderá ser exercido pelo titular do interesse subordinante e contra o titular do interesse subordinado.

Essa é a legitimação comum, normal, a que a doutrina unanimemente denomina legitimação ordinária. Mas também conforme lição daquele processualista, ao lado dessa modalidade de legitimação existe uma outra,

[...] denominada de extraordinária e na qual se verifica que ou não é o titular do interesse subordinante quem exerce a ação contra o titular do interesse subordinado ou, então, que a ação é proposta contra quem não é o titular do interesse subordinado. Em outras palavras, legitimada para agir é uma pessoa que se não apresenta como titular do interesse subordinante ou subordinado; e essa legitimação é conferida pela própria lei.

A legitimação extraordinária ocorre quando a lei autoriza alguém a exigir um pronunciamento sobre direito ou estado alheio, inexistindo, portanto, coincidência entre o titular da relação processual e o titular da relação substancial deduzida no processo, situação fundada, em regra, no interesse qualificado do terceiro, capaz de justificá-la.

A legitimação extraordinária ganhou publicidade na obra de EDOARDO GARBAGNATI¹⁷⁸, consistindo em modalidade de legitimação amplamente conhecida em razão dos estudos que procedeu sobre a substituição processual, e denominada na doutrina de CALAMANDREI legitimação anômala e na de GUASP, legitimação indireta.

¹⁷⁸ GARBAGNATI, Edoardo. *Op. cit.*, p. 174

Ao tratar da legitimação extraordinária, EDOARDO GARBAGNATI a define como a possibilidade de um sujeito agir na defesa de direito alheio, não tendo por pressuposto apenas a sua capacidade, mas estando subordinada, ainda, à determinação legal.

Também prevê o ordenamento jurídico argentino a legitimação anômala ou extraordinária, em que há dissociação entre os sujeitos legitimados para agir e os titulares da relação substancial, com a previsão legal da substituição processual (artigo 1196, CC), conforme lição de LINO ENRIQUE PALACIO¹⁷⁹. Por sua vez, DONALDO ARMELIN¹⁸⁰ expressa-se com a afirmação “enseja-se àquele terceiro o exercício do direito de ação versante sobre direito do qual não é, nem mesmo ‘in statu assertionis’, titular”. Desse entendimento não discrepam WALDEMAR MARIZ DE OLIVEIRA JÚNIOR¹⁸¹, ARRUDA ALVIM¹⁸² e EPHRAIN DE CAMPOS JÚNIOR¹⁸³.

Na legitimação extraordinária, a principal consequência resume-se em os efeitos da sentença incidirem sobre a esfera jurídica do titular do direito material que, na maioria dos casos, não participou do processo, além de indiretamente atingir a esfera jurídica do legitimado extraordinário.

¹⁷⁹ PALÁCIO, Lino Enrique. **Op. cit.**, p. 104 – “El ordenamiento jurídico prevé, sin embargo, casos de legitimación anómala o extraordinaria, a las que caracteriza el hecho de que personas ajenas a la relación jurídica sustancial que se controvierte en el proceso resultan habilitadas para intervenir en él. En éstas hipótesis, que se agrupan bajo el nombre de sustitución procesal se opera una verdadera disociación entre los sujetos legitimados para obrar y los sujetos titulares de la respectiva relación sustancial”.

¹⁸⁰ ARMELIN, Donaldo. **Op. cit.**, p. 117.

¹⁸¹ OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar de. **Op. cit.**, p. 88.

¹⁸² ALVIM, Arruda. **Manual de direito...**, v. I, p. 317.

¹⁸³ CAMPOS JÚNIOR, Ephrain de. **Substituição processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 13.

3.5.4. Outras classificações doutrinárias

A legitimação, como toda categoria jurídica, comporta classificações calcadas em diversos critérios, podendo o sistema jurídico ampliar ou restringir, em cada situação específica, o círculo de legitimados.

De acordo com DONALDO ARMELIN¹⁸⁴, pode-se falar em legitimidade singular e legitimidade coletiva, quando o critério determinativo é o número de legitimados para a prática de um mesmo ato; assim, enquanto o direito de cancelamento de servidão restringe-se ao proprietário do prédio serviente, a legitimidade para ajuizar a ação popular é assegurada a qualquer cidadão.

Sob novo ângulo, quando decorrente da titularidade de um direito ou de situações jurídicas assemelhadas, pode a legitimidade ser transferível ou intransferível, conforme possa ou não ser adquirida derivadamente. Embora seja, em regra, transferível, porque as relações jurídicas autorizam a mobilidade nos seus pólos ativo e passivo, quando a situação legitimante não permita a substituição será intransferível. Ocorre, por exemplo, quando há o desaparecimento do legitimado ativo ou passivo, fazendo desaparecer a própria relação legitimante¹⁸⁵.

Fala-se ainda em legitimidade específica ou genérica, quando se atribui legitimidade para agir apenas uma vez ou para praticar diversos atos. Veja-se o procurador legitimado para assinar uma escritura e o diretor de uma

¹⁸⁴ ARMELIN, Donaldo. **Op. cit.**, p. 21.

¹⁸⁵ ARMELIN, Donaldo. **Op. cit.**, p. 22.

empresa que tem poderes para praticar toda e qualquer atividade, desde que não exorbitados os parâmetros legais e estatutários¹⁸⁶.

Coexistem ainda, na doutrina, mais outras duas classes distintas de legitimidade as quais se denominam legitimidade bilateral e legitimidade unilateral: “na primeira, para a eficácia do ato jurídico, mister se faz que ambas as partes estejam igualmente legitimadas, tal como ocorre com a outorga de mandato judicial”, quando se exige para a eficácia do ato, que ambos sejam legitimados (outorgante e outorgado) e na segunda, é considerado eficaz ato de renúncia manifestado por agente capaz, que se aperfeiçoa unilateralmente¹⁸⁷.

Segundo o âmbito da repercussão do ato praticado pelo agente legitimado, pode a legitimidade qualificar-se como direta ou indireta; será direta, quando os efeitos do ato recaem dentro da esfera patrimonial do legitimado, como o do proprietário que aliena bem de sua propriedade; e será indireta, quando repercutem na esfera patrimonial de outrem, como no caso da alienação de bem por mandatário¹⁸⁸.

J. LADARIA CALDENTEY¹⁸⁹, aponta como subcategoria da legitimidade indireta uma espécie denominada extraordinária, fundamentada no princípio da aparência jurídica, que decorre da realização em nome próprio de ato que produz efeitos sobre esfera jurídica alheia, em razão de uma aparente titularidade ou em nome alheio, em razão de uma representação aparente, advertindo que tal espécie de legitimidade indireta exige reconhecimento

¹⁸⁶ ARMELIN, Donaldo. **Op. cit.**, p. 23.

¹⁸⁷ ARMELIN, Donaldo. **Op. cit.**, p. 23-24.

¹⁸⁸ ARMELIN, Donaldo. **Op. cit.**, p. 24.

expresso ou implícito do sistema, “uma vez que inexiste aparência jurídica exclusivamente fática”.

Por fim, DONALDO ARMELIN¹⁹⁰ classifica a legitimidade em exclusiva e complexa; é exclusiva, quando em razão de autorização pelo sistema, a prática do ato por um titular independe da participação do outro, dispensando, para sua corporificação, o concurso dos co-legitimados; é complexa, quando para a perfeição e eficácia do ato exige-se a conjugação das vontades dos co-legitimados.

PIERO CALAMANDREI¹⁹¹, relativamente aos casos nos quais a legitimidade não coincide com a titularidade da relação substancial, classifica-a em legitimação anômala, legitimação por categoria e legitimação pública.

Ocorre a legitimação anômala quando a relação jurídica não vincula apenas dois sujeitos, mas envolve uma pluralidade de sujeitos ativos ou passivos. Nesses casos, pode ocorrer que a lei estabeleça que cada um dos sujeitos ativos e passivos tenha legitimidade para por si só atuar ou contradizer em juízo, quanto a toda relação (obrigações solidárias), ou que a lei disponha que o juiz não possa pronunciar-se sobre a relação se não atuam ou não estão chamadas a contradizer todas as pessoas que, segundo o direito substancial, estão interessadas na relação (litisconsórcio necessário). Na primeira hipótese, se o juiz se convence de que o direito existe, pode aceitar a demanda mesmo que ela tenha sido apresentada por um só dos titulares e na

¹⁸⁹ CALDENTEY, J. Ladaría. *Apud* Donaldo Armelin. **Op. cit.**, p. 25.

¹⁹⁰ ARMELIN, Donaldo. **Op. cit.**, p. 28.

¹⁹¹ CALAMANDREI, Piero. **Direito processual...**, v. I, p. 212-215.

segunda, mesmo existindo o direito, o juiz não pode aceitar a demanda, porque não foi apresentada por todos ou contra todos os titulares.

Há legitimação por categoria nas situações em que se controverte em torno de uma relação de *status* pessoal ou familiar, quando as pessoas as quais a lei reconhece o poder de atuar sejam diferentes daquelas que, conforme o direito material, participam da relação controvertida. Assim acontece, por exemplo, no caso de a legitimação ativa para impugnar por nulidade um casamento, ser concedida pela lei não somente aos esposos, um diante do outro, mas às pessoas pertencentes ao círculo de família, pessoas não participantes da relação matrimonial cuja natureza se discute.

Na legitimação pública, tem-se a atribuição da qualidade de legitimado ao Ministério Público. Enquanto a legitimação *ad causam* ordinária corresponde de maneira exclusiva aos mesmos sujeitos da relação controvertida, a legitimação do Ministério Público garante, mesmo quando os sujeitos da relação substancial permanecem inertes, que órgão do Estado provoque, a respeito daquela mesma relação, o exercício da jurisdição. De acordo com CALAMANDREI, existe nessa transferência da legitimação do particular, titular do direito subjetivo a um órgão público, um indício de atenuação do direito subjetivo e um predomínio mais decisivo do interesse público, na observância do direito objetivo.

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA¹⁹², por sua vez, apresenta talvez uma das mais completas classificações doutrinárias para a legitimação extraordinária, dividindo-a em autônoma, subordinada, eventual e residual.

¹⁹² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação

A legitimação autônoma existe quando a lei confere ao legitimado extraordinário a possibilidade de atuar em juízo com total independência em relação à pessoa que seria o legitimado ordinário, podendo agir até contra a vontade expressa do substituído. Tem-se como regularmente instaurado o contraditório, com a só presença do legitimado extraordinário no processo. Subdivide-se em legitimação autônoma exclusiva e legitimação autônoma concorrente.

Sobre a legitimação extraordinária exclusiva e concorrente, assim discorre VICENTE GRECO FILHO¹⁹³:

É exclusiva quando a lei, atribuindo legitimidade a um terceiro, elimina a do sujeito da relação jurídica que seria o legitimado ordinário; é concorrente quando a lei admite a ação proposta pelo terceiro e também pelo legitimado ordinário alternativamente ou ainda por mais de um legitimado, ordinário ou extraordinário.

Assim, a legitimação autônoma exclusiva existe quando a lei reserva, com exclusividade, ao legitimado extraordinário para atuar em juízo em determinada situação jurídica de que não é o titular, a posição processual que pertenceria ordinariamente ao titular da situação litigiosa. Ele atua no processo com total independência e não se considera instaurado o contraditório sem a sua presença, ainda que o legitimado ordinário ocupe a posição de direito, dada sua qualificação. Apropriado afirmar que a legitimação extraordinária exclui a legitimação ordinária, sendo esta insuficiente para a instauração de regular contraditório.

extraordinária. RT 404, p. 10.

DONALDO ARMELIN¹⁹⁴ observa que na hipótese há inversão de papéis, cedendo o legitimado ordinário a titularidade do direito de ação ao legitimado extraordinário, sobrando-lhe uma ‘legitimidade ordinária mutilada’, que não lhe permite propor ação, mas apenas atuar como assistente. Aqui está caracterizada a substituição processual, pois só neste caso a lei substitui o legitimado ordinário pelo extraordinário.

Encontra-se exemplo dessa espécie de legitimação extraordinária no artigo 42 do Código de Processo Civil vigente, que contempla a hipótese de alienação ou cessão de coisa litigiosa e, em não havendo anuência da parte contrária para a sucessão *inter vivos*, continua o processo entre as partes originárias. O contraditório subsiste regularmente entre as partes primitivas, sem que ocorra a sucessão, por ter perdido o transmitente a legitimação ordinária, quando sua situação subjetiva deixou de coincidir com a situação deduzida em juízo. Assim, o alienante, ou cedente, continua no processo defendendo em nome próprio interesse do adquirente, ou cessionário, novo titular do direito material impedido de ingressar na relação processual como sucessor em face da objeção do adversário do alienante, ou cedente.

Trata-se de dispositivo similar ao do Código de Processo Civil alemão, § 265, que dispõe: “A alienação ou cessão não tem influência no processo. O sucessor no direito não está autorizado, sem o consentimento do adversário, a assumir o processo como parte principal em lugar do substituído ou a promover uma intervenção principal. Se o sucessor jurídico se apresenta como interveniente adesivo, não se lhe aplicará o § 69”; assim, não tem a

¹⁹³ GRECO FILHO, Vicente. **Op. cit.**, v. 1, p. 80.

¹⁹⁴ ARMELIN, Donaldo. **Op. cit.**, p. 130.

alteração subjetiva qualquer influência no processo, o que quer dizer que, havendo alienação da coisa litigiosa durante a litispendência, esta não exclui o alienante do processo¹⁹⁵. A coisa passa a pertencer ao adquirente, mas o alienante continua no processo como substituto processual.

O assunto foi estudado pelo professor alemão KARL AUGUST BETTERMANN em obra denominada “*Litispendência e forma de defesa*” com o objetivo de apurar se na alienação de bem litigioso o tema da sucessão se resolveria apenas no plano do direito material ou se refletiria no plano processual. Há na doutrina alemã duas teorias: da relevância e da irrelevância. A primeira considera que a venda realizada é processualmente relevante para o processo, exigindo a sucessão, e o alienante, no plano processual, deve ser substituído pelo adquirente; a segunda teoria, ao contrário, tendo em vista a consolidação subjetiva propiciada pela citação, não reconhece eficácia à venda, no plano processual, exigindo a permanência do alienante como parte.

Contornando os inconvenientes de uma e outra teoria, ADOLF WACH¹⁹⁶ formulou teoria sincrética, conhecida por “teoria da relevância mitigada”, afastando a proibição da transmissão de bem litigioso, sem retirar a legitimidade do transmitente para continuar no processo. Tanto para a

¹⁹⁵ Andréa Proto Pisani (**La trascrizione delle domande giudiziale**. Napoli: Editrice Dott Eugenio Jovene, 1968, p. 28), interpretando o § 265 afirma que na doutrina alemã, quando se fala em alienação da coisa litigiosa e em cessão da pretensão deduzida deve-se entender “alienação de um direito substancial”, revelando a preocupação em separar a pretensão processual do direito substancial (*Prozessuale Anspruch – Streitgegenstand*). Mesmo depois da *Zivilprozessordnung* de 30/01/1877, apesar de se considerar eficaz a transmissão do bem litigioso, no plano material, entende-se que na relação processual a consolidação subjetiva não pode alterar-se, em função da litispendência que fixa não só a extensão objetiva da lide, mas os elementos subjetivos da *res iudicio deducta*.

¹⁹⁶ SILVA, Paula Costa e. **Op. cit.**, 48. Informa a doutrinadora que o Código de Processo Civil português adota também a teoria da relevância mitigada.

legislação alemã, como para a brasileira, a parte originária, embora no plano do direito material tenha efetuado a transmissão do bem, continuará na relação processual com todos os poderes e deveres que resultam dessa legitimidade, sem que o adquirente ou cessionário possa nela ingressar. Possibilita-se a atuação do alienante como substituto processual do adquirente, a quem se permite tão somente adentrar o processo na qualidade de assistente.

Também há essa mesma legitimação extraordinária no caso do marido, que atua em juízo na defesa dos bens dotais da mulher, na forma permitida pelo revogado Código Civil de 1916, em seu artigo 289, III. Bens dotais eram os pertencentes à mulher e que, na vigência da sociedade conjugal, o marido administrava, percebia seus frutos e usava das ações judiciais cabíveis para defendê-los em juízo. Embora entenda a doutrina tenha desaparecido essa orientação com a vigência da Constituição Federal de 1988, que no artigo 226, parágrafo 5º, prevê que o exercício dos direitos e deveres da sociedade conjugal pode ser exercido igualmente pelo marido e pela mulher, bem como por não ter o Código Civil de 2002 acolhido o regime dotal de bens no casamento, acredita-se que enquanto existirem bens dotais, provenientes de anteriores regimes, a legitimação marital ainda persista (art. 2039 c/c art. 2043, CC).

Ainda é caso de legitimação autônoma exclusiva a atuação do agente fiduciário dos debenturistas, que a teor do disposto no artigo 68, parágrafo 3º da Lei nº 6404/76, pode ir a juízo com exclusão expressa em lei da participação do titular do direito.

Na legitimação extraordinária autônoma exclusiva exclui-se a participação como parte do titular do direito o qual, no máximo, pode intervir como terceiro, na qualidade de assistente, como disposto no artigo 42, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil¹⁹⁷. Cabe registrar, a propósito, opinião de THEREZA ALVIM¹⁹⁸ no sentido de que esta espécie de legitimidade extraordinária só permite interpretação que se harmonize com a Constituição vigente, se permitir a participação do titular do direito no processo, já que proibi-la, por que motivo for, contraria o artigo 5º, inciso XXXVI, que assegura acesso à Justiça para defesa de direito próprio.

ALEXANDRE FREITAS CÂMARA¹⁹⁹ entende que a proibição que se faça ao titular do interesse de ir a juízo pleitear sua tutela é inconstitucional, levando à conclusão de que no caso de legitimidade extraordinária exclusiva em que exista um legitimado ordinário, impedi-lo de ingressar no feito significa ferir a garantia constitucional da inafastabilidade do acesso ao Judiciário.

A legitimação autônoma concorrente existe quando a lei autoriza tanto o legitimado extraordinário quanto o ordinário a demandar, isoladamente, ou em conjunto, não se cancelando a legitimação ordinária do titular da situação jurídica litigiosa que concorre com ela e, para a regularidade do contraditório, é indiferente que no processo figure apenas o legitimado extraordinário, ou o

¹⁹⁷ ROCCO, Ugo, **Tratatto di diritto processuale civile**. Torino: Editrice Torinese, 1966, v. I, p. 351 – “Può, in terzo luogo, avvenire che in quest’ultimo caso le norme processuale, pur avendo tolto la legittimazione ad agire al titolare del rapporto giurídico sostanziale, concedano ad esso una legittimazione meno piena, cioè la semplice legittimazione ad intervenire. In tal caso avremo un sogetto legittimato ad agire che non é il sogetto titolare del diritto sostanziale, ed un sogetto legittimato ad intervenire, che è il sogetto del diritto sostanziale”.

¹⁹⁸ ALVIM, Thereza. **O direito processual de estar em juízo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 93.

¹⁹⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Op. cit.**, p. 119.

ordinário, ou os dois conjuntamente. Como o direito pertence a várias pessoas, a lei não exige a reunião de todas para reclamá-lo e permite que qualquer uma delas inicie a demanda.

A legitimação autônoma concorrente comporta subdivisões, podendo ser apontadas a concorrente primária e a concorrente subsidiária.

Na legitimação autônoma concorrente primária, pode cada legitimado ordinário ou extraordinário agir por si só. Um não precisa esperar pela iniciativa do outro; pode o legitimado extraordinário agir autonomamente e propor ação, independentemente do legitimado ordinário, cuja presença não precisa ser excluída, mesmo tendo havido iniciativa do legitimado extraordinário. Há concorrência entre a legitimidade ordinária e a extraordinária, sem que se desconfigure esta enquanto existe a possibilidade de ficar fora algum legitimado ordinário.

Ilustra a hipótese os artigos 1549, 1550, inciso VI, e 1560, inciso II, do Código Civil, os quais conferem legitimação para requerer ação de declaração de nulidade de casamento contraído perante autoridade incompetente, no prazo de dois anos, a qualquer dos cônjuges, a outros interessados ou ao Ministério Público, sem que haja ordem de preferência entre eles.

Também como exemplo desta legitimação pode-se apontar a ação de reivindicação de bem comum, proposta individualmente por um dos condôminos, para reavê-lo na totalidade, conforme permitido no artigo 1314, *caput*, do Código Civil. Se a reivindicação for conjunta, tem-se o

litisconsórcio facultativo, mas se o condômino ingressa sozinho com a ação, será legitimado ordinário para defender a sua fração ideal e legitimado extraordinário para defender as frações ideais dos demais condôminos. A legitimação extraordinária deixa de existir quando ocorre o ingresso dos condôminos ausentes, porém, enquanto falte um deles, os demais estarão agindo em nome próprio por direito próprio quanto à sua parte e pelo direito de outrem, em razão da indivisibilidade e da necessidade de os efeitos refletirem como um todo quanto ao bem condominial.

Na solidariedade ativa e passiva há legitimidade extraordinária quando um dos credores exige do devedor o cumprimento da obrigação, por inteiro, ou inversamente, quando um dos devedores age na defesa do direito comum, atuando pelos que não agiram, como facultado pelos artigos 898 e 904 do Código Civil, ou ainda, na ação de investigação de paternidade, em que o titular do interesse ao reconhecimento é legitimado ordinário e o Ministério Público é legitimado extraordinário concorrente.

Na legitimação autônoma concorrente subsidiária, o legitimado extraordinário só pode atuar em caso de omissão do legitimado ordinário. A lei estabelece uma ordem para a atuação e o respectivo prazo para que cada um possa exercer a sua preferência e, enquanto não esgotado o prazo da lei, que o legitimado ordinário tem para agir, não pode o legitimado extraordinário fazê-lo. O legitimado extraordinário supre a inércia do legitimado ordinário.

Como exemplo, pode-se apontar a possibilidade de o Ministério Público requerer a interdição do incapaz, conforme permitido pelo artigo

1768, III, do Código Civil, se não existir ou não promover a interdição alguma das pessoas designadas ou se existindo, forem menores e incapazes (artigo 1769, II e III) e a possibilidade de ele executar a sentença condenatória emitida em ação popular movida pelo cidadão que, após sua vitória, permanece inerte (artigo 16 da Lei nº 4717/65). Também a ação revocatória, que qualquer credor pode propor se o comissário não o fizer (artigo 55 do Decreto-lei nº 7661/45), e a ação de responsabilidade civil proposta contra o administrador pelo prejuízo causado ao patrimônio da sociedade por ações, que compete à própria sociedade, mas se esta não propuser no prazo de três meses, qualquer acionista pode fazê-lo (artigo 159 parágrafo 3º da Lei nº 6404/76), ou ainda, a ação anulatória de assembléia que tiver sido irregularmente convocada ou esteja eivada de defeito previsto em lei (artigo 286 da Lei nº 6404/76).

Desta subdivisão da legitimação extraordinária concorrente em primária e subsidiária ocupa-se VICENTE GRECO FILHO²⁰⁰ em explanação que resume a distinção: a legitimação será originária quando atribuída desde logo e desde sempre ao terceiro e subsidiária, a qual também denomina derivada, ulterior ou condicionada, quando a legitimação surge apenas a partir da inércia do legitimado ordinário.

Quanto ao ingresso do legitimado ordinário em processo cuja parte originária seja um legitimado extraordinário, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA²⁰¹ ensina que será “na qualidade de assistente, nos casos de legitimação extraordinária autônoma exclusiva; e na qualidade de

²⁰⁰ GRECO FILHO, Vicente. **Op. cit.**, v. 1, p. 80.

²⁰¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. **RT 404**, p. 17.

litisconsorte, nos casos de legitimação extraordinária autônoma concorrente”.

A legitimação extraordinária subordinada não habilita o respectivo titular nem a demandar, nem a ser demandado quanto à situação litigiosa, mas unicamente a deduzi-la ativa ou passivamente, junto com o legitimado ordinário, em processo já instaurado por este ou em face deste e no qual se limita a intervir. A presença do legitimado ordinário é obrigatória, cabendo ao legitimado extraordinário atuar junto àquele, podendo este, salvo regra jurídica excepcional, manter-se alheio ao processo ou intervir. Esta espécie de legitimação relaciona-se com a figura da assistência, disciplinada nos artigos 50 a 55 do Código de Processo Civil, em que o assistente alia-se a uma das partes contra a outra em defesa de um direito que é do assistido e não seu.

A legitimação extraordinária eventual ocorre no caso de o legitimado extraordinário ser chamado a juízo pelo legitimado ordinário a fim de substituí-lo, ingressando no processo supervenientemente; o legitimado extraordinário não pode por si só intervir para compor a demanda, é necessário que ele seja chamado pelo legitimado ordinário.

É o caso da denunciação da lide regulamentada nos artigos 70 a 76 do Código de Processo Civil, em que o denunciado alia-se ao denunciante, em defesa do direito deste e não dele próprio. Trata-se de uma das espécies de intervenção de terceiro no processo e caracteriza-se como legitimação eventual, porque depende do comportamento ativo do legitimado ordinário. Assim, o adquirente que pretenda promover a responsabilidade do alienante pela evicção, chama-o para o processo e, comparecendo, o alienante assume a

posição de parte principal, enquanto ao adquirente se reconhece a possibilidade de permanecer em juízo.

A legitimação extraordinária residual decorre do fato de ao legitimado extraordinário se permitir substituir o ordinário; substituição não obrigatória, já que se admite como regular a relação jurídica entre as partes primitivas.

ÁLVARO LUIZ VALERY MIRRA²⁰² entende deva-se acrescentar na categoria da legitimação extraordinária autônoma uma terceira espécie de legitimação que denomina mista. Ela ocorre quando a lei permite que apenas uma, de diversas pessoas titulares de um direito, possa exercer o direito de ação; todas são legitimadas, mas uma propõe a ação. Na hipótese, afirma que se uma só delas pleiteia o referido direito, “será legitimada ordinária na parte em que defende um direito próprio e, ao mesmo tempo, legitimada extraordinária na parte em que atua em nome de outras titulares do mesmo direito – daí a legitimação mista”. São exemplos aqueles ilustrativos da legitimação extraordinária concorrente, como a hipótese do artigo 1314, *caput* (condômino) e do artigo 898 (credor solidário), ambos do Código Civil.

A doutrina coloca esta hipótese de legitimação como autônoma concorrente, mas discorda aquele doutrinador desse posicionamento justificando que não há na legitimação mista ‘concorrência’ de legitimações, “mas atribuição a um sujeito legitimado ordinariamente de legitimação extraordinária, condicionada essa à não participação dos demais co-legitimados ordinariamente”.

²⁰² MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Um estudo sobre a legitimação para agir no direito processual civil – A

Assim, na legitimação concorrente tem-se um legitimado ordinário e um legitimado extraordinário, sendo que qualquer deles pode propor a ação; mas o legitimado extraordinário não é titular do direito material e se for ele a tomar a iniciativa, guardará sempre a posição de legitimado extraordinário.

Já na legitimação mista, a titularidade pertence a todos em razão do vínculo jurídico (condomínio, solidariedade), e o sujeito que intentar a ação será ao mesmo tempo legitimado ordinário e extraordinário; se qualquer co-legitimado ingressar na ação, desaparecerá a legitimação extraordinária daquele que a propusera individualmente. LOPES DA COSTA²⁰³ também chamou essa espécie de legitimação de mista, porque nela se reuniria a legitimação normal, na parte em que o direito reclamado pertencesse ao autor, e legitimação anômala, na parte em que o direito reclamado pertencesse aos demais legitimados.

Sobre a legitimação extraordinária mista, EDSON FERREIRA DA SILVA²⁰⁴ escreve: é “variante da legitimação autônoma concorrente, vez que a legitimação extraordinária de um não exclui a ordinária dos demais sujeitos da lide”. À expressão legitimação extraordinária mista prefere referir-se como “um misto de legitimação ordinária e extraordinária, de que se investe um mesmo sujeito processual”.

Curiosas situações peculiares podem ser apontadas quando a legitimação extraordinária aparece como critério determinativo da posição

legitimação ordinária do autor popular. **RT 618**, p. 38-39.

²⁰³ COSTA, Lopes da. **Direito processual...**, p. 93-96.

²⁰⁴ SILVA, Edson Ferreira da. Da legitimação extraordinária, inclusive na Constituição de 1988. **Revista**

passiva ou ativa do legitimado: assim, o Ministério Público é legitimado extraordinário no sentido ativo, mas não o é no sentido passivo; por ele, mas não contra ele, podem ser propostas ações relativas à situação jurídica de outra pessoa. De outra feita, a legitimidade extraordinária do marido em relação aos bens dotais da mulher é tanto para agir, como para contestar.

DONALDO ARMELIN²⁰⁵, a partir de critérios diferentes, propõe ainda outra classificação da legitimação extraordinária, agrupando-a: a) nos casos em que é outorgada em função da predominância do interesse público sobre o particular, máxime no que tange aos direitos indisponíveis: ocorre quando se permite ao Ministério público postular em juízo relativamente a direito que não lhe concerne; b) nos casos em que é atribuída em decorrência de comunhão de direitos ou conexão de interesses, coexistindo legitimidade ordinária e extraordinária: ocorre na legitimação concorrente que só emergirá se algum dos legitimados ordinários não figurar na ação; c) nos casos em que, em decorrência de vinculação, em função do direito questionado, atribui-se tal legitimidade tanto ao legitimado ordinário como ao extraordinário: é a substituição processual que possibilita o surgimento da legitimação extraordinária derivada ou secundária; d) nos casos em que se outorga a legitimidade a um terceiro, em razão de situação jurídica por este ocupada, que lhe impõe, direta ou indiretamente, deveres de guarda e conservação de direitos alheios: caso específico da defesa de bens dotais pelo marido.

3.5.5. Legitimação concorrente e litispendência

de Processo, 1991, v. 64, p. 84.

²⁰⁵ ARMELIN, Donaldo. *Op. cit.* p. 122.

A legitimação extraordinária concorrente faz emergir, em razão de se admitir a propositura da ação por qualquer dos titulares, o problema da litispendência.

A litispendência tem duas acepções: a de lide pendente, quando se considera existente a ação (art. 263, CPC) e a de demandas idênticas em curso (art. 301, parágrafos 1º e 3º, CPC). Nesta hipótese, é o fenômeno processual definido no artigo 301 do Código de Processo Civil, em seu parágrafo 3º, quando diz que “há litispendência quando se repete ação que está em curso”. No parágrafo 2º do mesmo artigo declara que “uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido”. Portanto, quando se reproduz ação anteriormente proposta e que ainda está em curso, quando há veiculação da pretensão em ação correlatamente à outra já em andamento, verifica-se a litispendência.

A exigência de não se admitirem duas lides idênticas em tramitação existiu no direito romano e é contemplada expressamente nos ordenamentos jurídicos atuais. Um dos efeitos da litispendência é a estabilização subjetiva da demanda e no Código Civil português tem contemplação específica no art. 268º, *verbis*: “Princípio da estabilidade da instância. Citado o réu, a instância deve manter-se a mesma quanto às pessoas, ao pedido e à causa de pedir, salvas as possibilidades de modificação consignadas em lei”, adotando, pois, a teoria das três identidades para caracterizar a litispendência e definindo-a como existente a partir do momento em que ocorre a citação (*citatione omissa, vel non rite facta, nullus iudicii processus*).

Já para os autores alemães, não tem exata correspondência com o que se lê na legislação brasileira (artigo 301, parágrafo 1º), que é conceito que se amolda à alegação de litispendência, por pressupor a co-existência de ações²⁰⁶. Comenta ARRUDA ALVIM²⁰⁷ que a doutrina alemã foi a que melhor tratou do tema da litispendência, designada por *Rechtshängigkeit*, e o aspecto mais importante na conceituação do instituto se resume naquele que diz respeito “à subordinação da integralidade dos efeitos (processuais e substanciais) à própria litispendência (ao estado de litispendência)”. Esses efeitos são produzidos “com a notificação da demanda ao réu e perduram enquanto durar a relação jurídica processual”.

Leo Rosenberg²⁰⁸, por sua vez, adverte que a litispendência deve ser distinguida da mera pendência de um procedimento, usualmente designada como *Anhängigkeit*, reservando-se o termo litispendência para a pendência judicial de processo, por meio do qual se objetiva a sentença com autoridade da coisa julgada.

O fenômeno de duas causas pendentes aparece na generalidade das legislações e por se tratar de discussão sobre aspecto processual deve anteceder à discussão relacionada com o mérito, entendendo os diplomas legais que no processo iniciado em segundo lugar deverá ser alegada a litispendência. Lembra ARRUDA ALVIM²⁰⁹ que originariamente a litispendência era autêntica exceção, mas revisões legislativas e construções

²⁰⁶ TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, v. I, p. 199.

²⁰⁷ ALVIM, Arruda. **Direito processual civil: teoria geral do processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, v. 2, p.

²⁰⁸ ROSENBERG, Leo. **Op. cit.**, p. 119 – “[...] la pendencia de una pretensión ante el tribunal, y significa la existencia material de un procedimiento de sentencia sobre una pretensión procesal”.

²⁰⁹ ALVIM, Arruda. **Direito processual civil...**, v. I, p. 247.

jurisprudenciais encarregaram-se de atribuir-lhe natureza de questão de ordem pública, objeto de atividade *ex officio* do juiz, conforme assinala MARCO TULLIO ZANZUCCHI²¹⁰. Para UGO ROCCO²¹¹ a litispendência pode ser declarada de ofício inclusive estando as causas litispendentes em graus jurisdicionais diversos.

A litispendência argüida e constatada oportuniza a extinção do segundo processo e de tantos quantos forem iniciados após o primeiro e a razão para essa extinção está no princípio constitucional que assegura o devido processo legal, pois ao obrigar a observância de regras procedimentais e prestigiar a ampla defesa, assegura o impedimento da repetição de processos idênticos. Tal repetição importa violação das regras do processo que garantem o devido processo legal.

Em razão dos valores que tem por fim preservar e dos princípios e fundamentos de que decorre, a litispendência caracteriza-se como matéria de ordem pública, que deve ser reconhecida a qualquer tempo, mesmo *ex officio*. O principal objetivo do instituto é o de evitar decisões inúteis, que se repetem, ou decisões contraditórias, que possam tornar-se reciprocamente ineficazes. Nesse sentido, ARRUDA ALVIM²¹² entende que a litispendência deva ser detectada “a fim de que a atividade jurisdicional só seja prestada uma vez em relação à mesma pretensão” e objetivando a não existência de decisões contraditórias e desperdício da atividade estatal.

Para coibir a pendência de ações iguais é indispensável a identificação

²¹⁰ ZANZUCCHI, Marco Tullio. **Op. cit.**, p. 299 – “[...] non è un’eccezione vera e propria in senso stretto”.

²¹¹ ROCCO, Ugo. **Trattato di diritto...**, v. II, p. 77.

da lide, ou do objeto litigioso, que se traduzem como mérito da causa. Para isso, criou-se a teoria dos elementos identificadores da ação, através da qual se permite aferir a identidade das ações através da análise de três de seus elementos: as partes, a causa de pedir e o pedido. Uma ação é idêntica à outra se apresentar as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. As partes identificam-se quando se apresentam com a mesma qualidade jurídica; o objeto é integrado quando há o mesmo tipo de ação, resultante da pretensão processual; e a causa de pedir é idêntica quando apontados nos autos os mesmos fatos e fundamentos jurídicos.

Afirmar identidade de partes requer atento exame, pois existem processos em que as partes são totalmente idênticas e processos em que as partes são parcialmente idênticas; assim, uma parte que esteja movendo ação como autora única, não pode figurar como autora, repetindo a mesma ação, em litisconsórcio com outros autores, o que quer dizer, que para fins de litispendência, a mesma parte não pode estar em dois processos que tenham a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. E lembram NELSON NERY JÚNIOR e ROSA NERY²¹³ que a identidade de partes verifica-se mesmo que uma das partes esteja, em uma das ações, representada por substituto processual.

Cumprido, então, indagar: em face da previsão legislativa da legitimação concorrente induz litispendência a simultaneidade de ações propostas pelos legalmente legitimados? E nas ações coletivas, há litispendência entre ações propostas por titulares de direitos individuais e ações coletivas para defesa dos mesmos direitos?

²¹² ALVIM, Arruda. **Manual de direito...**, v. I, p. 451.

Como a litispendência implica na tríplice identidade de partes, causa de pedir e pedido, necessário analisar os demais elementos para melhor posicionamento. A causa de pedir consiste na exposição do fato e dos fundamentos jurídicos do pedido. Espera-se estejam os fatos previstos na lei como aptos a gerar direitos, já que se não tiverem relevância jurídica não justificarão o pedido. A doutrina considera causa de pedir remota os fatos que geram os direitos e chama causa de pedir próxima a existência da repercussão jurídica, que em razão da teoria da substanciação adotada pelo Código de Processo Civil vigente, caracterizam-se como requisitos da petição inicial. Quanto ao pedido, é a pretensão da parte, o próprio mérito da ação, limitando-se pela forma legal eleita para o ingresso em juízo. Assim, estando em jogo o mesmo pedido e causa de pedir e havendo coincidência entre os titulares dos interesses não seria possível ajuizar nova ação coletiva.

Mas a doutrina²¹⁴ entende não se cogitar da possibilidade de litispendência quando se trata da defesa de direitos difusos e coletivos, não só por força da redação legal (art. 104, CDC), como também por sua própria natureza. Em se lidando com direitos indivisíveis, que pertencem a toda coletividade ou a um grupo determinado, o autor não tem a ação individual e apenas os legitimados coletivos exercem o direito de ação. Não se pode aqui confundir a ação individual e a ação coletiva derivadas do mesmo fato, uma vez que se trata de ações diferentes, como é o caso da água poluída que mata a lavoura: podem coexistir ação coletiva que tem por objeto direito difuso (meio ambiente) e ação individual (prejuízo específico suportado pelo agricultor). Também não ocorre litispendência se um ente legalmente

²¹³ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa. **Código de processo** ..., p.671.

²¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 735.

legitimado entra com a ação já proposta por outro ente legalmente legitimado, uma vez que não se caracterizam como idênticas estas ações, que têm o mesmo pedido e a mesma causa de pedir. São partes diversas e não havendo a tríplice identidade, não existe litispendência.

Nessas hipóteses, entende-se deva ser aplicado o disposto no artigo 2º, parágrafo único da Lei da Ação Civil Pública que prevê: “a propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto”. Trata-se de conexão e não de litispendência. A legitimidade concorrente possibilita, pois, a propositura de ações conexas que implicam em prevenção do juízo e reunião dos processos para julgamento em “*simultaneus processus*” e não em extinção de um deles sem resolução do mérito.

O mesmo ocorre com os direitos coletivos, quando o mesmo fato pode ensejar pretensão individual e simultaneamente pretensão coletiva, mas os efeitos desse fato atingem o indivíduo e a coletividade a que ele pertence de forma diferente, condicionando diferentes pedidos de reparação.

Quanto à ação coletiva de defesa de interesses individuais homogêneos, admitir-se a existência de ação individual fundamentada na mesma causa de pedir e com idêntico pedido, configura litispendência. Para essas ações prevê-se a legitimação concorrente vez que buscam tutela para direitos nitidamente individuais, mas que por terem a mesma origem, autorizam o seu exame em bloco. Decorre essa interpretação da lógica jurídica, mas também da redação do artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor, que afasta a litispendência quando se trata de direitos difusos e

coletivos.

A hipótese de ações que se repetem sob a forma individual e coletiva, no caso de interesses individuais homogêneos, quando um indivíduo integrante de determinado grupo identificado propõe ação individual com causa de pedir e pedido idêntico ao da ação coletiva já existente, proposta em nome do mesmo grupo, deve levar ao reconhecimento da existência de litispendência.

Assim, por exemplo, se o sindicato ingressa com ação judicial por toda a categoria e o trabalhador filiado ao sindicato promove ação com o mesmo pleito, as ações são idênticas, porque o sindicato age como substituto processual na ação coletiva, configurando-se, pois, a litispendência. Como solução propõe-se a exclusão da ação coletiva do trabalhador que ingressou individualmente, em primeiro porque não podem coexistir ações iguais, e em segundo porque a vontade individual manifesta deve prevalecer sobre a vontade presumida. Se o próprio sindicato não promove a exclusão, compete ao réu o fazer. A extinção da coletiva quanto ao trabalhador que ingressou individualmente justifica-se porque a legitimação ordinária deve prevalecer sobre a extraordinária, pouco importando o momento em que a ação individual tenha sido proposta e desde que antes de sentenciado o feito coletivo, porque se depois, ter-se-á configurada a coisa julgada. Da mesma forma, a sentença no processo individual coberta pela coisa julgada não pode ser ignorada ainda que haja sentença diversa no processo coletivo, mais favorável.

A existência da litispendência no caso de ações individuais leva à

extinção de um dos processos, mas no que tange às ações coletivas, como há liberdade para a propositura pelos legitimados, de forma concorrente, a decisão de uma não interfere na da outra, sendo facultado ao autor da ação individual requerer a suspensão de sua ação para aguardar o desfecho da ação coletiva, quando poderá dele beneficiar-se se for de procedência, mas não se vendo impedido no caso de improcedência, de prosseguir com sua ação buscando resultado favorável.

3.6. A substituição processual

3.6.1. Legitimação extraordinária e substituição

Uma das hipóteses de legitimação extraordinária ocorre nos casos de substituição processual. Dela trata o artigo 6º do Código de Processo Civil ao asseverar que “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”²¹⁵.

Ocorre a substituição processual quando alguém em nome próprio postula em juízo, como autor ou réu, direito alheio²¹⁶, ou seja, nas hipóteses em que não coincidem os sujeitos da relação processual e os da relação

²¹⁵ A substituição processual também decorre do teor do artigo 81 do CPC italiano, in verbis: “Fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo in nome proprio um diritto altrui”.

²¹⁶ EDOARDO GARBAGNATI. *Op. cit.*, p. 212 – Para o autor, o substituto processual defende “nel próprio interesse, um diritto altrui”). Pertinente a lição de Ugo Rocco (*Trattato di diritto ...*, v. I, p. 347) – “La legittimazione attiva o passiva, di soggetti non titolari di rapporti giuridici oggetto dell’azione, si è tentato di spiegare da alcuni, mediante il concetto della sostituzione processuale, istituto analogo a quello del diritto privato, in cui alcuno è ammesso ad esercitare in nome proprio diritti altrui. Secondo tale ordine di idee, tutti i casi in cui si verificherebbe la non coincidenza tra il titolare del diritto di azione e di contraddizione e il titolare, attivo o passivo, del rapporto giuridico sostanziale, rientrerebbero sotto il concetto della sostituzione processuale”.

material. Como lembra FERNANDO LUSO SOARES²¹⁷, eventualmente a lei outorga legitimidade a quem não integra os pólos subjetivos da ação, motivo pelo qual a regra da coincidência “funciona a título subsidiário”. ARRUDA ALVIM²¹⁸ lembra que se a regra é que a legitimação seja ordinária, cabendo ao titular do direito material o direito de discutir sua pretensão, na “substituição processual, diversamente, fraciona-se tal titularidade, cabendo o direito material a alguém e o direito de ação a outrem”, como se infere do trecho a seguir:

[...] consiste, precisamente, na circunstância de que o que é parte no processo, não o é e nem se afirma – por definição – como titular do direito material. Há, pois, uma autêntica dissociação, na titularidade do direito. Materialmente é um o titular, ou seja, no campo do direito privado, no campo do processo, é outro o titular do direito processual.

Em face da excepcionalidade, a substituição processual só pode existir quando resulta de previsão legal específica e atrelada aos casos nela especificados²¹⁹. Funda-se no interesse do substituto em subordinar o substituído à coisa julgada de uma sentença que não pediu, e só por razões excepcionais a ele pode ser oposta. O substituído não é parte e, mesmo não tendo estado no processo, sofre os efeitos da sentença, que faz coisa julgada tanto para o substituto como para o substituído.

Muitos processualistas, arraigados na lição de CHIOVENDA, consideram

²¹⁷ SOARES, Fernando Luso. **Processo civil de declaração**. Coimbra: Almedina, 1985, p.76.

²¹⁸ ALVIM, Arruda. Substituição processual. **RT 426**, p. 24.

²¹⁹ STJ, 3ª T., REsp. 102.039-MG, rel. Min. Waldemar Zweiter, j. 21.11.1997, DJU 300.398 – “A jurisprudência do STJ acolhe o entendimento no sentido que não pode o Ministério Público, a título de substituição processual, acionar a tutela jurisdicional para defender direito, representando menor que esteja sob pátrio poder”.

STJ, 4ª T., REsp. 120.118-PR, rel. Min. Barros Monteiro, j. 17.09.1998, DJU 01.03.1999 – “Tratando-se de menor que se encontra sob a guarda e responsabilidade da genitora, falta legitimidade ao Ministério Público para ajuizar ação de alimentos como substituto processual”.

substituição processual e legitimação extraordinária como expressões sinônimas.

Com propriedade, adverte VICENTE GRECO FILHO²²⁰ que apesar de da origem do conceito de legitimação extraordinária advir o termo substituição processual, “as expressões não são sinônimas. Legitimação extraordinária é conceito mais amplo, de que substituição processual é espécie”, sendo possível concluir que substituição processual é o fenômeno da legitimação extraordinária transformada com o tempo e a evolução dos estudos num instituto autônomo.

Nesse sentido, o escólio de EPHRAIN DE CAMPOS JÚNIOR²²¹ que ensina ser a substituição processual espécie do gênero legitimação extraordinária, afirmando que “embora a substituição processual seja caso de legitimação extraordinária, não ocorre em todas as hipóteses desta, ou seja, pode configurar-se a legitimação extraordinária sem ocorrer a substituição processual”. Em outras palavras, não é toda vez que se defende direito alheio em nome próprio que ocorre a substituição processual. Esta, por exemplo, é ontologicamente incompatível com o litisconsórcio. Só pode ocorrer substituição processual se o titular do direito material estiver ausente do processo; estando presente, por ter sido citado, ou por ter comparecido espontaneamente, seria absurdo chamá-lo substituído já que na relação jurídica processual está presente como parte principal, isto é, como autor ou como réu. Por tal motivo, no caso da legitimação autônoma concorrente ou mista fica afastada a substituição processual por poder instalar-se a qualquer

²²⁰ GRECO FILHO, Vicente. **Op. cit.**, v. 1, p. 80. Também Arruda Alvim. **Tratado de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, v. 1 e Enrico Redenti. **Diritto processuale civile**. Milão: Giuffrè, 1957, v. 1.

tempo o litisconsórcio e, principalmente, porque mesmo atuando na ausência do co-legitimado, não deixa a parte de o fazer por direito que também é seu.

Conforme esclarece ARRUDA ALVIM²²², na substituição processual o substituto é parte relativamente ao direito do substituído, que é o titular da relação material, mas não é parte, porque não age e nem é chamado a contradizer no processo. Já na legitimação concorrente ou mista, não há substituição processual porque o legitimado ordinário, titular do direito material, pode assumir a posição de parte no processo. Reforça, então, EPHRAIN DE CAMPOS JÚNIOR²²³ que ocorre substituição processual quando “alguém, devidamente autorizado por lei, pleiteia, como autor ou réu, em nome próprio, direito (pretensão) alheio, estando o titular deste direito ausente da ação, como parte”. Para ambos, entre aqueles que podem ser litisconsortes é ontologicamente inviável falar-se em substituição processual.

No sentido de que a substituição processual só acontece quando o legitimado extraordinário atue, sem que o ordinário atue com ele, porque a lei retira do substituído a possibilidade de atuar como parte na defesa de seu próprio direito, são taxativos ALEXANDRE FREITAS CÂMARA²²⁴ e ÁLVARO LUIZ VALERY MIRRA²²⁵ que concluem não se tratar todo o caso de legitimação extraordinária, de substituição processual, embora todo caso de substituição processual seja legitimação extraordinária.

²²¹ CAMPOS JÚNIOR, Ephrain de. **Op. cit.**, p. 18-24.

²²² ALVIM, Arruda. **Manual de direito...**, v. I, p. 427 e 444.

²²³ CAMPOS JÚNIOR, Ephrain. **Op. cit.**, p. 31.

²²⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Op. cit.**, p. 43.

²²⁵ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Um estudo sobre a legitimação para agir no direito processual civil – A

3.6.2 Perfil histórico – denominação do instituto

Os antigos doutrinadores do processo, presos umbilicalmente à teoria privatística, defendiam a idéia de que as partes do processo são sempre as mesmas da relação de direito material. Essa lição emerge de texto extraído de obra de WALDEMAR MARIZ DE OLIVEIRA JÚNIOR²²⁶, *verbis*:

[...] o *credor* de algum direito há de adotar o nome e a posição de *autor*, na relação processual. Mais exemplificativamente, o credor de um direito ameaçado ou violado comparece perante o órgão da jurisdição pedindo-lhe seja ele amparado e reconhecido. Por sua vez, o devedor, isto é, aquele contra quem se pede o reconhecimento do direito ameaçado ou violado, assume, no processo, o papel de *réu*. Em resumo, o *autor* no processo é sempre o credor da relação de direito material, e o *réu* o devedor dessa mesma relação.

Mas à doutrina processual alemã, insatisfeita com o conceito tradicional de parte, coube a iniciativa de reformulá-lo. ADOLF WACH foi quem primeiro se ocupou do problema, por volta de 1885, com estudo no qual distinguiu o conceito de parte, que analisa sob o ponto de vista material, diverso do processual. Para ele, existia um conceito material, segundo o qual parte seria o sujeito ativo ou passivo da relação material e um conceito formal, em que uma pluralidade ou universalidade de pessoas podia figurar como autor ou réu. A doutrina de WACH proporcionou possibilidade de reflexão, já que inquestionável não existir sempre coincidência entre os sujeitos da relação de direito processual e a de direito substancial.

legitimação ordinária do autor popular. **RT 618**, p. 39.
²²⁶ OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar de. **Op. cit.**, p. 23.

WALDEMAR MARIZ DE OLIVEIRA JÚNIOR²²⁷, que define a substituição processual como o “instituto pelo qual é conferida a alguém legitimação para, em nome próprio, agir em juízo, como autor ou réu, na defesa de direito alheio”, noticia que foi JOSEF KÖHLER quem levantou pela primeira vez a existência do fenômeno da substituição processual, estudando-o no campo do direito material em trabalho escrito em 1886, sobre o usufruto com poderes de disposição (*Die Dispositionesbrauch*), o qual denominou *Prozesstandschaft* (sinônimo de estado processual, situação processual) e para designar a não sobreposição entre parte material e formal. Para ele, tratava-se de relação substancial existente entre o substituto e o substituído, em razão da qual competia ao substituto o poder de conduzir o processo relativamente ao direito do substituído, em nome próprio, vindo os efeitos substanciais do processo a atingir o substituído mesmo não tendo participado do processo²²⁸.

Foi o conceito transportado para o âmbito do direito processual por HELLWIG e a doutrina alemã chegou à figura do *Prozessführungsrecht des Richberchtigten*, o direito de conduzir o processo por quem não seja o titular da relação nele deduzida.

Idealizado na Alemanha, foi acolhido e introduzido no direito italiano por CHIOVENDA²²⁹, considerado o construtor do instituto para a doutrina

²²⁷ OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar de. **Op. cit.**, p. 87-89. Também em Arruda Alvim (**Código de processo...**, v. I, p. 42); José Frederico Marques (**Instituições de direito...**, v. II, p. 224) e Leo Rosenberg (**Tratado de derecho...**, v. I, p. 257).

²²⁸ Virgilio Andrioli (**Comento al codice di procedura civile**. Napoli: Editrice Dott Eugenio Jovene, 1943, v. I, p. 293) em comento ao artigo pertinente afirma que a transmissibilidade do bem litigioso, por ato entre vivos ou *causa mortis* era hipótese de interrupção do procedimento.

²²⁹ Chiovenda situou a substituição processual na teoria da parte, em oposição à representação, definindo-a como um “stare in iudicio in nome próprio (e cioè como parte) per um diritto altrui”. (**Istituzioni di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, 1935, v. II, p. 229).

latina, que o batizou com o *nomen iuris* mencionado, *sostituzione processuale*, o qual é aceito pela doutrina de modo quase unânime. Caracterizava-se pela dissociação na titularidade do direito e como consequência preponderante, no enfoque processual, extraía-se a constatação de que a sentença proferida no processo produzia efeitos em relação a quem não fora parte, alguém que processualmente falando, fora estranho ao processo.

FERNANDO DELLA ROCCA²³⁰ explica a natureza jurídica da substituição processual, caracterizando-a pelo interesse próprio que o substituto vem satisfazer, ao exercitar em juízo o direito do substituído. O substituto é autorizado por lei a comparecer em juízo por um direito que não é seu e isso acontece em razão de uma relação, a que chama interesse, estabelecida com o sujeito desse direito e que não se confunde com o interesse que se apresenta como condição da ação posta em juízo. Na substituição processual, a lide envolve a afirmação de um interesse subjetivado no substituído a que se vincula o interesse do substituto, tido pela lei como suficiente para abrir exceção ao princípio de que a legitimação pertence ao titular para defesa de interesse próprio²³¹.

Também FRANCESCO CARNELUTTI²³² dá grande relevo ao interesse do

²³⁰ ROCCA, Fernando della. **Istituzioni di diritto processuale civile**, p.5-6, *apud* Waldemar Mariz de Oliveira Júnior (**Substituição...**, p. 99). Assinala também tratar-se de interesse próprio Enrico Tullio Liebman (**Manuale di diritto...**, v. I, p. 125) – “[...] può qualificarsi come interesse legittimo che la legge riconosce appunto col permettergli di agire per la tutela di un diritto altrui. Anche il sostituto processuale agisce dunque per un interesse legittimo proprio”.

²³¹ Emilio Betti (**Diritto processuale civile italiano**, Roma, 2ª ed., 1936, p. 163) fala em legitimação de caráter derivado ou secundário: “[...] il potere di sostituzione processuale configura una legittimazione ad agire o a contraddire di carattere *derivativo* o *secondario*, la quale ha per presupposto una virtuale *legittimatio ad causam* primária (che rimane però allo stato quiescente) del sogetto del rapporto litigioso e, dal lato dell’attore, dà luogo ad un potere di azione proprio e autonomo”.

²³² CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones...**, p. 223 – “Existe sustitución cuando la actividad procesal

substituto processual, afirmando que sua atuação decorre da existência de um interesse pessoal específico, sendo esse interesse que o impele a provocar a tutela do interesse do substituído e residindo aí a razão pela qual, excepcionalmente, a lei lhe confere legitimação. Fixa, assim, a fundamentação da substituição no interesse do substituto, que há de ser conexo com o do substituído, falando em interdependência de interesses. Essa necessária existência de nexos explica a exceção ao princípio da pertinência subjetiva, mas a viabilidade da ação do substituto depende de atribuição excepcional e expressa em lei, sem a qual apenas o titular do direito pode pleitear a tutela jurisdicional.

Cabe lembrar que o doutrinador italiano propõe duas espécies de substituição processual a que denomina absoluta ou relativa, conforme a tutela do interesse esgote ou não a do interesse do substituído, o que quer dizer, o processo provocado pelo substituto possa ou não se realizar sem a participação do substituído.

MARCO TULLIO ZANZUCCHI²³³ discorda da posição supra, de que agir em nome próprio significa agir no próprio interesse, haja vista que tal concepção afastaria casos típicos de substituição processual, como o do Ministério Público, que funciona como parte sem agir em função do próprio interesse.

de una persona distinta de la parte se debe, no a la voluntad de ésta, sino al estímulo de un interés conexado con el interés en litigio”. Nesse sentido a lição de Giuseppe Chiovenda (**Istituzioni di diritto...**, v. II, p. 230) – “In quanto però il sostituto processuale è autorizzato dalla legge a stare, in giudizio per diritto altrui, ciò avviene in vista di un rapporto in cui egli si trova col suo soggetto. Questo rapporto in cui egli si trova come titolare costituisce l’interesse come condizione della sostituzione processuale; che si presenta dunque come cosa ben distinta dall’interesse come condizione dell’azione fatta valere”.

A existência da substituição processual é negada por alguns poucos doutrinadores, entre eles SALVATORE SATTA²³⁴ que afirma ser o tema parte menor do fenômeno de interdependência de relações jurídicas, a que os sistemas teriam dado solução acientífica, não a reconhecendo como um instituto processual próprio e autônomo; e UGO ROCCO²³⁵ o qual entende tratar-se de fenômeno metajurídico, que os sistemas também não disciplinaram satisfatoriamente.

Criticamente nega-lhes razão ARRUDA ALVIM²³⁶, afirmando que os doutrinadores que negam o fenômeno não negam porque observam a anomalia ou a exceção em que a substituição processual se constitui face aos casos comuns de legitimação ordinária; negam, apenas, a construção legal e sua validade, em vez de construírem uma teoria explicativa do caso excepcional.

3.6.3. A substituição no direito brasileiro

O tema da substituição processual tem sido enfrentado no Brasil por inúmeros doutrinadores em obras específicas e artigos esparsos publicados em periódicos jurídicos, mas a conceituação corrente, segundo ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA²³⁷, foi dada por PEDRO BATISTA MARTINS que ensinava ocorrer o fenômeno ‘nas hipóteses em que não coincidem os

²³³ ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Op. cit.*, v. 1, p. 50-61.

²³⁴ SATTA, Salvatore. *Op. cit.*, p. 56.

²³⁵ ROCCO, Ugo. *Op. cit.*, p. 343.

²³⁶ ALVIM, Arruda. Substituição processual. *RT* 426, p. 32.

²³⁷ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro.

sujeitos da relação processual e os da relação substancial, isto é, naqueles casos em que alguém comparece em juízo para exercer em nome próprio um direito alheio’.

Em sua quase totalidade, os doutrinadores admitem que embora a substituição processual seja espécie de legitimação extraordinária, ela só ocorre quando em um processo o legitimado extraordinário atue em nome próprio, na defesa de interesse alheio, sem que o legitimado ordinário atue com ele, o que quer dizer, que só ocorrerá substituição processual quando alguém estiver em juízo em nome próprio, no lugar do substituído, legitimado ordinário. Assim a concebeu Elio Fazzalari:

O fenômeno em discurso – pelo qual a legitimação extraordinária pode ser exercitada em lugar da ordinária (do destinatário dos efeitos do provimento), sem a participação do destinatário no processo – constitui justamente, a verdadeira e própria ‘substituição processual’. Nesse caso é que o legitimado em via ordinária (‘substituto’) pode realmente fazer, ao longo de todo o processo, as vezes do destinatário dos efeitos do provimento (substituído). A este último é, entretanto, consentido participar do processo como interveniente adesivo.

Comungam esse entendimento ÁLVARO LUIZ VALERY MIRRA²³⁸ para quem só o caso de legitimação extraordinária autônoma exclusiva é substituição processual, “pois somente nela alguém atua em nome próprio na defesa de direito alheio, excluindo a participação do titular do direito material e, portanto, substituindo-o” e EPHRAIN DE CAMPOS JÚNIOR²³⁹, que além de lembrar que a substituição processual, por ser excepcional e extraordinária,

Revista dos Tribunais, 1972, v. 438, p. 24.

²³⁸ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Um estudo sobre a legitimação para agir no direito processual civil. **RT** **618**, p.40.

²³⁹ CAMPOS JÚNIOR, Ephrain de. **Op. cit.**, p. 20/46.

só pode ocorrer quando devidamente autorizada por lei, enumera ainda os requisitos para que se possa caracterizá-la como a atuação do legitimado extraordinário como parte principal, isto é, como autor ou como réu (excluído, portanto, o assistente) e a ausência do titular do direito material na posição de parte principal do processo (pode figurar como assistente). Como lembra EPHRAIN DE CAMPOS JÚNIOR mesmo que o substituído ingresse, não se desnatura a substituição, porque o adquirente atuará como assistente do substituto.

Em sentido contrário, posicionam-se ARAKEN DE ASSIS²⁴⁰ que entende não integrar o conceito de substituição processual a ausência do legitimado ordinário; e ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA²⁴¹; que entende haver substituição processual na legitimação extraordinária autônoma concorrente, pois “a lei admite que no processo figure apenas o legitimado extraordinário, apenas o legitimado ordinário, ou ambos”.

CELSONE NEVES²⁴², advertindo no sentido de que a substituição é legitimidade extraordinária e, portanto, estrita, precisando fundar-se em interesse qualificado do terceiro, capaz de justificá-la, lembra que a atuação do substituto é sempre positiva, no sentido de realizar o direito do substituído, sendo inviável a substituição processual negativa, em que o substituto pretendesse acolhimento de pedido contrário ao do substituído, ou a rejeição de pedido deste. O interesse que autoriza a substituição há de ser

²⁴⁰ ASSIS, Araken de. Substituição processual. **Revista síntese de direito civil e processual civil**, v. 26, p. 52. Este doutrinador classifica a substituição processual, à semelhança do litisconsórcio, em ativa, passiva ou recíproca; quanto ao momento em que a substituição ocorre classifica em inicial e superveniente; e quanto à natureza, em exclusiva e concorrente.

²⁴¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro. **RT** **438**, p. 26.

²⁴² NEVES, Celso. Legitimação processual e a nova constituição. **Revista de Processo**, v. 56, p. 50/53.

coincidente com o do substituído e possível sua realização mediante ação que a ele caiba.

Quanto à denominação do instituto, PONTES DE MIRANDA²⁴³ rotulou-a de imprópria e alega que a doutrina, ao falar em substituído, mantém a concepção privatística do processo, já que “exatamente substituição é o que não se dá, na figura sob exame”; acompanha-o WALDEMAR MARIZ DE OLIVEIRA JÚNIOR²⁴⁴, sugerindo seja dado ao fenômeno denominação de “equiparação” ou “equivalência processual”, pois quem defende em juízo direito alheio em nome próprio é equiparado à parte. ARRUDA ALVIM²⁴⁵ concorda com o nome, mesmo não o considerando satisfatório.

Discorrendo sobre a substituição processual, afirma CELSO NEVES²⁴⁶ que “fruto da separação entre o material e o processual”, a possibilidade estar no processo quem não é o titular do interesse para o qual se pleiteia tutela, “tem origem na sucessão *inter vivos*, a que pode submeter-se a lide deduzida em juízo”. Com efeito, ambos os institutos relacionam-se com o princípio da *legitimatío perpetuacionis*.

A título de ilustração, menciona-se que LUIGI MONACCANI²⁴⁷ aponta em sua doutrina dois tipos de substituição processual: o primeiro, seria aquele em que da existência do direito subjetivo material do substituído depende a existência de um direito do substituto; e o segundo aquele em que da inexistência de um direito do substituído depende a existência de obrigação

²⁴³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1976, v. II, p. 241.

²⁴⁴ OLIVEIRA Júnior, Waldemar de. **Op. cit.**, p. 89.

²⁴⁵ ALVIM, Arruda. Substituição processual. **RT 426**, p. 24.

²⁴⁶ NEVES, Celso. Legitimação processual e a nova constituição. **Revista de Processo**, v. 56, p. 51.

do substituto. Como exemplo do primeiro, cita o caso do marido, que defende os bens dotais da esposa (artigo 289, III, CC/1916), a respeito do qual já se encontra comentário no presente trabalho e como exemplo do segundo, o do vendedor denunciado à lide (artigos 95 e 97, CPC/1939).

No direito brasileiro, encontram-se várias outras situações em que se reconhece a substituição processual como nas hipóteses do gestor de negócios que postula em nome próprio na defesa dos interesses do gerido (artigos 861/875 do CC); do capitão de navio que não sendo o proprietário requer o arresto de mercadorias para segurança do pagamento do frete (artigo 527 do CCom); do marido que atua na defesa de bens dotais da esposa, lembrando que o regime dotal não está contemplado no Código Civil vigente, mas os que se casaram sob tal regime continuam nele (artigo 2039 do CC); entre outras.

Cumprе lembrar, aqui, que o Código de Processo Civil de 1939 contemplava com a denominação de chamamento à autoria a hipótese de denunciação à lide atualmente disciplinada no artigo 70, I do Código de Processo Civil vigente. Então, caracterizava-se o ingresso do denunciado no processo como substituição processual, pois vindo o denunciado a juízo, assumia o lugar do denunciante²⁴⁷, com o objetivo de eximir-se de ressarcir a evicção.

O Código de Processo Civil vigente, no capítulo que disciplina a substituição das partes e dos procuradores, contempla em seus dispositivos a

²⁴⁷ MONACCIANI, Luigi. **Op. cit.**, p. 399.

²⁴⁸ CPC/1939, artigo 97, *in verbis*: “Vindo a juízo o denunciado, receberá o processo no estado em que este se achar, e a causa com ele prosseguirá, sendo defeso ao autor litigar com o denunciante”.

substituição processual e a sucessão processual. Merece crítica a utilização imprecisa da terminologia. Sob o título substituição das partes, o legislador tratou da substituição processual no artigo 42 e a autorizou expressamente, na medida em que proibiu a alteração das partes em razão de transação *inter vivos* quanto ao objeto litigioso, sujeitando o afastamento do legitimado originário à anuência da parte contrária. A restrição legal não objetiva assegurar à parte originária a intangibilidade de sua qualidade de parte, mas tem por fim a proteção de um litigante em relação ao outro, de forma a permitir que a alienação ou cessão realizada por um dos litigantes prejudique a parte contrária. Contemplou, após, a hipótese de sucessão processual *causa mortis*, ao permitir no artigo 43, ingresso na relação processual ao espólio e herdeiros, porém utilizando para essa situação o termo “substituição”.

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR²⁴⁹ afirma que “o processo é fonte autônoma de bens”, então, “o direito substancial pode ser transferido sem afetar o direito processual, assim como a ação pode ser transferida, independentemente do direito substancial”, conforme haja substituição de parte ou substituição processual. Com efeito, uma vez operada a alienação ou cessão do direito ou da coisa litigiosa, a legitimação do alienante ou do cedente transmuda-se em extraordinária ou anômala, pois passa a pleitear em nome próprio direito alheio.

Costuma-se indagar se na hipótese de substituição das partes de que trata o artigo 42 do Código de Processo Civil exige-se além o consentimento da parte contrária a concordância da parte substituída. O estatuto processual não fixa regras de procedimento para que se possa aferir se a substituição

²⁴⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito...**, v. I, p. 77-78.

necessita ou não do consentimento do substituído, limitando-se a determinar que o juiz ouça a parte contrária e em havendo concordância para o ingresso do novo legitimado ocorre a sucessão, e em face da discordância, a substituição processual. Como o parágrafo 1º do artigo 42 condicionou expressamente ao consentimento da parte contrária, recorrendo-se à interpretação especificadora (*in claris cessat interpretatio*), o entendimento que deve prevalecer é o de não ser necessário o consentimento do alienante ou cedente.

Talvez o questionamento tenha origem no uso da expressão “voluntária” pelo legislador, que alguns intérpretes pretendem tratar-se de necessidade de concordância entre alienante ou cedente e adquirente ou cessionário. Entendem ARRUDA ALVIM²⁵⁰ e WALDEMAR MARIZ DE OLIVEIRA²⁵¹ ser impossível por convenção das partes instituir-se a substituição processual. A melhor interpretação, portanto, é a de que “voluntária” representa a conjugação da vontade do adquirente ou cessionário de ingressar no processo com a vontade da parte contrária à substituída de permitir tal substituição.

3.6.4. A substituição processual e a coisa julgada

Há certa unanimidade na doutrina quanto ao fato de que a coisa julgada atinge diretamente o substituído, que é o sujeito da lide, não obstante a

²⁵⁰ ALVIM, Arruda. Impossibilidade de substituição processual voluntária face ao código de processo civil. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, v. 5, p. 216.

²⁵¹ OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. **Op. cit.**, p. 135.

literalidade do artigo 472 do Código de Processo Civil, segundo o qual a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros.

Como o substituto é parte e não simples representante do substituído, este se qualifica como terceiro em relação ao processo integrado apenas pelo substituto, o que gera descompasso entre a letra da lei e o caso concreto, fazendo surgir divergentes opiniões. No entanto, parte da doutrina entende que o julgado, tendo por objeto o direito do substituído, reveste-se da autoridade da coisa julgada em relação a ele, substituído, e em relação ao substituto. Impende indagar, porém, quais os fundamentos para esse entendimento.

Para se ter um panorama das dificuldades que o tema suscita, transcrevem-se opiniões doutrinárias compiladas por WALDEMAR MARIZ DE OLIVEIRA JÚNIOR²⁵². Para LIEBMAN, a coisa julgada forma-se também em relação ao substituído, pois não é ele verdadeiro terceiro; para ANDRIOLI, a coisa julgada forma-se exclusivamente *nei confronti* do substituído e o substituto é sujeito de uma preclusão como titular de um interesse legítimo, estreitamente ligado à relação jurídica litigiosa; para CARNELUTTI, que distingue uma substituição absoluta e outra relativa, a coisa julgada entre o substituto e terceiro sempre se forma, ao passo que entre o substituído e o terceiro só se forma no caso da substituição absoluta; para JOSÉ FREDERICO MARQUES, a decisão proferida produz o efeito da imutabilidade da coisa julgada para o substituído, já que a sentença provocada dirige-se diretamente a ele, mas tem também eficácia imutável para o substituto processual; e

²⁵² OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. **Op. cit.**, p. 167-170.

conclui o próprio WALDEMAR MARIZ DE OLIVEIRA JÚNIOR que “a *res judicata* se forma no processo do substituto e diretamente atinge o substituído; a eficácia da sentença, porém, faz-se sentir, também, sobre o substituto, com o mesmo caráter de imutabilidade”. Isto quer dizer que a coisa julgada incide sobre o substituído e sobre o substituto”.

PAULA COSTA E SILVA²⁵³ opina que a vinculação do substituto aos efeitos da sentença deve ocorrer na medida compatível com sua qualidade de parte, vale dizer, que os efeitos processuais, v. g., a responsabilidade pelas custas cabe ao substituto; em relação ao substituto há eficácia processual e em relação ao substituído há eficácia material. Com efeito, o parágrafo 3º do artigo 42 do Código de Processo Civil diz que “a sentença estende seus efeitos ao adquirente ou ao cessionário”, portanto, fica o substituído adstrito à eficácia material da sentença e na medida em que não lhe foi permitido ingresso na relação processual em curso, não se submete aos efeitos processuais.

Sem dúvida, o principal efeito da substituição processual reside na extensão da eficácia da coisa julgada ao substituído. Quanto a ele, não resta dúvida de que a coisa julgada o alcance, muito embora não seja parte²⁵⁴. Trata-se de exceção ao princípio dos limites subjetivos da coisa julgada, que rege o artigo 472 do Código de Processo Civil, e que decorre da atribuição de legitimidade extraordinária para agir a quem não seja titular do direito em litígio. EPHRAIN DE CAMPOS JÚNIOR²⁵⁵ diz que não se trata verdadeiramente

²⁵³ SILVA, Paula Costa e. **Op. cit.**, p. 48.

²⁵⁴ Para Luigi Paolo Comoglio (**Lezioni sul processo civile**, Bologna: Il Molino, 1998, p. 288) o emprego da expressão “parte” equivale a “pessoas destinatárias dos efeitos da sentença”.

²⁵⁵ CAMPOS JÚNIOR, Ephrain de. **Op. cit.**, p. 78.

de exceção, pois “a identidade subjetiva não é dada pela mera identidade física de pessoas, mas sim, pela qualidade com que as pessoas atuam no processo”.

Quanto ao substituto, há divergências doutrinárias, e para se adotar posição razoável, cumpre lembrar que no processo o substituto é parte. Legitima-se, portanto, para contestar e opor as exceções processuais (incompetência, impedimento e suspeição) e as exceções substanciais (pagamento, novação, compensação) garantidas ao substituído, bem como recorrer das decisões desfavoráveis.

Cabe-lhe ainda o direito de reconvir, mas tão somente com base no direito do substituído, tendo em vista a expressa proibição do artigo 315, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Como não é titular do direito litigioso, sua atuação orienta-se por algumas restrições: não pode praticar atos de disposição em relação ao direito controvertido, tais como confessar, renunciar, transigir, desistir da ação ou reconhecer a sua procedência sem o expreso consentimento do substituído. Em razão de sua qualidade de parte, também responde pelo ônus da sucumbência perante o vencedor e suportará a responsabilidade por dolo processual se incidir nas condutas descritas no artigo 17 ou descumprir os deveres estabelecidos no artigo 14, ambos do Código de Processo Civil. Assim, o substituto tem situação processual que não difere daquela em que se situaria o substituído em posição idêntica.

Por tal razão, compartilha-se opinião de ARRUDA ALVIM²⁵⁶ que entende que também a coisa julgada atinge o substituto processual. Parece claro não

²⁵⁶ ALVIM, Arruda. **Código de processo...**, v. II, p. 253.

ser possível renovar a discussão em torno do que já foi decidido, operando-se em relação ao substituto uma preclusão consumativa; além do mais, mesmo aqueles que insistem em que o substituto não se sujeita à coisa julgada²⁵⁷, admitem que ele é atingido pela eficácia da sentença, não negando a impossibilidade da lide em nova ação.

3.6.5 Distinção entre substituição, representação e sucessão

Ao estudar a legitimação processual, imprescindível sejam tecidas considerações sobre outros institutos e conceitos encartados no processo dos quais se distingue. A legitimação processual extraordinária, ou mesmo a substituição processual, não pode confundir-se com as figuras da representação ou da sucessão processual.

Pode haver transmissão de legitimidade no processo. Para tanto, basta que a lide reporte-se a direito transmissível. É a chamada sucessão processual em que ocorre a substituição das partes por terceira pessoa que assume o lugar de um dos litigantes originários, tornando-se parte na relação jurídica processual.

O Código de Processo Civil consagrou o princípio da *perpetuatio legitimationis*²⁵⁸, estatuinto que a legitimidade mantém-se inalterável no

²⁵⁷ CINTRA, José Carlos de Araújo. Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro. **RT 438**, p. 33.

²⁵⁸ Giuseppe Chiovenda (**Instituições...**, v. I, p. 449) fala em *perpetuatio jurisdictiones*, de que decorre a

processo quaisquer que sejam as modificações ou ajustes de direito material ocorridos.

Formada a relação jurídica processual pela citação válida (artigo 219, CPC), em respeito ao princípio da estabilidade não se permite a alteração das partes (autor e réu) ou dos intervenientes durante o curso do processo, salvo nos casos expressamente previstos em lei como o da sucessão *causa mortis* (artigo 41, CPC) e o da alienação do direito material litigioso, se houver concordância da parte contrária com a sucessão *inter vivos* (artigo 42, CPC). Estabelece, assim, duas exceções quanto à imutabilidade subjetiva da demanda, prescrevendo regras para a sua alteração: a primeira indeclinável, quando ocorre o falecimento da parte; e a outra dependendo da anuência da parte contrária quando se transfere a outrem o bem litigioso.

Quando a parte vem a falecer ocorre sucessão processual, sendo ela sucedida pelo espólio e herdeiros. O desaparecimento da parte traz outra para o processo para que haja o seu prosseguimento. Fala-se, então, em substituição sucessiva. Leciona VICENTE GRECO FILHO²⁵⁹ que ocorrendo a morte de qualquer das partes, dar-se-á a substituição pelos seus herdeiros após a regular suspensão do processo e habilitação dos sucessores, conforme dispõe o artigo 265 do Código de Processo Civil.

O art. 41, muito embora se refira à substituição voluntária, trata na

perpetuatio legitimationis, uma vez que ambas fundamentam-se no princípio *per citationem perpetuatur jurisdictio e ubi acceptum est semel iudicium, ibi et finem accipere debet*; explica que o princípio da *perpetuatio legitimationis* que tem fonte no direito romano, desenvolveu-se no direito canônico em razão do caráter contratual ou quase-contratual da *litis contestatio*. Com efeito, a litispendência proíbe a *mutatio libelli* e a *renunciatio instantiae*, não se fixando a litispendência apenas na extensão objetiva da lide (pedido), mas também na estabilização subjetiva.

²⁵⁹ GRECO FILHO, Vicente. **Op. cit.**, v. 1, p. 119.

verdade de sucessão quando dispõe: “Só é permitido, no curso do processo, a substituição voluntária das partes nos casos expressos em lei”. Mencionado dispositivo permite a alteração quando ocorrerem fatos como a morte de uma das partes, a fusão de empresas, etc. Na sucessão a parte que inicia o processo desaparece e deixa seu lugar para um novo titular havendo troca de lugar no processo e na titularidade do direito, pois o sucessor age em nome próprio na defesa de interesse próprio.

ENRICO REDENTI²⁶⁰ explica que o regime da sucessão e da transferência é determinado em relação ao nexos, indissolúvel, que subsiste entre a violação do direito material, de que se origina o interesse subjetivo primário e a ação que emerge; com a alienação do direito controvertido, a ação também é alienada e transferida ao adquirente, por ato inter vivos, no curso do processo.

No que tange à sucessão das partes no processo, DONALDO ARMELIN²⁶¹ lembra casos excepcionais em que a sucessão pode acontecer em hipóteses outras que a de falecimento ou alienação de bem litigioso:

É o que ocorre, v. g., quando o legitimado extraordinariamente em caráter autônomo e exclusivo, como sucede com o marido que litiga referentemente aos bens dotais da mulher, perde a qualidade de cônjuge, por anulação do casamento, e, conseqüentemente, perde a legitimidade extraordinária. Nesse caso seria profundamente injusto fosse o processo extinto sem que o titular do direito, ou seja, a mulher, que, pela anulação do casamento, recuperou a legitimidade plena sobre os bens, não pudesse suceder o seu substituto processual. O mesmo ocorreria se o alienante do objeto do litígio, que permanece no processo como substituto processual do adquirente, em face de recusa da parte contrária à sua

²⁶⁰ REDENTI, Enrico. **Op. cit.**, p. 207.

²⁶¹ ARMELIN, Donaldo. **Op. cit.**, p. 158.

sucessão, viesse a falecer sem deixar herdeiros.

Com relação à representação processual²⁶², ela ocorre quando alguém demanda por intermédio de outra pessoa a quem foi outorgada autorização para agir em nome alheio. Nessa hipótese, parte na ação é o representado, que suporta os riscos e as conseqüências de eventual sucumbência. A representação decorre da lei ou de contrato, como a dos pais que representam os filhos menores, quando há integração da capacidade jurídica, e a do mandatário que tem procuração para agir pelo mandante. O representante atua em nome alheio, sobre direito alheio.

Já na substituição processual²⁶³ há transposição subjetiva no processo, sem que desapareça o sujeito jurídico originário, verificando-se a possibilidade de prosseguimento do processo entre os sujeitos primitivos, mesmo que não sejam mais os sujeitos atuais da relação litigiosa.

Embora representante e substituto processual ajam na defesa de interesse alheio (do representante ou do substituído), o que realmente

²⁶² Francesco Carnelutti (**Instituciones...**, p. 111) diz que “Existe la representación cuando la actividad procesal de una persona distinta de la parte en sentido material, se debe a un acto de ésta, sea que encargue a la primera de obrar en su lugar en el proceso, sea que la encargue de realizar otros actos en atención a los cuales la ley la considera apta para actuar procesalmente en lugar del representado”.

Lembram Luiz Alberto Peña Gusman e Luis Rodolfo Argüello (**Derecho romano**. Buenos Aires: TEA, 1966, v. I, p. 452), revelava-se a figura da representação no direito romano, permitida a ausência do litigante, em quatro casos: na representação *pro populo* quando se acionava o Estado na defesa de interesse da comunidade; na representação *pro libertate* quando a condição de homem livre era contestada e, como o escravo não podia estar em juízo, comparecia o *adsestor libertatis*; na representação *pro tutela* quando havia a atuação do tutor na defesa dos interesses do pupilo; e na representação *ex lege Hostilia*, que ocorria nas ações de furto cuja vítima fosse prisioneiro de guerra ou estivesse ausente a serviço do Estado. No Império surgiu a figura do *cognitor*, para os casos em que a idade avançada ou a doença não permitiam o comparecimento pessoal do litigante; de origem grega, a função do *cognitor* teria sido introduzida em Roma logo depois de sua fundação e acabou por identificar-se com a figura processual do *procurator* (Alfredo Araújo Lopes da Costa, **Direito processual...**, v. I, p. 53).

²⁶³ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições...**, v. 1, p. 245.

distingue um do outro é que o representante atua em nome alheio e não em nome próprio. Lecionando sobre a matéria, JOSÉ FREDERICO MARQUES²⁶⁴, reproduzindo lição de CALAMANDREI, expõe que:

[...] enquanto o representante defende em juízo um direito de outrem em nome de outrem (ou seja, um direito do representado em nome do representado), o substituto processual defende em juízo um direito de outrem em nome próprio (ou seja, um direito do substituído em nome do substituto).

No mesmo sentido também conclui VICENTE GRECO FILHO²⁶⁵:

O substituto processual é parte, no sentido processual. Quer na posição de autor, quer na de réu, o substituto processual é sujeito da relação processual, da qual participa *em nome próprio*, não em nome do *substituído*. Nisso difere a substituição processual da figura da *representação*, em que o *representante* não é parte, mas apenas representante da parte, que é o *representado*. Enquanto na substituição processual o *substituto age em nome próprio*, na representação o *representante age em nome do representado*.

Assim, nem sucessão, nem representação podem confundir-se com substituição processual uma vez que, enquanto o representante defende em juízo um direito alheio em nome alheio (ou seja, o direito do representado em

²⁶⁴ MARQUES, José Frederico. **Instituições...**, v. II, p. 228.

²⁶⁵ GRECO FILHO, Vicente. **Op. cit.**, v. 1, p. 353. Também Enrico Tullio (**Manuale di diritto...**, p. 75) distingue substituição e representação – “Anche nel processo può avvenire tuttavia che una persona agisca nel nome di un'altra (rappresentanza volontaria e rappresentanza legale): parte è in questi casi, come sempre, il rappresentato, non il rappresentante. Da quest'ultimo si distingue il sostituto processuale, il quale – proponendo la domanda in nome proprio – è invece nel processo”. Também Lino Enrique Palacio (**Manual de derecho...**, p. 261) estabelece tal distinção afirmando que a substituição processual “se diferencia de la *representación* en la circunstancia de que, mientras el sustituto reclama la protección judicial *en nombre e intereses propio*, aunque en virtud de un derecho vinculado a una relación jurídica ajena, el representante actúa en nombre de un tercero – el representado – y carece de todo interés personal en relación con el objeto del proceso. De lo dicho se sigue que el sustituto, a diferencia del representante, es parte en el proceso. Tiene, por ello, todos los derechos, cargas, deberes y responsabilidades inherentes a tal calidad, con la salvedad de que no puede realizar aquellos actos procesales que comporten, directa o indirectamente, una disposición de los derechos del sustituido (confesión, transacción, desistimiento del derecho, etc.”.

nome do representado), o sucessor defende um direito próprio em nome próprio (ou seja, o direito do sucessor em nome do sucessor, *inter vivos* ou *causa mortis*) e o substituto processual defende em juízo um direito alheio em nome próprio (ou seja, o direito do substituído em nome do substituto).

CAPÍTULO 4 - LEGITIMAÇÃO NO CPC

4.1. Legitimação no processo de conhecimento

O Código de Processo Civil não contém muitas regras que fixem a legitimidade em casos específicos, apesar de exigir sua presença para que o direito de ação seja exercido validamente. No entanto, disciplinou a iniciativa para provocação da discussão sobre sua existência, o momento para sua apreciação e os efeitos da decisão que reconhece sua inexistência.

O conhecimento da legitimidade *ad causam* não se rege pelo princípio dispositivo e conseqüentemente não inibe a atuação judicial, sobre ela impondo expressamente o legislador no artigo 267, parágrafo 3º do Código de Processo Civil, *in verbis*: “o juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito”. Trata-se, evidente, do conhecimento de ofício quanto à ausência da legitimidade, já que a presença implicitamente resta reconhecida na sentença de mérito; a possibilidade de conhecimento *ex officio* não elide a parte de alegá-la, respondendo pelas custas se permitir atividade processual inútil.

Conjugados os deveres de apreciação de ofício, ou por provocação das partes, o Código de Processo Civil estabelece o momento adequado para apreciação da existência ou inexistência da legitimidade, que deve ser antes do exame do mérito, quer pelo reconhecimento liminar (artigo 295, CPC), ou na sentença final (artigo 267, CPC), como no momento do saneamento do processo (artigo 329, CPC). Impõe-se reconhecimento inicial quando a carência restar flagrante em decorrência da afirmativa do autor na própria inicial, ou dos documentos que a instruem; pode, porém, ser aferida ao final, quando por envolver matéria de fato, dependa de prova diversa da

documental, cuja produção deva estar na fase instrutória do procedimento; mas também pode encartar-se na fase de saneamento, quando será precedido das providências de regularização do processo (artigos 326 e 327, CPC).

A decisão que reconhece a ausência de legitimidade implica na extinção do processo sem resolução do mérito e, consoante o artigo 513 do Código de Processo Civil, será passível de reexame através do recurso de apelação. Por outro lado, a decisão que não reconhece a ilegitimidade não está sujeita à preclusão, já que se constatada antes da sentença nada impede que por ocasião desta, o juiz reveja a questão, extinguindo o processo exatamente por falta dessa condição e ainda que a parte, que viu sua alegação de ilegitimidade repelida, não tenha à ocasião recorrido da rejeição.

A legitimidade decorre de uma titularidade alegada, mas quando contestada, a implementação superveniente supre a ausência, por força do disposto no artigo 462 do Código de Processo Civil que, implementado pelo princípio da economia processual, determina sejam levados em conta, de ofício ou a requerimento do interessado, os fatos constitutivos, modificativos ou extintivos do direito supervenientes à propositura da ação.

No processo, a legitimidade comporta as duas espécies já examinadas da legitimidade ordinária e da legitimidade extraordinária, a primeira como regra, e a segunda como exceção, para a qual se exige previsão legal expressa. No âmbito do processo de conhecimento, execução e cautelar, embora com adaptações às suas específicas peculiaridades, a tônica da legitimidade é a coincidência entre o titular do direito afirmado em juízo e a figura do autor, bem como a coincidência entre o obrigado e o réu, já que a

legitimidade extraordinária restringe-se a casos taxativos.

4.1.1. Legitimação incidental

Tanto a legitimação ordinária como a extraordinária pode ser, de acordo com MANOEL SEVERO NETO²⁶⁶, inaugural ou incidental. Para ele, a situação processual de parte deriva do ato que inicia o processo, ou seja, da petição inicial. Quem figura como postulante e ali é mencionado como destinatário da providência jurisdicional é parte, independentemente da implementação de qualquer outro requisito e, nessa hipótese, fala-se em legitimação inaugural.

Mas a legitimidade pode ocorrer no curso do processo e, então, fala-se em legitimidade incidental. Pode ocorrer legitimidade incidental em relação às próprias partes, que já possuem legitimidade inaugural, como acontece nos casos de ação dúplice, reconvenção e declaratória incidental; pode, também, envolver terceiro, como acontece nos casos de intervenção de terceiro.

Denomina-se terceiro o sujeito de direito que não participa de uma determinada relação jurídica processual e para o qual essa relação jurídica é estranha, dado não ser ele parte originária e cuja inserção dá-se incidentalmente, por provocação de uma das partes e, em outros casos, voluntariamente²⁶⁷. Terceiro é o legitimado para integrar incidentalmente, na

²⁶⁶ SEVERO NETO, Manoel. **Legitimação incidental no processo civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 92.

²⁶⁷ SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento civil romano**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1970, p. 42. Sobre a intervenção de terceiros o autor esclarece: “El proceso tiene lugar de ordinario entre dos personas, el actor y el demandado; pero no es raro el caso de que tenga que intervenir en el proceso una

qualidade de parte ou não, um dos pólos da relação jurídica processual.

A intervenção de terceiros não apareceu nas duas primeiras fases do direito processual romano, ou seja, no procedimento da *legis actiones* e no procedimento formulário, e de acordo com MOACYR LOBO DA COSTA²⁶⁸, em virtude da natureza contratual do *judicio* resultante do instituto da *litis contestatio*. A *litis contestatio* passava a existir a partir do momento em que o autor e o réu aceitavam a fórmula apresentada pelo pretor ou magistrado no processo *in iure* para comparecerem perante o juiz no procedimento *in iudicio*, quando realizavam as provas que pretendessem produzir para, ao final, receberem a sentença que extinguia o litígio²⁶⁹.

A justificar o não aparecimento da intervenção de terceiros nessas primeiras fases pode-se apontar o desinteresse em intervir em causa entre partes estranhas, já que vigia o princípio segundo o qual a *res judicata* somente produz efeitos entre as partes, sem alcançar terceiros estranhos ao processo (*res inter alios iudicatae nullum, aliis prejudicium faciunt*). A necessidade de sujeitar terceiros aos efeitos da coisa julgada formada entre os litigantes em razão dos efeitos reflexos da sentença prolatada, fez surgir o instituto da intervenção de terceiros, mas já no período da *extraordinariae cognitiones* do direito romano.

tercera persona, interesada en la controversia debatida. Este interés puede ser de dos clases: 1º el tercero puede estar interesado en hacer que prevalezcan los derechos de uno de los contendientes, de manera que intervenga para apoyara uno de ellos, al actor o al demandado; en este caso hablamos de intervención accesoria, precisamente porque se accede o suma a uno de los litigantes; 2º también puede ocurrir que se intervenga para tutelar el propio interés frente a 1ª cuestión pendiente entre los dos litigantes, y en este caso se habla de intervención principal; porque el que interviene hace valer sus propios derechos y no refuerza los ninguno de los dos contendientes”.

²⁶⁸ COSTA, Moacyr Lobo da. **Assistência**. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 2.

²⁶⁹ Sobre o tema ensina Vittorio Scialoja (**Op. cit.**, p. 421) que “Había un momento en la ‘legis actio’ en el que la *litis* quedaba determinada y cierta entre las partes y venia a establecerse de una manera jurídica eficaz e irrevocablemente en qué esfera y bajo qué condiciones y modalidades habría de desarrollarse el juicio. En

O Código de Processo Civil vigente arrola como espécies de intervenção de terceiros apenas quatro institutos: a oposição, a nomeação à autoria, a denunciação da lide e o chamamento ao processo. Equivocadamente trata da assistência fora da disciplina da intervenção de terceiros, agrupando-a ao litisconsórcio e a caracterizar a não taxatividade do casuísmo legal, prevê também como hipótese de intervenção de terceiros o recurso de terceiro prejudicado, a ser operado em grau superior. Agrega-se ainda ao grupo da intervenção de terceiros os embargos de terceiro opostos à constrição concretizada no processo de execução e a figura do *amicus curiae*, modalidade de intervenção que vem ganhando espaço na jurisprudência e na doutrina. O *amicus curiae* é um terceiro interveniente, que não se confunde com o assistente e muito menos se apresenta como um “assistente *sui generis*”, pois a razão que o leva a intervir em processo alheio não guarda qualquer relação com o que motiva o ingresso do assistente, seja na forma simples ou na litisconsorcial. Justifica sua intervenção o fato de ter esse interveniente um interesse institucional, meta-individual, compartilhado difusa ou coletivamente por um grupo de pessoas e que será inevitavelmente afetado pelo que for decidido no processo. Encaixa-se ainda neste contexto a hipótese da intervenção anômala, de difícil caracterização e discutível constitucionalidade, de que trata o artigo 5º da Lei nº 9469/97, entre as formas diferenciadas de intervenção, que se encontram disciplinadas em textos legislativos esparsos.

Como os denominados terceiros não são terceiros e sim partes legitimadas, via de regra, para atuar incidentalmente em processo pendente,

melhor lhes caberia a denominação de legitimados incidentais. E tanto isso é verdade, que com a intervenção em processo alheio o terceiro quase sempre se transforma em parte.

Os mesmos parâmetros que definem a legitimidade para a causa principal devem servir para aferição da legitimidade incidental. Assim, quanto à reconvenção, o fato de ser réu em determinada ação oportuniza o seu ajuizamento, mas não outorga legitimidade, que só poderá ser constatada se presente situação legitimante que possibilitasse decisão de mérito se o pedido reconvenicional tivesse sido ajuizado autonomamente. Também a declaratória incidental não prescinde de implementação de condições de admissibilidade, dentre as quais a legitimidade para agir.

4.1.2. Nomeação à autoria

Por vincular-se estreitamente à correção da ilegitimidade passiva cumpre, dentre as modalidades de intervenção de terceiro, destacar o instituto da nomeação à autoria, lembrando, em primeiro, que não se trata de mais uma das formas de intervenção de terceiro no processo, já que se situa na verdade como forma de correção do pólo passivo da demanda.

Em regra, a ilegitimidade da parte conduz à extinção do processo sem resolução do mérito por caracterizar-se como vício insanável. Como, porém, há situações em que se apresenta difícil a determinação do sujeito passivo da demanda, em face das peculiaridades fáticas da situação concreta, autoriza a legislação a substituição do primitivo réu por aquele que legitimamente deva

ocupar tal posição no processo. Assume o nomeado a condição de réu, no lugar do demandado que é excluído. Trata-se de instituto por meio do qual se introduz no processo aquele que deveria ter sido originariamente demandado, configurando-se numa exceção ao princípio da *perpetuatio legitimationis*.

Por uma questão de política legislativa e economia processual permite-se alteração subjetiva na relação jurídica processual, com a inclusão do legitimado em duas situações: a do detentor de coisa alheia, em relação ao proprietário ou possuidor, quando demandado pela coisa em nome próprio (artigo 62 do CPC), e a do demandado em ação de indenização por dano à coisa, quando alega ter praticado o ato em nome ou por ordem de outrem (artigo 63 do CPC); nessas hipóteses pode o réu requerer sua exclusão da relação jurídica processual.

OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA²⁷⁰ explica que a locução “nomear à autoria” significa indicar aquele em nome de quem, como detentor, exerce atos possessórios “(do latim, *auctor*, *auctoris*, a causa ou origem do que se faz, ou de fazer-se alguma coisa; o senhor de alguma coisa, ou aquele que tem autoridade sobre ela)”. Tem como fundamento eventual dificuldade que se encontre para determinar, com segurança, o verdadeiro legitimado passivo para as ações reivindicatórias, pois quem ostenta aparência de verdadeiro possuidor pode não passar de empregado, procurador ou servidor da posse de outrem, prestando-se a

[...] compensar aquela dificuldade fáctica que o demandante poderia ter, face à dificuldade de estabelecer a natureza dos atos de posse, permitindo que uma demanda tecnicamente proposta contra

²⁷⁰ SILVA, Ovidio Araujo Baptista da. **Curso de processo...**, v. 1, p. 292.

parte ilegítima possa ter seu curso reorientado e supere a decretação de carência.

A nomeação à autoria é modalidade de intervenção por inserção, já que a intenção do nomeante é fazer com que o nomeado ingresse no processo. Aquele que quer mover ação para haver a coisa em face daquele que a ocupa, pode errar na escolha do réu, por não ter meios de apurar a que título o ocupante a detém. Para evitar que o autor tivesse sua causa repelida pelo reconhecimento da ilegitimidade de parte, surgiu no direito romano o instituto da nomeação à autoria; assim, quando a ação for dirigida a um réu, que não tem legitimidade, ele deve esclarecer o motivo de sua ocupação e a pessoa em face de quem a ação deve ser dirigida. A *nominatio auctoris* consubstancia-se em ato exclusivo do réu que, através dela, objetiva a correção do pólo passivo do processo, com a substituição do réu originariamente indicado pelo autor por outro, apontado pelo próprio réu e aceito pelo autor.

CÁSSIO SCARPINELLA BUENO²⁷¹ ao tratar da nomeação à autoria fala em “*sucessão de partes*” dando “nascimento a mero *incidente* processual que visa à alteração de um dos sujeitos do processo, o réu, sem alteração quanto ao *objeto* do processo”. A se admitir a utilização da expressão “sucessão”, deve-se realçar que só cabe se entendida como sinônimo de substituição ou troca do réu originário, parte ilegítima, pelo nomeado. No seu sentido estrito, a sucessão processual vincula-se à titularidade da coisa ou do direito que é objeto da demanda, e por transferência *inter vivos* ou *causa mortis*, tem-se alteração subjetiva no processo. Na sucessão processual, parte legitimada

²⁷¹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2007, v. II, p. 492.

ordinária é substituída por parte legitimada ordinária, situação que não se identifica com o que ocorre na nomeação à autoria, em que indevidamente acionado, busca o nomeante a correção da ilegitimidade *ad causam*.

Disciplina o Código de Processo Civil duas hipóteses de nomeação à autoria: a primeira para o caso do réu, que ao ser demandado, nomeia o proprietário ou possuidor da coisa móvel, ou imóvel, para que este seja citado pelo autor da ação, o que se depreende do texto legal, *in verbis*: “aquele que detiver a coisa em nome alheio, sendo-lhe demandada em nome próprio, deverá nomear à autoria o proprietário ou possuidor” (artigo 62, CPC). Cuida o dispositivo legal do “mero detentor, isto é, do servidor da posse de outrem, daquele que exerce um poder de fato sobre a coisa, mas em proveito alheio”²⁷². Trata-se das situações de dependência hierárquica entre duas pessoas e uma delas conserva a posse em nome da outra e em cumprimento a ordens ou instruções suas, como a do empregado, do mandatário, do agente ou preposto (artigo 1198, CC), em cujos termos não se considera possuidor “aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas”.

O reconhecimento de legitimidade ao detentor para figurar como réu nas ações de reivindicação, em face da redação do artigo 1228, do Código Civil, não o impede de continuar a fazer uso da nomeação nas situações em que venha a agir em nome do patrão, o que quer dizer que descrita a situação legitimante em que se insere o detentor, poderá ser-lhe reconhecida a ilegitimidade se provar que o ato foi praticado por ele mas em nome do patrão.

²⁷² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito...**, v. I, p. 138.

A segunda hipótese admite a aplicação do instituto aos casos em que se pretenda excluir do pólo passivo da causa fundada em direito obrigacional, aquele causador do dano, que “alega que praticou o ato por ordem ou em cumprimento de instruções de terceiro” (artigo 63, CPC).

A nomeação à autoria é uma obrigação e não uma faculdade; da sua omissão decorre o direito para o autor de pleitear indenização (artigo 69, I, CPC), sendo o prejuízo a reembolsar tanto do autor como do terceiro que não foi nomeado à autoria. A cominação de tais sanções impõe-se não só em face da omissão, mas também quando o réu nomear pessoa diversa daquela em nome da qual detinha o bem ou praticou o ato questionado pelo autor, (artigo 62, II, CPC).

Ao contrário do que ocorre com o nomeante, que tem o dever de efetuar a nomeação, o autor tem somente a faculdade de aceitar a nomeação, que sem a sua concordância, ficará sem efeito. Por sua vez, tem também a faculdade de aceitar a nomeação o nomeado, restando, portanto, a extromissão do nomeante, na dependência da dupla aceitação. Não aceitando o nomeado ingressar no processo, permanece o nomeante no pólo passivo, sendo-lhe reaberto o prazo para resposta, quando poderá em preliminar de contestação alegar a ilegitimidade passiva *ad causam*, cujo desfecho é a extinção do processo sem resolução do mérito (artigo 267, inciso VI, CPC).

Permanecendo o nomeante no pólo passivo também não há que falar em substituição processual, ou qualquer outra espécie de legitimação extraordinária, em primeiro por falta de previsão legal; e em segundo porque

se qualificando como parte ilegítima, permanece o risco de o autor vir a ser julgado carecedor da ação porque está propondo a ação contra a pessoa errada.

4.1.2. Legitimação recursal

Assim como se exige legitimidade para o exercício da ação, quando em regra há correspondência entre o autor e o titular do direito deduzido em juízo, o legislador exige que o recorrente tenha legitimidade para interpor o recurso, sob pena de seu não conhecimento. Levando em conta a relevância e o interesse de determinadas pessoas em recorrer, por serem os mais atingidos pelos efeitos de uma decisão judicial, o artigo 499 do Código de Processo Civil²⁷³ expressamente permite a apresentação da irresignação recursal às partes do processo, ao Ministério Público e ao terceiro prejudicado, estando, pois, aí indicados, todos os que têm legitimidade para a interposição dos recursos cíveis.

TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER²⁷⁴, citando doutrina de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, ensina que verificar se o recorrente tem legitimidade é constatar se a lei o arrola dentre as pessoas habilitadas a recorrer. Assim, impõe-se verificar se quem interpõe recurso está incluso ou não no rol dos

²⁷³ Conforme Fredie Didier Júnior (**Recurso de terceiro**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005, p. 62), o Código de Processo Civil português prevê recurso exclusivo para o terceiro, a oposição de terceiro, quando o litígio disser respeito a ato simulado das partes (artigo 778) sem, porém, deixar de facultar os outros recursos (art.680), *in verbis*: 1- Quando o litígio assente sobre um acto simulado das partes e o tribunal não tenha feito uso do poder que lhe confere o artigo 665º, por se não ter apercebido da fraude, pode a decisão final, depois do trânsito em julgado, ser impugnada mediante recurso de oposição do terceiro que com ela tenha sido prejudicado”.

²⁷⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os agravos no CPC brasileiro**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 162.

habilitados a fazê-lo, sendo aplicáveis, no caso, as mesmas regras que incidem na fixação da legitimidade para o exercício do direito de ação. Como explica, tem legitimação natural e ordinária para recorrer a parte vencida, já que sofre gravame em decorrência da decisão que pretende impugnar e “ser parte não deve significar outra coisa senão a situação de se estar em juízo, como autor ou como réu”.

Parte compreende todo aquele que integra o pólo ativo ou passivo da relação jurídica processual, abrangendo não somente o autor e o réu, mas também o litisconsorte, o interveniente e o sucessor processual. Assim, autor e réu são partes legítimas, equiparando-se-lhes os litisconsortes, com legitimação individual, porque a qualquer deles se permite manifestar inconformismo em relação à tutela conseguida. ELIO FAZZALARI²⁷⁵ lembra que “quanto à legitimação das partes nas fases de recurso, ela é, em regra, a mesma das fases do primeiro grau: na fase de apelação e naquela da cassação participam os mesmos sujeitos da fase precedente”.

Embora se possa apontar opinião diversa²⁷⁶, não se fala em recurso para qualquer das partes, mas apenas para aquela ou aquelas prejudicadas pela decisão²⁷⁷, o que quer dizer, existe pretensão recursal para quem sofre

²⁷⁵ FAZZALARI, Elio. **Op. cit.**, p. 394.

²⁷⁶ Gleydson Kleber Lopes de Oliveira (**Recurso especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 153) afirma que “a legitimidade para recorrer não se apóia na ocorrência de sucumbência, mas, apenas, na titularidade para a realização de ato processual conferida pelo direito positivo. O legislador, tendo por base interesse meramente potencial, atribui legitimação para interpor recurso a determinadas pessoas que julga mais interessadas em recorrer da decisão judicial”.

²⁷⁷ Humberto Theodor Júnior (**O processo civil brasileiro no limiar do novo século**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 177) lembra que até a sentença homologatória de transação pode configurar situação de sucumbência para legitimar recurso dos próprios signatários, como no caso de controvérsia sobre sua validade, a legitimidade dos signatários, acordo mal redigido ou impreciso, existência de cláusula nula ou injurídica, ilicitude da avenca, incidência de transação sobre direito indisponível, falta de poderes do representante da parte, etc.

qualquer gravame advindo de decisão judicial. Isto pode ser recíproco e ocorrer no pólo ativo ou no pólo passivo: então, ambas as partes serão legitimadas para recorrer.

Costuma-se indicar esse prejuízo ou gravame como sucumbência, de sorte que o pressuposto para o recurso é a sua existência. Oportuno lembrar, que o conceito de sucumbência não coincide rigorosamente com o de perda da causa; há sucumbência quando o conteúdo da parte dispositiva da decisão judicial diverge do que foi requerido pela parte no processo (sucumbência formal), ou quando coloca a parte em situação jurídica pior do que aquela que tinha antes do processo (sucumbência material). A sucumbência abrange qualquer hipótese em que a decisão atacada pelo recurso possa ser modificada para proporcionar ao recorrente, sob o ponto de vista prático, alguma vantagem que a decisão recorrida lhe negara. É o que se depreende do quanto se lê em ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS²⁷⁸

O interesse é demonstrado pelo efetivo prejuízo que a decisão pode trazer ao recorrente como parte, como terceiro e como representante do Ministério Público. A parte pode ser até vencedora no processo, mas rebelar-se contra a decisão, quando outra lhe for mais favorável. Pleiteia-se a devolução do bem e, subsidiariamente, indenização. A parte pode apelar, objetivando a efetiva devolução que mais lhe favorece.

Também em determinadas situações, lembra EDUARDO J. COUTURE²⁷⁹ que os fundamentos de fato admitidos na decisão podem causar gravame e

²⁷⁸ SANTOS, Ernane Fidelis dos. **Op. cit.**, v. 1, p. 599.

²⁷⁹ COUTURE, Eduardo J. (**Fundamentos...**, p. 362 - “Así, el caso de la sentencia que condena por responsabilidad civil, dando en sus fundamentos las bases sobre las cuales deberá procederse a la liquidación del daño causado y estableciendo en el fallo la llamada condena genérica en daños, los que deberán liquidarse en un procedimiento posterior. Al pasar en cosa juzgada el fallo, lo serán también, implícitamente, las bases sobre las cuales debe hacerse la liquidación en el procedimiento posterior. El agravio que esas bases deparen justifica un recurso de apelación.”

justificar recurso mesmo para o vencedor. E também o vencedor pode ter legítimo interesse no recurso, como no caso do réu que vê acolhidas defesas processuais apontadas em preliminar de contestação e o processo se extinguir sem apreciar o mérito; ainda que vitorioso, está legitimado para apelar por lhe ser vantajoso o recurso, já que pode ampliar sua vitória em razão da impugnação, fazendo com que o tribunal reconheça o fundamento de mérito por ele alegado para a improcedência da ação. Ou até mesmo, pode estar ainda o vencedor legitimado para o recurso nos embargos de declaração, por exemplo, quando apesar de lhe ser dada inteira razão, pode pedir reexame em razão de “inexatidão material” ou “erro de cálculo”.

Quanto ao Ministério Público, sem qualquer restrição pode recorrer como parte, ou quando tenha participado do processo como *custos legis*. Embora o texto legal faça alusão aos processos em que o Ministério Público oficiou, causando a falsa impressão de que é necessária a atuação no feito para que possa recorrer, a interposição do recurso não está condicionada à sua prévia atuação no processo. Basta, apenas, que tenha havido a possibilidade, nos termos da legislação pertinente, nas situações em que devendo ser intimado para acompanhar o feito, não o fora, interpondo recurso para pedir a anulação da decisão proferida no processo.

Afinal, tem legitimidade para recorrer o terceiro prejudicado, quando se trate de alguém a ser alcançado pelos efeitos reflexos da sentença; tem esta forma de intervenção natureza preventiva, enquanto visa a evitar ou prevenir que esse terceiro seja molestado na fase de execução da sentença. Ora, sem ter sido parte no processo, a ninguém podem ser impostos os efeitos da sentença; pensar o contrário chocaria frontalmente as garantias

constitucionais do contraditório e do devido processo legal. Por essa razão, o artigo 472 do Código de Processo Civil desvincula o terceiro da autoridade da coisa julgada. Como, porém, os efeitos reflexos da decisão judicial que fora desfavorável à parte podem atingir sua esfera jurídica, admite-se, então, sua intervenção no processo, nesse momento recursal.

Sob a égide do Código de Processo Civil de 1939, em acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 09 de junho de 1943, publicado no Diário de Justiça de 05 de fevereiro de 1944, pág. 747, decidia-se que “provada a qualidade de terceiros interessados na lide, é de permitir aos mesmos o uso do recurso competente, nos termos do art. 815 do Cod. de Proc. Civil”.

Também a Câmara Cível do Tribunal de Apelação de Santa Catarina, em acórdão unânime de 15 de setembro de 1943, decidia que “terceiro prejudicado é todo aquele a quem a sentença prejudica, qualquer que seja o prejuízo; mas para a sua intervenção na causa, é imprescindível a prova cabal do prejuízo alegado”.

Assim, o estranho ao processo também se iguala à parte para efeito de legitimidade recursal, desde que assim se qualifique no momento em que for proferida a decisão impugnada e demonstre existir ligação entre a decisão e o prejuízo que esta lhe causou. Deve demonstrar que a sentença de primeira instância refletiu na sua esfera de interesse, a justificar o seu ingresso no processo, provando que pode ser prejudicado pelos efeitos da decisão a ser hostilizada através desse remédio jurídico próprio. Constitui-se o recurso, na hipótese, numa oportunidade para aquele que ainda não é parte no processo, de realizar sua intervenção, bastando, para tanto, demonstrar interesse que

justifique sua participação no procedimento, ainda que criando outra relação processual.

Pode-se pensar que quem não é parte é terceiro, mas a dificuldade em se identificar e definir o terceiro está em que ele se apresenta de forma diferenciada. Terceiro pode ser aquele que deveria ter sido citado como litisconsorte e não o foi; mas também o é aquele que não tem relação de qualquer espécie com aquele processo e é alcançado pelos efeitos da sentença, que podem ser qualificados como diretos ou reflexos. Além do mais, a lei denomina parte o autor, o réu e o litisconsorte. Desta feita, a maior dificuldade para se definir terceiro reside no fato de a lei processual civil não ter tido a preocupação de manter a homogeneidade do significado da palavra parte, o que impede qualquer tentativa de análise quanto à questão semântica.

Ensina OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA²⁸⁰ que terceiro

[...] é exclusivamente o terceiro estranho ao processo que nele ingresse pela primeira vez para interpor recurso. Será o terceiro que, podendo intervir na condição de assistente simples ou como litisconsorte, não o tenha feito em algum estágio anterior do procedimento, ficando, no entanto, apesar de estranho à relação processual, sujeito a sofrer algum efeito reflexo do julgado.

NELSON NERY JUNIOR²⁸¹ define o terceiro prejudicado como aquele que não foi parte no processo, quer porque nunca o tenha sido, quer porque haja deixado de o ser em momento anterior ao que se proferiu a decisão e, por sua vez, MOACYR AMARAL SANTOS²⁸² que “terceiro prejudicado, com qualidade para recorrer, é, pois, todo aquele, estranho à relação processual por ocasião

²⁸⁰ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo...**, v. I, p. 420.

²⁸¹ NERY JÚNIOR, Nelson. **Op. cit.**, p. 262.

²⁸² SANTOS, Moacyr Amaral. **Op. cit.**, v. 3, p. 91.

do ato decisório impugnável, a quem este causou prejuízo”. Lecionando sobre o tema, adverte, com propriedade, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER²⁸³ que o que caracteriza o terceiro é a circunstância de ser uma não-parte. Não é parte nem do processo, nem da lide, conforme explica:

O conceito de terceiro é, na verdade, um ‘contra-conceito’. Quem não é parte, é terceiro. É interessante ressaltar que é parte mesmo a parte ilegítima, desde que esteja no processo, no lugar daquele que seria parte legítima, se parte fosse, pois que, este, que seria parte legítima, estando fora do processo, não é parte, é terceiro. O conceito de parte é, pois, diferente do conceito de parte legítima. O autor é parte, porque propõe a ação e o réu é parte, porque o autor contra ele está movendo uma ação. Quando da propositura da ação, determina-se quem serão as partes, fixando-se o autor no pólo ativo e o réu, no pólo passivo. A legitimidade ou a ilegitimidade são qualificativos do conceito de parte.

Exige o artigo 499, parágrafo 1º do Código de Processo Civil, como condição para o recurso do terceiro prejudicado, que ele deve demonstrar o nexo de interdependência entre seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial. Esse nexo de interdependência, que deve existir entre a esfera do terceiro e a relação jurídica *sub judice*, é que confere legitimidade para que ele ingresse com recurso em processo alheio.

O terceiro legitimado a recorrer é aquele que tem interesse jurídico em impugnar a decisão, não um mero interesse de fato ou econômico; é necessário que o terceiro demonstre que a decisão recorrida afetará direta ou indiretamente a relação jurídica da qual seja titular, conforme se extrai dos julgados insertos nas RT 647/159, RT 571/209, RT 581/117 e RT 632/90. Trata-se do mesmo interesse de que fala o artigo 50 do Código de Processo

²⁸³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, **Os agravos...**, p. 508.

Civil, quando define a figura do assistente, decorrendo daí que aquele terceiro que poderia ter sido assistente simples ou litisconsorcial, no primeiro grau de jurisdição, tem legitimidade para recorrer como terceiro prejudicado.

Sabe-se que apesar do princípio insculpido no artigo 472, primeira parte do Código de Processo Civil, na verdade é impossível evitar que os efeitos das decisões judiciais afetem pessoa que não está participando ou não participou do processo; mesmo não sendo titular da pretensão posta em julgamento, nem da relação controvertida entre as partes, poderá a situação jurídico-material dessa pessoa restar indiretamente prejudicada. Daí falar a lei em nexo de dependência entre o interesse recursal do terceiro e a relação jurídica das partes colocada em juízo: o interesse recursal do terceiro é representado pela utilidade que o seu recurso possa ter para afastar os efeitos que o atingem, já que sua legitimação para intervir tem o objetivo de afastar decisão desfavorável já proferida no processo. Com efeito, é lição de ROGÉRIO LAURIA TUCCI²⁸⁴

[...] que o terceiro juridicamente interessado jamais pode ser atingido pela autoridade da ‘res judicata’, sendo-lhe facultado, por isso mesmo, opor-se à formação da coisa julgada, por meio da oposição (cf. arts. 56 a 61 do CPC), ou de recurso de terceiro prejudicado (cf. art. 499, igualmente do CPC), bem assim insurgir-se contra ela, por via de ação adequada à tutela de seu direito subjetivo, incompatível com o declarado na sentença.

Na mesma esteira DE PLÁCIDO E SILVA²⁸⁵, comentando dispositivo da legislação revogada, que contemplava a mesma previsão, ensina que

[...] o legítimo interesse do terceiro prejudicado, para que lhe seja

²⁸⁴ TUCCI, Rogério Lauria. **Op. cit.**, p. 236.

²⁸⁵ SILVA, De Plácido e. **Comentários ao código de processo civil.** p. 773.

assegurado o direito de recorrer, está, assim, firmado no prejuízo, que poderia ter se a sentença passasse em julgado. E, dentro dessa razão de ordem econômica, vem a juízo para sustar os efeitos do decisório, que foi proferido sem a sua defesa.

À primeira vista, pode-se pensar que estejam mesclados interesse e legitimidade, na medida em que esta nasceria daquele, guardando ambos, não obstante esta quase identificação, independência conceitual, como categoria. Mas, para TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER²⁸⁶, a legitimidade do terceiro não nasce do interesse. Porque tem o terceiro, em tese, legitimidade para recorrer (enquanto terceiro), é que os reflexos da decisão, em sua esfera, são considerados como prejuízo jurídico, fazendo nascer o interesse.

O interesse do terceiro recorrente baseia-se na sucumbência, mas não na sua sucumbência que propriamente não existe e sim, na daquele cuja vitória processual lhe interessa e na perspectiva de que a decisão que venha a ser proferida quando do julgamento do recurso que venha a interpor, possa lhe ser útil. Assim, o parágrafo 1º do artigo 499 do Código de Processo Civil não descreve situação de interesse, mas da legitimidade. E é o nexo de interdependência existente entre a relação jurídica da qual é titular e aquela que está *sub judice* a situação que legitima o terceiro a recorrer. O recurso de terceiro prejudicado é uma espécie de intervenção de terceiro na fase processual recursal. Leciona HUMBERTO THEODORO JÚNIOR²⁸⁷ que

É importante ressaltar que o recurso de terceiro não se equipara aos embargos de terceiro ou a uma espécie de rescisória, em que o recorrente pudesse exercer uma ação nova, alegando e defendendo direito próprio, para modificar, em seu favor, o resultado da sentença. Mesmo porque seria contrário a todo o sistema do devido processo legal vigente entre nós imaginar que o terceiro pudesse

²⁸⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os agravos...**, p. 397.

²⁸⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O processo civil brasileiro no limiar...**, p. 178.

iniciar, sem forma nem figura de juízo, uma ação nova já no segundo grau de jurisdição. [...] Mesmo quando o litisconsorte necessário não citado intervém pela via recursal, não se dá o exercício do direito de ação, mas apenas se busca a invalidação da sentença para que, mais tarde, o terceiro possa propor a ação que lhe couber, ou para que a ação pendente retorne à fase de postulação e o recorrente, então, possa exercer, regularmente, seu direito de contestá-la.

Para CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO²⁸⁸, o recurso de terceiro prejudicado

[...] é o pedido de novo julgamento endereçado a um tribunal pelo sujeito que, sem ter sido parte do processo até então, ficará juridicamente prejudicado pelos efeitos da sentença, decisão ou acórdão. Ele não é titular de qualquer das pretensões postas em julgamento na causa nem das relações controvertidas entre as partes, mas, para considerar-se juridicamente prejudicado, é necessário existir uma relação jurídico-material sua que de algum modo ficará atingida de modo indireto.

Por sua vez, alerta VICENTE GRECO FILHO²⁸⁹, que é importante

[...] conceituar com precisão a natureza do recurso de terceiro prejudicado. Antes de mais nada é preciso afastar como inaplicáveis ao direito brasileiro idéias extraídas da doutrina estrangeira aplicadas à ‘*opposizione del terzo*’, figura que não existe no direito brasileiro.

Aquele processualista, citando COUTURE, diz que a *opposizione del terzo* é um misto de ação revocatória e de recurso, donde a tendência para se dizer que o recurso de terceiro prejudicado corresponde ao exercício de uma ação que se converteu em recurso.

²⁸⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, v. III, p. 390.

²⁸⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. *Op. cit.*, p. 277.

Em conclusão, o recurso de terceiro prejudicado não se caracteriza como uma nova ação deduzida no segundo grau de jurisdição, pois entre nós vige a proibição de inovar em sede recursal, conforme afirma NELSON NERY JUNIOR²⁹⁰, tratando-se essa intervenção de

[...] puro recurso, em que se pode pleitear a nulidade da sentença por violação de norma cogente, mas não acrescentar nova lide ou ampliar a primitiva. Ao recorrer, o terceiro não pode pleitear nada para si, porque ação não exerce. O seu pedido se limita à lide primitiva e a pretender a procedência ou improcedência da ação como posta originariamente entre as partes.

Admitir que o terceiro prejudicado possa recorrer leva a inevitáveis ponderações acerca da abrangência da legitimidade que a legislação lhe outorga. Tem ele direito ao recurso adesivo? A redação do artigo 500 do Código de Processo Civil parece afastar a hipótese, já que somente quem é recorrido em relação ao recurso principal pode interpor o adesivo e, como terceiro, ele não participava do feito. Mas entende que sim Fredie Didier Júnior²⁹¹, principalmente quando poderia ter sido assistente litisconsorcial e não foi, podendo fazê-lo, pois fica submetido à coisa julgada material.

Outra questão que se apresenta é a necessidade do prequestionamento para a interposição dos recursos excepcionais. Submete-se o terceiro a essa exigência? Os tribunais têm decidido de forma não unânime, ora pela

²⁹⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Recurso de terceiro**..., p. 67.

²⁹¹ STJ, 3ª T., REsp. 248.089/PR, vencidos os Ministros Pádua Ribeiro e Menezes Direito – “O prequestionamento constitui requisito indispensável, para que se possa conhecer do especial, por não ser possível violar a lei ou configurar-se o dissídio em relação a tema não examinado. Trata-se de exigência que deriva da própria previsão constitucional desse recurso. Também o terceiro que se considere juridicamente atingido pela decisão, haverá de apresentar pedido de declaração, se o tema que pretende versar não houver sido examinado pelo acórdão”.

afirmativa²⁹² ora pela negativa²⁹³. Parece, no entanto, que se a decisão apreciou a questão, expressa ou implicitamente, pode o terceiro entrar com recurso especial ou extraordinário; se não o fez, pode provocar o órgão julgador a manifestar-se por embargos de declaração. E quando se revelar impossível esse prequestionamento, deve o entendimento ser mitigado, pois não se pode negar ao terceiro prejudicado a possibilidade de recorrer por falta de prequestionamento.

4.2. Legitimação no processo de execução

A teoria da ação como direito subordinado a condições, adotada pelo Código de Processo Civil vigente na forma inicialmente proposta por ENRICO TULLIO LIEBMAN, também se aplica ao processo de execução, embora existam opiniões contrárias na doutrina. Para CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO²⁹⁴, assim como acontece no processo de conhecimento, o Estado não confere o direito de agir em busca da satisfação do crédito por meio do processo de execução a toda e qualquer pessoa, mas somente àquele que realmente estiver ligado à relação jurídica a que cada execução em concreto se coordena instrumentalmente (legitimidade ativa), sujeitando às medidas executivas aquele que também estiver ligado àquela relação (legitimidade passiva).

²⁹³ STJ, 2ª T., REsp. 18.550-0/SP, rel. Min. Antonio de Pádua Ribeiro – “Recurso especial. Legitimidade para manifestá-lo do litisconsorte necessário que não participou da causa. Desnecessidade, em tal caso, de prequestionamento. Processo civil. Embargos à arrematação. Indispensabilidade da presença do arrematante como litisconsorte necessário (CPC, art. 47, parágrafo único). Nulidade do processo. I- O litisconsorte necessário pode manifestar recurso especial, mesmo que não tenha participado da causa, fazendo-o na qualidade de terceiro prejudicado (CPC, art. 499, *caput*, § 1º). II – Na hipótese mencionada é dispensável o prequestionamento, pois o recorrente só entrou nos autos após a prolação do acórdão, para insurgir-se contra ausência de sua citação como litisconsorte necessário”.

²⁹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições...**, v. IV, p. 422-423.

Como a execução apóia-se no título executivo, este, em regra, revela os legitimados para a relação processual executiva, ou pelo menos fornece os dados para sua identificação, instalando-se a favor e contra as pessoas ali designadas. Excluídos os casos de substituição processual, a legitimidade no processo de execução é caracterizada pela aderência do exequente e do executado às situações de credor e devedor, respectivamente, da dívida executada.

Configurada a ausência da legitimidade, haverá carência de ação, com a extinção do processo sem solução, por não tolerar o sistema processual vigente seja prestada a tutela jurisdicional senão entre partes legítimas. Mas pode ocorrer de a legitimação não encontrar respaldo no título executivo como no caso do credor concorrente não munido de título. Também, em alguns casos, o título pode não indicar quem tem qualidade para figurar como parte, como na hipótese de legitimado independente e extraordinário, conforme esclarece HUMBERTO THEODORO JÚNIOR²⁹⁵ quando escreve:

[...] não se pode, entretanto, deixar de reconhecer que o título executivo, sendo a base obrigatória de toda execução, é também a fonte natural de onde se extraem, direta ou indiretamente, todas as condições da ação executória: a possibilidade jurídica, o interesse e a legitimidade da parte. Fatos supervenientes podem influir nessas condições ampliando-as e até substituindo algumas delas por inteiro, o que conduz ao alargamento das fontes de legitimidade, mas não autoriza *data vênia*, retirar do título executivo sua aptidão natural para a genérica configuração das partes legítimas da ação executória”.

Historicamente, o primeiro legitimado para propor a execução foi o

²⁹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O processo civil brasileiro no limiar ...**, p. 250.

vencedor da ação condenatória; mais tarde, equiparou-se à sentença de condenação certos títulos extrajudiciais representativos de confissão de dívida, revelando em seu contexto, diretamente, as figuras do credor e do devedor, que são as partes legítimas para o processo executivo. No sentido de que no processo de execução a legitimidade revela-se através do título executivo, que individualiza as posições de credor (legitimado ativo) e devedor (legitimado passivo), concordam inúmeros doutrinadores, entre eles **ÁLVARO LUIZ VALERY MIRRA**²⁹⁶.

O Código de Processo Civil trata da legitimação ativa no artigo 566, em que se encontra a legitimação originária, que decorre do conteúdo do próprio título executivo e compreende o credor e o Ministério Público; e no artigo 567, em que se especifica a legitimação derivada ou superveniente, que corresponde às situações formadas posteriormente à criação do título, como nas hipóteses de sucessão *inter vivos* ou *causa mortis*.

Aplicando-se ao processo de execução as classificações referentes à legitimidade válidas para o processo de conhecimento, sendo a mais usual aquela que divide a legitimidade em ordinária e extraordinária, tendo por base o artigo 6º do Código de Processo Civil, pode-se afirmar que o artigo 566 estabelece dois casos de legitimação ativa: a ordinária (do credor) e a extraordinária (do Ministério Público). O credor é legitimado ativo ordinário, uma vez que está em juízo defendendo direito próprio. Alcides de Mendonça Lima²⁹⁷ atesta que o credor tem legitimação ordinária primária, porque é a que decorre diretamente da obrigação reconhecida ou constituída. O credor

²⁹⁶ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Um estudo sobre a legitimação para agir no direito processual civil – A legitimação ordinária do autor popular. **RT 618**, p. 36.

²⁹⁷ ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro:

figura na sentença ou no negócio jurídico, por si mesmo e, assim, tem legitimidade para instaurar o juízo executório.

O Ministério Público é considerado ora na função de órgão agente (artigo 81), ora de órgão interveniente (artigo 82), apresentando-se como legitimado ativo extraordinário, sendo exemplo o caso da ação popular quando o autor popular não promove a execução. Assim, o Ministério Público tem apenas a condição de titular do direito de estar em juízo.

Quando o direito reclamado em juízo é transmitido para outra pessoa, defende direito próprio por força da transmissão, falando-se então em legitimidade ordinária superveniente ou derivada.

De acordo com HUMBERTO THEODORO JÚNIOR²⁹⁸, a legitimação derivada ocorre em face da modificação subjetiva da lide, e os fatores determinantes da sucessão tanto podem ser *causa mortis* como *inter vivos*, podendo ocorrer antes ou após o início da execução. No artigo 567 do Código de Processo Civil, encontra-se o rol dos legitimados ativos supervenientes, pessoas que não foram partes na formação do título executivo, ou seja, pessoas estranhas à relação jurídica material que se tornam legitimadas por serem sucessoras do credor, sendo elas o espólio, os herdeiros ou sucessores do credor, o cessionário e o sub-rogado. O espólio, enquanto massa necessária da herança indivisa, muito embora o sistema não atribua qualidade de pessoa jurídica, é legitimado ativo ordinário para a execução, bem como o herdeiro, que sucede ao morto, em seu patrimônio, por

Forense, 1974, v. 6, p. 69.

²⁹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. II, p. 43.

direito próprio ou por disposição testamentária. Também o cessionário, cabendo-lhe o ônus de demonstrar a cessão, a fim de legitimar-se à causa e o sub-rogado, que paga a dívida de outrem, quer nos casos de sub-rogação legal ou sub-rogação convencional e que a par com a exibição do título executivo, terá o ônus de comprovar a sub-rogação. O Código de Processo Civil omitiu-se quanto à massa falida, o condomínio e a herança jacente ou vacante, mas arrolando o espólio, como universalidade capaz de promover execução, por óbvio a ele equiparou as demais massas patrimoniais.

O artigo 568 do Código de Processo Civil indica como legitimados ordinários passivos o devedor, o espólio e os herdeiros, o novo devedor, o fiador judicial e o responsável tributário, no escólio de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR²⁹⁹, classificados como devedores originários, seus sucessores e os apenas responsáveis.

Esta última espécie decorre da distinção que se faz modernamente entre dívida e responsabilidade, desdobrando-se a obrigação nesses dois elementos: o de ordem pessoal, que é a dívida, e o de caráter patrimonial, que é a responsabilidade. Normalmente os dois elementos se reúnem na mesma pessoa, pois não pode existir dívida sem responsabilidade, mas o contrário é possível, pois uma pessoa pode sujeitar seu patrimônio ao cumprimento de uma obrigação sem ser o devedor. É o caso do fiador judicial, ou do sócio solidário frente à dívida da sociedade. Também há profunda diferença entre a relação que vincula o devedor ao credor, que é de direito material e a relação que sujeita o responsável, que é de direito processual. Enquanto na primeira existe obrigação, na segunda há sujeição, e os bens do responsável sofrem os

²⁹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito...**, v. II, p. 45.

efeitos da execução em razão da sujeição que é inerente à relação processual, que os destina à satisfação compulsória do direito do credor.

Para alguns, trata-se de legitimação extraordinária. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO³⁰⁰ discorda, pois o fiador judicial ao assumir a obrigação de prestar a fiança, passa a ter legitimidade ordinária conforme ensina “ao afiançar, essa pessoa se torna, como qualquer fiador, titular de uma obrigação acessória e subsidiária; é, portanto, um autêntico devedor e não mero responsável.

Em comentário aos dispositivos legais pertinentes, ALCIDES DE MENDONÇA LIMA³⁰¹ afirma tratar-se de modalidade incomum de substituição processual, denominada por CARNELUTTI de substancial, porque o substituto não se limita a estar em juízo, na defesa de direito alheio, mas ele é atingido no seu próprio patrimônio pelos efeitos da execução. Isso não acontece com o normal substituto processual sobre o qual não incidem os efeitos da decisão da lide ou do inadimplemento de título extrajudicial.

A efetivação da sentença coletiva, em se tratando de direitos difusos e coletivos, obedece, em regra, à mesma orientação estabelecida para o processo individual, com algumas particularidades. O legitimado coletivo que tenha atuado como autor na ação de conhecimento que culminou com a condenação do réu, deve, após o trânsito em julgado da sentença, dar início à execução, que conforme os parâmetros fixados pelo Código de Processo Civil, poderá ser, inclusive, provisória. Durante o prazo de sessenta dias, contado a partir da certidão do trânsito, o autor coletivo tem legitimidade

³⁰⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, v. IV, p. 134.

exclusiva para requerer a execução, que após esse prazo é facultada aos demais co-legitimados e ao Ministério Público.

Na ação para defesa dos interesses individuais homogêneos, a ação coletiva objetiva sentença com condenação genérica, que se limite a fixar o *an debeatur*, ou seja, o dever de indenizar, delimitando a responsabilidade ou não pelos danos, mas sem apresentar a extensão dessa responsabilidade. Então, será necessário determinar especificamente o montante da indenização, o que determina se proceda à liquidação da sentença.

Tratando-se de direito individual, legitimado para a liquidação e execução é o interessado individual, titular do direito pleiteado e reconhecido, em detrimento dos entes coletivos que tenham figurado no processo de conhecimento.

Mas a execução da tutela coletiva que trata dos direitos individuais homogêneos pode ser individual ou coletiva e, quando individual, pode ser realizada por ente coletivo, mediante representação. Constatada a falta de interesse pela execução individual, em razão do decurso do prazo fixado em lei, os entes legitimados para a propositura da ação de conhecimento poderão propor execução coletiva do julgado.

4.3. Legitimação no processo cautelar

³⁰¹ LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao código...*, v. 6, p. 117.

A ação cautelar nasce também da lide, da necessidade de segurança da parte contra um risco, que provoca a antecipação da medida na luta contra o tempo (prevenção), ou a manutenção do *status quo* entre as partes. NELSON NERY JÚNIOR³⁰² afirma que se “sustenta-se existirem as três identidades no processo cautelar: jurisdição, processo e ação, tem-se de dizer haver condições da ação no processo cautelar”.

Assim, pode-se apontar como condições da ação cautelar a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade para agir e o interesse. Quanto à legitimação, quando a ação cautelar anteceder o processo principal, ela será proposta pelo futuro autor da demanda principal ou quando incidente pelo autor ou réu da ação em curso, desde que presentes os respectivos pressupostos. GALENO LACERDA³⁰³ entende que essa legitimação é bastante ampla nos casos de “pedido cautelar administrativo”, denominação que dá às medidas “que não pressupõe a existência atual da lide, ou, se existente esta, não reclamam do juiz ato jurisdicional, porque se apresentam desacompanhadas de questão”. Nesta hipótese, não é necessário ao interessado o nexos de identidade que caracteriza a *legitimatío ad causam* como uma das condições da ação, bastando a afirmação de interesse legítimo para autorizar a segurança.

Existem ainda dois institutos que são colocados na ação cautelar, por alguns autores, como condições especiais ou específicas e que são o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. O primeiro pode ser traduzido como

³⁰² NERY JÚNIOR, Nelson. Do processo cautelar. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 39, 1985, p. 184.

³⁰³ LACERDA, Galeno. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, v.

“perigo na demora”, em sentido literal, restrito; e o segundo como “aparência de bom direito”. NELSON NERY JÚNIOR³⁰⁴, no entanto, afirma que as condições específicas subsumem-se na condição genérica do interesse processual, do qual são mero desdobramento, posicionando-se esse doutrinador: “Particularmente, acho que não existem condições específicas da ação cautelar. Só há três condições da ação, dadas pelo Código. Não posso criar outras, além daquelas previstas pela lei”.

Nas ações cautelares, como é sabido, não se decide sobre a existência do direito de ação, que é ou será objeto do processo principal, mas apenas sobre o direito à segurança do resultado procurado na ação principal. Na ação cautelar deverá o juiz decidir se é ou não fundado o temor da parte de que lhe venham a faltar as circunstâncias favoráveis à concessão da tutela pretendida.

Conforme magistério de LIEBMAN³⁰⁵ são condições específicas da ação cautelar o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* e ao tratar das condições da ação cautelar, GALENO LACERDA³⁰⁶ também admite coexistirem de um lado, as genéricas, que são a possibilidade jurídica do pedido, a legitimação *ad causam* e o interesse de agir e, de outro lado, as específicas que são o *periculum in mora* (perigo de lesão pela demora no julgamento do processo principal) e o *fumus boni iuris* (aparência de bom direito).

Embora admita a existência das condições específicas representadas

VIII, tomo I, p. 43.

³⁰⁴ NERY JÚNIOR, Nelson. Do processo cautelar. **Revista de Processo**, v. 39, p. 184.

³⁰⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto..**, v. 1, p. 92 - “probabile esistenza di um diritto, di cui si chiede la tutela nel processo principale (*fumus boni iuris*) e fondato timore que, mentre si atende quella tutela, vengano a mancare le circostanze di fatto favorevoli allá tutela stessa (*periculum in mora*).

³⁰⁶ LACERDA, Galeno. **Comentários ao código...**, v. VIII, tomo I, p. 293-295.

pelo *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, equipara a necessidade da segurança em face do risco iminente ao interesse legítimo em eliminá-lo, representando sua ausência juízo de carência. Quanto à aparência de direito, afirma não se tratar de condição de ação, mas do próprio mérito, que leva ao provimento ou não do pedido, ainda que se trate de juízo provisório.

Existe controvérsia na doutrina quanto à real natureza do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*. Uma corrente doutrinária vê nesses dois requisitos o mérito da ação cautelar, já que essa é a única matéria que pode ser objeto da atividade instrutória a ser desenvolvida no processo cautelar. Adotam esse posicionamento MARCELO LIMA GUERRA³⁰⁷ e MARCOS DESTEFENNI³⁰⁸ que afirma

Considerando que na ação cautelar discute-se a ocorrência ou não do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* (*periculum damnum irreparabile*), a existência ou não de tais requisitos caracteriza-se como o mérito da ação cautelar. Portanto, tais requisitos não são condições da ação cautelar, mas verdadeiro mérito. As condições da ação cautelar não são diferentes das demais condições: possibilidade jurídica do pedido, legitimidade das partes e interesse processual.

Não se pode esquecer, porém, que mesmo colocados como mérito, a sentença que decidir a ação cautelar sempre produzirá apenas coisa julgada formal e não material, à exceção do reconhecimento da prescrição ou da decadência.

³⁰⁷ GUERRA, Marcelo Lima. **Estudos sobre o processo cautelar**. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 78.

³⁰⁸ DESTEFENNI, Marcos. **Curso de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 3, p. 37.

CAPÍTULO 5 - LEGITIMAÇÃO NAS AÇÕES COLETIVAS

5.1. Dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos

O processo civil tradicional foi criado para a tutela dos direitos individuais, concentrando-se na mesma pessoa a figura do titular do direito material e do legitimado para agir, enquadrando-se nesse modelo individualista o conceito de legitimidade trazido pelo Código de Processo Civil, em seu artigo 6º, quando o interesse aparece sempre ligado ao seu titular.

A evolução para uma sociedade industrializada, bem como a imersão do Estado nas relações sociais, fizeram surgir conflitos novos transcendentais das típicas confrontações interindividuais. Bens coletivos, sem dono certo, porém vitais a todos, constituem matéria-prima de uma vida comunitária estável e harmônica a ser juridicamente protegida, e a lesão ao bem coletivo indivisível significa lesão, ao mesmo tempo, de todos os componentes do grupo, reclamando instrumentos idôneos a uma efetiva tutela para as situações apresentadas, quer em sua perspectiva individual, quer em sua perspectiva coletiva.

Assim, despertando a sociedade para os interesses que transcendem o âmbito individual dos direitos, o que quer dizer, descobertos os interesses de

grupos ou comunidades, com conflitos que envolvem toda a coletividade e que reclamam proteção jurisdicional³⁰⁹, o tema da legitimidade para as ações coletivas³¹⁰ ganhou espaço, fazendo surgir indagações. Seriam as regras básicas da legitimação ordinária e extraordinária previstas no Código de Processo Civil vigente adequadas para explicar as novas relações jurídicas? Ou apresentam-se ineficientes, por estabelecer como elemento diferenciador a titularidade do interesse tutelado, reclamando novos conceitos, principalmente em face de um sistema em que a titularidade nem sempre é aferível? Como associar os conceitos tradicionais do sistema codificado, em que prevalece o critério da coincidência entre o autor da ação e o titular do direito material à nova realidade, em que a legitimação decorre da afirmação de ser o autor representante adequado do interesse em causa? Exige a nova vertente da ciência do processo, diferenciada, tratamento legislativo também diferenciado?

O Código de Defesa do Consumidor distingue os interesses supra ou metaindividuais, com lides derivadas das exigências e decorrências das relações existentes na moderna sociedade de massa, identificados como uma

³⁰⁹ ALPA, Guido. **Interessi difusi**. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 81, p. 146, 1996. Sobre a necessidade de novas formas de técnicas processuais para a tutela dos interesses coletivos, Guido Alpa afirma “ L'appartenenza al gruppo fa sì che le iniziative per promuovere la difesa dell'interesse diffuso debbano partire dal gruppo, ed investano quindi una dimensione superindividuale. Questa è la ragione vera della difficoltà dell'ingresso degli interessi diffusi nel novero delle situazioni soggettive conclamate: l'insufficienza e l'inadeguatezza del sistema processuale civile, penale, amministrativo ad offrire tecniche di tutela. Ciò perché il processo, derivando la sua essenza dalle azioni collegate con il diritto soggettivo e quindi da un'impronta individualistica, ha struttura essenzialmente individuale. Mentre l'interesse diffuso, proprio perché coglie la dimensione collettiva, richiede azioni di gruppo, decisioni che riguardano il gruppo e quanti altri vi possano appartenere.

³¹⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 35. Lembra o autor que “uma ação recebe a qualificação de ‘coletiva’ quando através dela se pretende alcançar uma *dimensão coletiva*, e não pela mera circunstância de haver um cúmulo subjetivo em seu pólo ativo ou passivo; caso contrário, teríamos que chamar de ‘coletiva’ toda ação civil onde se registrasse um litisconsórcio integrado por um número importante de pessoas, como se dá no chamado ‘multitudinário’. Na verdade, uma ação é *coletiva* quando algum nível do universo coletivo será atingido no momento em que transitar em julgado a decisão que a acolhe [...]”.

terceira categoria e tuteláveis pela via coletiva, como se pode constatar nas doutrinas de MARCO CRESTI³¹¹ e LUÍS FELIPE COLAÇO ANTUNES³¹² em: a) interesses difusos, que se caracterizam sob o aspecto objetivo, como indivisíveis quanto ao bem pretendido, sob o aspecto subjetivo, pela inexistência de relação jurídica-base, com titulares (pessoas ligadas por circunstâncias de fato) indeterminados e indetermináveis, conforme descritos no artigo 81, § único, inciso I; b) interesses coletivos, igualmente indivisíveis quanto ao objeto de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base (pessoas ligadas entre si por vínculo associativo), conforme descritos no artigo 81, § único, inciso II; e c) interesses individuais homogêneos, assim entendidos os de origem comum (direitos divisíveis, com titulares determinados), com vínculo determinado pela homogeneidade, que podem ir aos tribunais coletivamente, enfeixados numa primeira fase da demanda e individualizados depois, também descritos no artigo 81, § único, inciso III.

Afastada a possibilidade de fazer coincidir a *legitimatio ad causam* com a titularidade da relação litigiosa, bem como atribuir legitimação à

³¹¹ CRESTI, Marco. **Contributo allo studio della tutela degli interessi diffusi**, Milano: Giuffrè, 1992, p. 4. Identifica os interesses supra-individuais como terceira espécie, que mais se aproxima dos direitos públicos, como explica: “L’altro aspetto da tenere presente è Che siamo in presenza di interessi Che non appartengono al novero delle situazioni tradizionalmente ammesse allá tutela giurisdizionale, quali sono quelle Che ricollegano al diritto de proprietà, al diritto di impresa, o a particolari status professionali, ma si tratta invece dell’interesse allá tutela dell’ambiente, del paesaggio, del patrimônio storico ed artistico, dell’interesse al razionale ed ordinato sviluppo urbanístico dei centri abitati, al contenimento delle tariffe dei pubblici servizi e del prezzo dei prodotti di largo consumo, al miglioramento delle condizioni di sicurezza nelle quali si svolge la circolazione dei veicoli sulle pubbliche strade... siamo in presenza di interessi pubblici, in quanto tali non riconducibili allo schema di una situazione soggettiva individuale”.

³¹² ANTUNES, Luís Felipe Colaço. **A tutela dos interesses difusos em direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1989, p. 61. Também cogita de uma terceira categoria de interesses “para dar solução a este problema da natureza jurídica dos interesses difusos, julgamos que a melhor forma não é preencher com novos conteúdos os institutos elaborados no passado, mas avançar para um *tertium genus*, que a meu ver deve ser a figura do direito subjetivo público.

totalidade dos interessados, em litisconsórcio ativo e, principalmente, deixando de lado boa parte da doutrina que se negava a admitir a legitimidade de entes despersonalizados para a defesa judicial dos interesses de massa, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA³¹³ cogitava da existência da

[...] a) legitimação *concorrente* (e ‘disjuntiva’) dos co-titulares, que ficam habilitados a agir em juízo, na defesa do interesse comum, quer isoladamente, quer mediante a formação de um litisconsórcio *voluntário*;

b) legitimação de pessoas jurídicas (sociedades, associações) cujo fim institucional consista precisamente na defesa do interesse em foco, e que, ao lado desse requisito, ou talvez mesmo sem ele, ofereçam boa garantia de ‘representar’ de maneira adequada, com sinceridade e eficiência, o conjunto dos interessados; eventualmente, também de entidades *não* dotadas de personalidade jurídica no plano do direito material, ou até de grupos formados com o puro e específico objetivo de movimentar o pleito;

c) legitimação de órgãos do próprio aparelho estatal, de que constitui protótipo o Ministério Público.

E contra a crítica dos que entendiam não ser possível atribuir a entidades a defesa dos direitos coletivos, NELSON NERY JUNIOR³¹⁴ lembra que os institutos ortodoxos do processo civil não podem se aplicar aos direitos transindividuais, porque o processo civil foi idealizado como ciência há mais de um século, notavelmente influenciado pelos princípios liberais do individualismo, que caracterizaram as grandes codificações do século XIX e deixar de conceder legitimação para que alguém, ou alguma entidade, ou organismo possa vir a juízo na defesa dos direitos e interesses difusos ou coletivos, “é ofender o princípio constitucional que garante o acesso à Justiça por meio do exercício do direito de ação judicial”.

³¹³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. **Revista de Processo**, v. 39, 1985, p. 59.

³¹⁴ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 116.

Também JOSÉ ALBUQUERQUE ROCHA³¹⁵ lembra que no caso dos entes coletivos a legitimação apresenta perfil singular. Por isso,

[...] exige rupturas com os critérios classificatórios clássicos, ancorados nos dogmas do liberalismo, que vê o conflito social como choque de interesses interindividuais, visão insuficiente para explicar a atual realidade sócio-jurídica, caracterizada pelo surgimento dos conflitos coletivos.

Ora, os pontos sensíveis de qualquer processo civil coletivo residem na adequada estruturação dos esquemas de legitimação ativa e da coisa julgada, que romperam os grilhões impostos pelas teorias que exigiam rigorosa correspondência entre a titularidade do direito material e a titularidade da ação e não aceitavam exceções ao princípio da coisa julgada que, quanto aos seus limites subjetivos, estritamente se confinava às partes³¹⁶.

E, na crescente busca pela efetividade do processo, assumiu papel extremamente relevante nova técnica de legitimação para as causas referentes aos direitos difusos e coletivos, em que pela impossibilidade de identificação ou particularização dos titulares desses interesses, atribui-se legitimidade a alguém para agir em juízo em nome dos demais.

³¹⁵ ROCHA, José Albuquerque. **Op. cit.**, p. 182.

³¹⁶ MORELLO, Augusto Mario. Las nuevas exigencias de tutela. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 31, 1983, p. 214-215) Morello afirma a necessidade de nova leitura dos conceitos relacionados à legitimação e extensão da coisa julgada: “El proceso judicial contencioso clasico no es bastante para abastecer controversias cargadas de matices sociales que afectan a grupos, categorias o clases, más que a situaciones patrimoniales singulares. Es entonces cuando hacen crisis explicaciones y técnicas imaginadas para otros fenómenos e impotentes para regular, sin incisivas adecuaciones, una realidad compleja y distinta. Las acciones de clase o colectivas, la legitimación de obrar, los efectos subjetivos de la cosa juzgada, la pérdida de neutralidad del juez con la consecuente ‘responsabilidad social’ del resultado eficaz del Servicio, cuando es más que el mediador que se contenta con la verdad formal de los hechos que le proponen las partes, porque debe integrativamente hacer mucho de si para arribar al profundo y real convencimiento, sin lo cual no podra derivarse en la justa solución, son retos que desafian al jurista y lo espolean a imaginar lo razonablemente posible en cambios y adecuaciones que traen, con perentoriedad, los cada vez más intensos reclamos de nuevas

Basta observar o conteúdo das leis da ação popular (Lei nº 4717/65 e artigo 5º, inciso LXXIII, da CF), da ação civil pública (Lei nº 4347/85 e artigo 129, inciso III, da CF), do mandado de segurança coletivo (artigo 5º, inciso LXX, da CF), das ações coletivas do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8078/90), da substituição processual pelos sindicatos (artigo 8º, inciso III, da CF), além das leis nº 7853/89 (apoio às pessoas portadoras de deficiência física), nº 8069/90 (ECA), nº 7913/89 (proteção dos investidores do mercado de valores mobiliários), nº 8.429/92 (que trata dos atos de improbidade administrativa) e nº 8625/93 (legislação orgânica do Ministério Público).

Resta saber se das categorias processuais existentes, na legitimação para as ações coletivas tem-se a legitimação ordinária; a representação (em que o representante age em nome do representado); a legitimação extraordinária; a substituição processual (em que o legitimado age em nome próprio defendendo direitos alheios); ou ainda se teriam razão aqueles que afirmam tratar-se de um *tertium genus*.

Afirma grande parte dos doutrinadores que a titularidade ativa das ações coletivas é sempre baseada na legitimação extraordinária, quando se tem o fenômeno da substituição processual. Já SÉRGIO SHIMURA³¹⁷ admite que a legitimação se revela como ordinária, quando as ações objetivam a proteção de direitos difusos e coletivos, uma vez não se poder identificar o titular do direito e, restando, pois, vedada a afirmação de que age em nome próprio na defesa de direito alheio; mas quando a ação coletiva tiver por

tutelas”.

objeto direitos individuais homogêneos, a legitimação será extraordinária, com a caracterização da substituição processual.

JOSÉ ALBUQUERQUE ROCHA³¹⁸, aplicando as noções sobre legitimação à defesa dos interesses supra-individuais, classifica como representação o agir dos entes coletivos em favor de direitos de grupos sociais organizados e definidos (coletivos *stricto sensu*), e como institucional o poder de invocar judicialmente a proteção de interesses pertencentes a pessoas entre as quais não há vínculo jurídico (difusos), explicando:

Se as pessoas jurídicas são sujeitos de relações jurídicas, autônomas e alheias às pessoas físicas que as integram, então não se pode dizer que as mesmas sejam substitutos processuais das segundas. Em verdade, ao pleitearem em juízo o fazem em seu nome próprio e na defesa de direitos que lhes são próprios. Logo, sua legitimação é ordinária. Se porém, os interesses são de grupos sociais definidos e organizados, a legitimação dos entes coletivos é de natureza representativa.

Trata-se, porém, de questão em aberto, que precisa ser estudada no que diz respeito a cada situação, pois embora os indicados no artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor não sejam os titulares do interesse material subjacente à pretensão, rotulá-los de legitimados extraordinários ou mesmo de substitutos processuais é leviano, afirmando NELSON NERY JUNIOR e ROSA NERY³¹⁹ que o substituto processual sempre atua em lugar de pessoa determinada, que é o substituído, e como nas ações coletivas os substituídos seriam indetermináveis (interesses difusos) ou indeterminados (interesses coletivos), desaparecendo a precisão, restaria comprometida a configuração

³¹⁷ SHIMURA, Sérgio. **Tutela coletiva e sua efetividade**. São Paulo: Editora Método, 2006, p. 53.

³¹⁸ ROCHA, José Albuquerque. **Op. cit.**, p. 197.

³¹⁹ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa. **Código de processo...**, p. 268.

do instituto.

5.2. Legitimidade na ação popular

De acordo com JOSÉ AFONSO DA SILVA³²⁰, a ação popular é “meio de participação do cidadão na vida política do Estado, no que tange à fiscalização do patrimônio público, à defesa da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio cultural”. Instrumento de defesa dos interesses da coletividade é utilizável por qualquer de seus membros, tendo como requisitos a exigência de que o legitimado seja cidadão brasileiro (pessoa física), porque se funda no direito político do cidadão, a ilegalidade ou ilegitimidade do ato a invalidar e a lesividade do ato ao patrimônio público. Tem finalidade preventiva quando proposta antes da consumação do ato lesivo e, repressiva, quando depois da lesão, objetiva a reparação pelo dano, podendo ter natureza corretiva da atividade administrativa, ou supletiva da inatividade do Poder Público.

Na ação popular, a situação legitimante é a prevista no artigo 5º, inciso LXXIII da Constituição Federal e nos artigos 1º e 4º da lei nº 4717/65, ou seja, a atribuição, a qualquer cidadão, do direito à gestão eficiente da coisa pública e, no estudo dessa situação legitimante busca-se, em primeiro, a definição de cidadão. O cidadão, no exercício da ação popular, deve ser definido pela concomitância da dupla condição de pessoa de nacionalidade brasileira, no gozo dos direitos políticos, legitimando-se, portanto, para a

³²⁰ SILVA, José Afonso da. **Ação popular constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 185.

ação popular o cidadão-eleitor.

Entende SÉRGIO SHIMURA³²¹ descabido indagar se a legitimidade do autor popular é ordinária ou extraordinária,

[...] uma vez que os legitimados serão sempre os catalogados expressamente em lei. O legislador entendeu que tais legitimados são os 'adequados', não permitindo outras discussões, nem pelo próprio lesado, nem pelo juiz (salvo na apreciação do requisito da pré-constituição da associação, cf. § 4º do art. 5º, LACP).

Entretanto, não se encontra uniformidade de entendimento na doutrina. Há corrente que afirma ser extraordinária a legitimidade do cidadão na ação popular, figurando este como verdadeiro substituto processual em defesa do interesse que toda coletividade tem a um governo probo e a uma administração decente ou, na visão de CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO³²², em defesa do interesse da Administração.

A titularidade pertence a toda coletividade e o cidadão, por economia e efetividade processual, substitui os demais membros da coletividade, postulando em juízo de maneira a alcançar a todos com o pronunciamento da decisão final de mérito. Sobreleva-se o interesse da coletividade em detrimento do interesse do cidadão em sua individualidade e o efeito *erga omnes* (artigo 18 da lei nº 4717/65), desde que não julgada improcedente por insuficiência de provas, reforça o caráter de legitimado extraordinário, pois obtém sentença que atinge mesmo os que não figuraram no processo. O autor popular vem a juízo proteger um bem maior que sua pretensão particular,

³²¹ SHIMURA, Sérgio. **Op. cit.**, p. 52.

³²² CINTRA, José Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1991, p. 231.

vem defender a sociedade atingida por ato lesivo à *res pública*, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Age em nome próprio, na defesa de direito de outrem.

JOSÉ FREDERICO MARQUES³²³ afirma que o autor em uma ação popular “não defende direito seu em Juízo, e sim o da comunidade, de que é parte integrante” e à qual cabe “o direito a uma administração honesta”. MIGUEL SEABRA FAGUNDES³²⁴ também define como titular do direito o ente público porquanto poderia

[...] ele mesmo, através do Ministério Público, ou por determinação de representantes outros, que tivessem sucedido aos responsáveis pessoais pelo ato, promover a sua anulação judicial, ou até anulá-lo por ato próprio (revogação ou, mais propriamente, anulamento), por constatada a sua incompatibilidade com o texto da lei.

Na mesma senda, EPHRAIN DE CAMPOS JÚNIOR³²⁵, lembrando do efeito *erga omnes* da coisa julgada na ação popular, conclui que em relação aos demais cidadãos, há verdadeira “substituição da atividade dos que não agiram pela atividade do autor da ação, que os atinge” e observa WALDEMAR MARIZ DE OLIVEIRA JÚNIOR³²⁶ que embora a comunidade não tenha personalidade jurídica, o legislador, para melhor tutelar seus interesses, houve por bem “admitir a legitimação de qualquer cidadão para propor a ação popular, vale dizer, permitiu sua substituição em Juízo, por alguém legitimado em caráter extraordinário para tal fim”.

Uma segunda corrente doutrinária entende que o cidadão age em nome

³²³ MARQUES, José Frederico. As ações populares no direito brasileiro. **Revista Forense**, v. 178, p. 51.

³²⁴ FAGUNDES, Miguel Seabra. A posição do autor nas ações populares. **Revista Forense**, v. 164, p. 17.

³²⁵ CAMPOS JÚNIOR, Ephrain. **Op. cit.**, p. 45-46.

próprio, em defesa de direito próprio, uma vez ser ele titular do interesse difuso.

O fato de o cidadão integrar a coletividade torna-o um legitimado ordinário, não representando nem substituindo ninguém. Embora a finalidade seja de índole coletiva, esta se dá por via reflexa, em consequência do atendimento da pretensão do autor em particular. É um direito do próprio cidadão e ele atua em defesa desse seu interesse, que corresponde ao exercício da sua função fiscalizadora.

Assim, para ÁLVARO LUIZ VALERY MIRRA³²⁷, a legitimidade do autor popular é ordinária, pois é um dos titulares do direito material; ele busca proteger em nome próprio um direito, que fundado na sua condição de cidadão, também lhe é próprio, sendo a própria natureza específica do direito objeto da ação, que exige a extensão dos efeitos da sentença e da autoridade da coisa julgada a quem não foi parte. Não se encaixa na figura do substituto processual, já que não existe vínculo entre o autor e os membros da coletividade e sua atuação não exclui a de outros cidadãos legitimados a ingressar na qualidade de litisconsortes. LUÍS ALBERTO DAVID ARAÚJO e VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR³²⁸ também entendem que

[...] diferentemente do que outrora se sustentou, o autor popular não milita como substituto processual. Antes veicula por meio dessa ação direito próprio, determinado pela titularidade subjetiva da prerrogativa constitucional de ter o patrimônio público, ao qual o

³²⁶ OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. **Op. cit.**, p. 162.

³²⁷ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Um estudo sobre a legitimação para agir no direito processual civil – a legitimação ordinária do autor popular. **RT 618**, p. 45.

³²⁸ ARAÚJO, Luís Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 147.

administrado está relacionado, gerido de forma honesta.

JOSÉ AFONSO DA SILVA³²⁹, afirmando tratar-se de legitimidade ordinária, assim se expressa “o cidadão, que a intenta, fá-lo em nome próprio, por direito próprio, na defesa de direito próprio, que é o da sua participação na vida política do Estado”.

Também RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO³³⁰ explica que a ação popular está inserida na Constituição Federal, no capítulo que concerne aos direitos e garantias fundamentais, e se em sua finalidade apresenta-se como coletiva, seu exercício é garantido ao cidadão, de maneira concorrente-disjuntiva com os demais; quando toma a iniciativa da ação, o autor popular exerce, “enquanto cidadão no gozo de direitos políticos, a sua *quota-parte* no direito geral a uma administração proba e eficaz, pautada pelos princípios assegurados nos arts. 37, 170, 215 e outros da CF” e, sob esse aspecto, não há necessidade de recorrer à figura da substituição processual para explicar sua atuação em juízo.

Para JOSÉ IGNACIO BOTELHO DE MESQUITA³³¹, ambas são construções insuficientes porque não explicam, em primeiro, como o direito que pertence a todos não pertence a quem propõe a ação e, em segundo, porque não explica como o ente público tem legitimação para figurar como réu na ação popular. Afirma ser mais coerente a doutrina de CHIOVENDA³³², que distingue a ação popular em supletiva e corretiva, afirmando que só na primeira o autor é substituto processual: “A ação popular corretiva, ao inverso da supletiva, é

³²⁹ SILVA, José Afonso da. **Op. cit.**, p. 185.

³³⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular**, p. 153.

³³¹ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **Teses, estudos e pareceres...**, p. 240.

³³² CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições...**, v. II, p.351.

um direito de que o autor é sujeito e do qual não tem apenas o exercício”. Como JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA³³³ afirma que a ação popular no Brasil não é do tipo supletivo, mas sim corretivo, chega-se, à luz da doutrina de CHIOVENDA, à conclusão de que o autor popular não seria um substituto, mas agiria em defesa de direito próprio.

JOSÉ LEBRE DE FREITAS³³⁴, discorrendo sobre a ação popular portuguesa, cuja titularidade ativa a legislação atribui a: a) qualquer cidadão, no gozo dos direitos civis e políticos; b) a associações e fundações, com personalidade jurídica, defensoras dos interesses previstos na lei por atribuições ou objetivos estatutários, independentemente de terem interesse direto na demanda, mas desde que não exerçam atividades profissionais concorrentes com as empresas ou profissionais liberais; e c) a autarquias locais em relação aos interesses de que sejam titulares residentes na área da respectiva circunscrição, dispensando expressamente o autor popular de mandato, ou autorização expressa, conclui que

[...] a tutela dos interesses colectivos e difusos radica numa concepção objetiva do direito e que o cidadão ou a associação que proponha uma acção com esse fim faz valer uma *legitimidade originária específica*, independente da radicação dum direito subjectivo ou dum interesse material.

Assim, JOSÉ LEBRE DE FREITAS caracteriza a legitimação da lei portuguesa como concorrente e autônoma, no sentido de que a legitimidade de um não exclui a do outro, podendo qualquer dos legitimados exercer o direito de ação, sem necessidade de intervenção dos demais.

³³³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro. **Revista Forense**, v. 273, p. 3.

³³⁴ FREITAS, José Lebre de. **Introdução ao processo civil**: conceito e princípios gerais, à luz do código revisto. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 96.

Analisando a legitimação do autor popular, desenvolve JOSÉ IGNACIO BOTELHO DE MESQUITA³³⁵ seu posicionamento, dizendo que a ação popular visa à anulação ou declaração da nulidade do ato, mais a condenação ao pagamento da indenização pela lesão causada. Funda-se, portanto, na ocorrência das causas de nulidade previstas na lei e no direito subjetivo da entidade lesada a obter a reparação. Assim, em relação ao primeiro direito, age o autor em nome próprio no exercício de direito próprio, é a ação corretiva um direito de que o autor é sujeito e do qual não tem apenas o exercício. Já em relação ao segundo, é substituto processual, pois age em nome próprio, mas na defesa do direito das entidades lesadas pelo ato impugnado.

Assim, a substituição processual explica a legitimação do autor popular para o pedido de indenização, já que o direito é do ente público lesado pelo ato impugnado; mas o direito à anulação ou declaração da nulidade não é direito à prestação de quem quer que seja, quer no plano material, quer no plano processual.

Trata-se de situação que foge à estrutura clássica dos direitos subjetivos, porque no plano do direito material não lhe corresponde nenhuma obrigação; afirma JOSÉ IGNACIO BOTELHO DE MESQUITA que é “hipótese em que a ação se funda numa situação substancial descrita na lei, diante da qual o Estado se obrigou a produzir a modificação jurídica”, complementando que dessa “situação substancial nasce um direito, sem dúvida, mas um direito contra o Estado à prestação da atividade jurisdicional, consubstanciada em

³³⁵ MESQUITA, José Ignacio Botelho de. *Teses, estudos e...*, p. 241-242.

sentença, esta sim produtora da modificação jurídica que operará *erga omnes*". Na ação popular, no que tange ao pedido de decretação da invalidade do ato, da ocorrência da causa apontada como de nulidade pela lei, nasce o dever do Estado de mediante sentença decretar a invalidade, a qual corresponde o direito à prestação jurisdicional.

Como não existe um direito subjetivo em que se funde o pedido de invalidade, inútil buscar a legitimação do titular da ação. Sobretudo, a relação jurídica nascida do ato impugnado não constitui o fundamento da ação, mas o alvo sobre o qual irão incidir os efeitos desconstitutivos da sentença. A legitimação apóia-se, pois, num interesse e não num direito subjetivo. Cabe a quem tem interesse na probidade que deve presidir os atos da administração, aos cidadãos eleitores, não se fundando num direito subjetivo, mas em uma situação substancial descrita pela lei.

Em resumo, a legitimação é atribuída com fundamento no interesse moral na probidade administrativa. É um interesse coletivo, que pertence a cada cidadão eleitor, como parte da coletividade dos eleitores. Como a ação popular tem duplo efeito, consistente na decretação da invalidade e na condenação, a cada um dos efeitos corresponde um direito: o direito à modificação jurídica mediante a sentença da qual é titular o próprio autor, e o direito à indenização de que é titular a entidade lesada; aqui age o autor popular em nome próprio, qualificando-se como substituto processual.

Quanto à legitimação passiva para a ação popular é bem clara a lei. Sujeitos passivos são as entidades titulares do patrimônio lesado pelo ato impugnado, os beneficiários diretos do ato e os responsáveis pelo ato,

identificados estes como as pessoas cuja atuação sujeita-se às normas que disciplinam a Administração Pública direta e indireta, porque a ação popular não tem por fim servir de instrumento de controle dos atos dos particulares, mas sim, dos atos dos agentes e órgãos do Estado. E quanto a estes, pergunta-se, se optando a pessoa jurídica de direito público por determinado pólo da relação jurídica processual, pode postular sua modificação. LUIZ MANOEL GOMES JÚNIOR³³⁶, em conclusão de parecer de sua lavra, afirma ser “a opção pelo pólo discricionária”, a juízo do representante legal da entidade, podendo alterar-se “o pólo desde que se afigure útil ao interesse público cuja proteção é almejada”.

5.3. Legitimidade na ação civil pública

A ação civil pública surgiu com a Lei nº 7.347/85, com a finalidade de apurar a responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Com a promulgação da Lei nº 8078/90, passou a tutelar também outros interesses difusos e coletivos. Genericamente considerada, é instrumento que conduz ao Judiciário os problemas de uma classe, grupo ou categoria de pessoas e utilizada para a tutela de interesses coletivos, com fim reparatório.

A ação civil pública tem como características, em primeiro, a

³³⁶ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. Ação popular – alteração do pólo jurídico da relação processual – considerações. *Revista Dialética de Direito Processual*, v. 10, p. 126, 2004. O autor insere ementa do acórdão do TJSP ap 207.166/54 Rel. Des. Ralpho Oliveira j. 07.08.2003: “não admitir a possibilidade de retratação da entidade de direito público seria onerar duplamente o patrimônio público, porquanto seria, na qualidade de co-ré, solidária ao administrador causador do dano ao erário

existência de pluralidade de pessoas determinadas, com interesse comum a todos os integrantes, mas com impraticável possibilidade de atuação conjunta e, em segundo, a legitimação de qualquer componente, com situação idêntica a dos demais, de poder agir em benefício de todos sem necessidade de autorização.

Têm legitimação ativa para a ação civil pública o Ministério Público, os entes políticos da federação (União Federal, Estados, Municípios), os órgãos da administração indireta (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista) e as associações civis. Trata-se de legitimação extraordinária concorrente, ou seja, a atuação de um dos co-legitimados não impede a atuação dos demais. A própria Constituição Federal em seu artigo 129, parágrafo 1º, estabelece que a legitimação do Ministério Público não impede a de terceiro, o que torna a concorrência um atributo da legitimação ativa.

A Constituição Federal expressa, no artigo 127, ser o Ministério Público instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. No artigo 129, inciso III, estabelece serem suas funções promover o inquérito civil e a ação civil pública para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Em face de suas finalidades institucionais, está o Ministério Público obrigado a ajuizar as ações quando cabíveis ou tem apenas discricionariedade para agir em face do conhecimento do fato lesivo? Entende-se que por ser apenas um dos co-legitimados, não se

pode imputar qualquer sanção para o caso de omissão, salvo se para privilegiar terceiros, quando então caberá sua responsabilização tanto no âmbito administrativo, como no cível e penal. No entanto, uma vez ajuizada a ação, não tem sobre ela qualquer disponibilidade, em virtude da relevância dos interesses tutelados. Da mesma forma, embora não esteja obrigado a dar prosseguimento à demanda abandonada, se constatar que a dimensão do dano ou a relevância do bem jurídico a ser tutelado justifica, deve o Ministério Público, na ausência de outro legitimado, assumir o pólo ativo da demanda. Na ação civil pública, atuando como parte, tem legitimidade ordinária na medida em que exercita parte dos interesses da instituição, que lhe foram outorgados pela Constituição Federal e tem legitimidade subsidiária, quando em face da desistência infundada da ação por qualquer co-legitimado, pode assumir a titularidade ativa.

Jamais houve dúvida sobre a legitimação do Ministério Público para a tutela judicial de interesses coletivos, mas existem restrições doutrinárias³³⁷ e

³³⁷ Ação civil pública – Propositura pelo Ministério Público – Interesses e direitos individuais homogêneos – Relevância ou interesse social não evidenciado. Ilegitimidade *ad causam*. Carência da ação. Processo extinto, na forma do art. 267, VI, do CPC. Recurso provido. Visando à tutela jurídica de interesses ou direitos de membros de um grupo, portanto sem o caráter da indivisibilidade, não se enquadram na figura legal de coletivos propriamente ditos tais interesses e direitos, mas na classe dos interesses e direitos individuais homogêneos. Nessa hipótese, a legitimidade do Ministério Público depende da existência do interesse social do objeto da demanda, que se mede através da extraordinária dispersão de interessados ou da dimensão comunitária das demandas coletivas, diante de sua finalidade institucional, já que preordenado à defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, nos termos do art. 127 da Constituição Federal. Interesse social não evidenciado. Ap. Cív. 264.428.2-7/SP 5ª Câ. Civil de Férias, rel. Des. Ruyter Oliva.

Mas também em ACP movida contra aumentos abusivos de mensalidades escolares, o Plenário do STF no RE 163231-3/SP, rel. Min. Maurício Corrêa, reconheceu: “Quer se afirme na espécie interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, *stricto sensu*, ambos estão nitidamente cingidos a uma mesma relação jurídica-base e nascidos de uma mesma origem comum, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque incluem grupos, que conquanto atinjam as pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais, no sentido do alcance da ação civil pública, posto que sua concepção finalística destina-se à proteção do grupo. Não está, como visto, defendendo o Ministério Público subjetivamente o indivíduo como tal, mas sim a pessoa integrante do grupo. Vejo, dessa forma, que me permita o acórdão impugnado, gritante equívoco ao recusar a legitimidade do postulante, porque estaria a defender interesses fora da ação definidora de sua competência. No caso agiu o Parquet em defesa do grupo, tal como definido no Código Nacional de Defesa do Consumidor (art. 81,

jurisprudenciais quanto à legitimação do Ministério Público para atuar nos casos de interesses individuais homogêneos, que são divisíveis e individualizáveis e têm titularidade determinada. Aqueles que a admitem, entendem deva compatibilizar-se com a natureza e finalidades da instituição, que se destina, entre outras funções, à defesa de interesses sociais indisponíveis.

Na tentativa de pacificar o entendimento, o Conselho Superior do Ministério Público editou a súmula 7, com as situações em que estaria o Ministério Público legitimado para a tutela dos direitos individuais homogêneos³³⁸:

O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, como: a) os que digam respeito à saúde ou à segurança das pessoas, ou ao acesso das crianças e adolescentes à educação; b) aqueles em que haja extraordinária dispersão dos lesados; c) quando convenha à coletividade o zelo pelo funcionamento de um sistema econômico social e jurídico”.

Assim, mesmo em face de norma infraconstitucional, como é o caso do artigo 91 do Código de Defesa do Consumidor, em que a ação é “proposta em nome próprio e no interesse das vítimas e seus sucessores”, caracterizando-se como legitimação extraordinária, na forma de substituição processual, cumpre indagar se existe a compatibilidade com suas finalidades

incisos II e III) e pela Lei Orgânica Nacional do Ministério público (Lei 8625, de 12 de fevereiro de 1993), cujo artigo 25, inciso IV, letra a, o autoriza como titular da ação, dentre muitos, para a proteção de outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos”.

³³⁸ STJ REsp. 404.239-PR, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 19.12.2002 – “O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública em defesa de interesses individuais homogêneos presentes nos contratos de compra e venda de imóveis de conjuntos habitacionais, pelo sistema financeiro da habitação, uma vez evidenciado interesse social relevante de defesa da economia

constitucionais. A análise da legitimidade será sempre caso a caso, só se justificando sua iniciativa quando os interesses tenham repercussão social.

Quanto aos órgãos da administração indireta, a legitimidade fica restrita à atuação em relação à matéria na qual exerça sua função, tal como ocorre em relação às associações e, quanto a estas, estabelece a lei condições mínimas para a outorga da legitimação com o intuito de evitar aventuras jurídicas, tais como constituição há pelo menos um ano, nos termos da lei civil e pertinência temática, isto é, vinculação entre a finalidade de sua criação e os direitos que serão objeto do pedido de tutela.

A Constituição Federal fala em representação judicial dos filiados pelas respectivas entidades associativas. Embora o texto use a expressão representar, acredita-se não se tratar de representação em sentido próprio, mas de legitimação extraordinária, pois a associação atuará em seu próprio nome, na defesa de interesses dos filiados. Fosse caso de representação, bastaria a outorga de procuração, sem necessidade de especial disposição em lei. Assim, na defesa de interesses difusos e coletivos, a legitimidade é ordinária, mas na defesa de interesses individuais homogêneos, como eles são tratados coletivamente, mas remanescem individuais na sua essência, a associação atua como substituta processual dos titulares homogeneizados pela origem comum.

A legitimidade prevista para as associações estende-se aos partidos políticos³³⁹, apesar de não figurarem expressamente na legislação pertinente,

popular”.

³³⁹ SPALDING, Alessandra Mendes. **Op. cit.**, p. 147. Afirma a autora que a legitimação do partido político não é aceita por alguns doutrinadores, com fundamento na ausência de previsão legal expressa.

dos quais não se exige a pertinência temática, uma vez que o objetivo de sua atuação só remotamente relaciona-se a interesses específicos de seus filiados e aos sindicatos, conforme previsto no artigo 8º, inciso III da Constituição Federal, restritos à defesa dos interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos de alguns de seus sindicalizados, ou de todos os integrantes da categoria, independentemente de sindicalização específica.

Também legitimadas para a ação civil pública, embora não inseridas no artigo 5º da legislação pertinente, são as comunidades e organizações indígenas, porque a redação do artigo 232 da Constituição Federal não deixa dúvida quanto à legitimidade das mesmas para proteger seus direitos e interesses.

É comum a identificação da ação civil pública com a ação popular, principalmente após a Constituição Federal de 1988. Mas são muitas as diferenças³⁴⁰. Enquanto a ação civil pública tem natureza condenatória, a ação popular tem natureza declaratória e constitutiva. O titular da ação popular é o cidadão, pessoa física, enquanto a ação civil pública é promovida por pessoas jurídicas, além do Ministério Público.

5.4. Legitimação autônoma

A afirmação de uma nova modalidade de legitimação³⁴¹ para enquadrar

³⁴⁰ Acórdão Ap. Cív. 201.861-1/8, TJSP, 2ª Câmara Civil, rel. Des. Lino Machado, j. 01.03.1994.

Acórdão EDcl. 228.723-1, TJSP, 2ª Câmara Civil, rel. Des. Jorge Tannus, j. 30.03.1995 – JTJ 173/246.

³⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual de processo...**, p. 713. Afirmam os doutrinadores: “não há razão para tratar da legitimidade para a tutela dos direitos transindividuais (ou mesmo dos direitos individuais homogêneos) a partir de seu correspondente no processo civil

o caso da propositura de ação para a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos vem ganhando espaço na doutrina, na tentativa de explicar o fenômeno diverso que ocorre no processo coletivo, quando a identificação do liame entre o interesse e aquele que o postula em juízo foge do raciocínio inflexível desenvolvido pelo individualismo.

Deixando de lado o esquema processual tradicional e analisando a legislação cuja finalidade precípua se resume na tutela dos interesses coletivos, reconhece THEREZA ALVIM³⁴² que

[...] os novos institutos jurídicos nem sempre apresentam as mesmas características daqueles previstos pelo direito processual civil. Assim, a legitimação prevista no art. 5º, LACP, não se enquadra na legitimação ordinária. Cuida-se de legitimação *própria* (ou *legitimação coletiva*), ou, sendo o Ministério Público, legitimação coletiva institucional.

ARRUDA ALVIM³⁴³ admite que no sistema das ações coletivas, “melhor é referir-se a uma legitimidade autônoma, *ex lege*, por definição, sempre havendo descoincidência entre o que postula e os beneficiários desta postulação”, afora as situações em que se discutem direitos individuais homogêneos, quando se configura a substituição processual, até mesmo por força do texto legal.

individual. Quando se pensa em ‘direito alheio’, raciocina-se a partir de uma visão individualista, que não norteia a aplicação da tutela coletiva. Não só a partir da premissa de que apenas o titular do direito material está autorizado a ir a juízo, mas principalmente a partir da idéia de que somente há direitos individuais. A noção de direitos transindividuais, como é obvio, rompe com a noção de que o direito ou é próprio ou é alheio. Se o direito é da comunidade ou da coletividade, não é possível falar em direito alheio, não sendo mais satisfatória, por simples consequência lógica, a clássica dicotomia que classifica a legitimidade em ordinária e extraordinária”.

³⁴² ALVIM, Thereza. **O direito processual de ...**, p. 118.

³⁴³ ALVIM, Arruda. Ação Civil pública. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, v. 87, p. 156.

ALESSANDRA MENDES SPALDING³⁴⁴ sintoniza o mesmo entendimento e afirma que a adoção da classificação da legitimação em ordinária e extraordinária pode levar o intérprete a incorrer em erros, pois as regras do Código de Processo Civil são individualistas, não podendo solucionar os conflitos de natureza coletiva; assim entende que

[...] os sistemas para se tutelar direitos de forma coletiva ou individual não se confundem, apesar da possibilidade de os direitos individuais homogêneos serem tutelados tanto coletivamente como individualmente. [...] a legitimidade ativa nas demandas coletivas será sempre autônoma, por estar desatrelada do binômio titularidade *versus* legitimidade, ao passo que a legitimidade ativa nas demandas individuais poderá ser ordinária ou extraordinária. [...] compreende que a adoção da classificação em ordinária *versus* extraordinária poderia levar o intérprete a incorrer em erros, pois as regras tradicionais de processo civil são flagrantemente individualistas, não sendo capazes de solucionar os problemas oriundos da defesa dos interesses coletivos[...].

Também NELSON NERY JUNIOR³⁴⁵ entende não se tratar, nem de legitimação extraordinária, nem de substituição processual, aconselhando reconhecer-lhes, na esteira dos modernos processualistas alemães, uma legitimidade autônoma para conduzir o processo, que se identifica com a legitimação ordinária. Como explica:

Parcela da doutrina ainda insiste em explicar o fenômeno da tutela jurisdicional dos interesses e direitos difusos pelos esquemas ortodoxos do processo civil. Tenta-se justificar a legitimação do Ministério Público, por exemplo, como extraordinária, identificando-a com o fenômeno da substituição processual. Na verdade, o problema não deve ser entendido segundo as regras da legitimação para a causa com as inconvenientes vinculações com a

³⁴⁴ SPALDING, Alessandra Mendes. **Legitimidade nas ações coletivas**. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 63.

³⁴⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo...**, p. 116.

titularidade do direito material invocado em juízo, mas sim à luz do que na Alemanha se denomina de *legitimação autônoma para a condução do processo* (*selbständige Prozessführungsbefugnis*), instituto destinado a fazer valer em juízo os direitos difusos, sem que se tenha de recorrer aos mecanismos de direito material para explicar referida legitimação.

Em raciocínio claro e objetivo, RICARDO DE BARROS LEONEL³⁴⁶ conclui não se poder falar em legitimação exclusiva de determinado ente, quando há indeterminados e indetermináveis titulares de interesses, ou seja, falar-se em privacidade no exercício do direito de ação ante a multiplicidade da titularidade. Violaria o princípio constitucional da inafastabilidade, a exclusão da apreciação de lesão ou ameaça a direito, em razão da inércia do legitimado exclusivo.

Assim, o ordenamento brasileiro atribuiu a legitimação a alguns entes que considerou representativos dos demais interessados, como no caso do Código de Defesa do Consumidor, que no artigo 82, diz que “são legitimados *concorrentemente* [...]”. Ora, legitimação concorrente é aquela atribuída a vários autores, sendo que cada um pode promover a ação isoladamente ou em conjunto, cada um pode agir de modo autônomo, independentemente da concordância ou atividade do outro. Não obstante a possibilidade de atuação em litisconsórcio, ele não se apresenta como requisito indispensável ao exercício do direito de ação, podendo cada um dos legitimados atuar em juízo sem contar com a participação dos outros, sendo essa legitimação concorrente denominada disjuntiva. “Em síntese, é concorrente (qualquer um dos habilitados pode propor a ação) e disjuntiva (a atuação de um legitimado

³⁴⁶ LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 161-162. Nesse sentido: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa. **Código de processo civil...**, p.

independe do concurso de outro)”,³⁴⁷.

CAPÍTULO 6 - CONTROLE DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO

6.1. Momento da aferibilidade

O ideal da efetividade reclama que o processo, ao findar, alcance o objetivo da resolução sobre a pretensão trazida pelo autor e a conseqüente concessão da tutela jurisdicional pleiteada. No entanto, a ausência de qualquer das condições da ação leva o juiz a prolatar sentença meramente terminativa, sem adentrar o mérito da causa.

Assim, o Código de Processo Civil impõe que, na ausência de qualquer das condições da ação, proceda-se ao julgamento conforme o estado do processo, de conteúdo negativo para o autor, já que expresso no artigo 329, ocorrendo qualquer das hipóteses do artigo 267, o juiz declarará extinto o processo, sem resolução do mérito. A ausência das condições da ação leva ao indeferimento de plano da petição inicial, de acordo com o artigo 295, incisos II, III e I c/c o parágrafo único inciso III. Não indeferida a petição inicial, caberá ao réu, em sua contestação, alegar a carência como impõe o artigo

³⁴⁷ SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e...*, p. 54-55.

301, inciso X, com possibilidade de contraditório para o autor, em réplica, como dispõe o artigo 327, todos do mesmo texto legislativo. Afinal, pode ocorrer ulterior extinção do processo sem resolução do mérito a qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de alegação da parte e até da existência de decisão anterior, aparentemente definitiva sobre elas, conforme artigo 267, parágrafo 3º.

Sendo as condições da ação objeto de aferição da existência do direito de ação, configura-se matéria de ordem pública que o legislador processual impõe seja alegada em preliminar de contestação, conforme disposto no artigo 301, inciso X, ou em qualquer momento e grau de jurisdição, de acordo com os artigos 267 parágrafo 3º e 301, parágrafo 4º, o que dispensa a observância do princípio da eventualidade consagrado no artigo 300 e segundo o qual, incumbe ao réu alegar na contestação toda matéria de defesa, exceção que se acha expressa no artigo 303, inciso II.

Cabe lembrar que para CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO³⁴⁸, são de ordem pública todas as normas (processuais e materiais) referentes a relações que transcendem a esfera de interesses das partes conflitantes, disciplinando relações que os envolvem, mas tendo em conta o interesse da sociedade como um todo, o que quer dizer, o interesse público, de caráter, pois, indisponível.

Entre as matérias de ordem pública de natureza processual encontram-se os pressupostos processuais e as condições da ação, requisitos de admissibilidade para se obter resolução do mérito, e os vícios ligados à ausência de tais requisitos geram nulidades de fundo, que são absolutas,

³⁴⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, v. I, p.69.

conforme as qualifica TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER³⁴⁹.

Insuscetíveis de preclusão, já que podem ser alegadas e examinadas a qualquer tempo e grau de jurisdição e exigindo por se tratar de matéria de ordem pública, controle *ex officio*, podendo o juiz manifestar-se sobre ela sem provocação da parte, o que se constata principalmente em face da possibilidade de conhecimento da matéria pelo tribunal, que pode prover recurso que se fundamenta na alegação de ausência de condição da ação, podendo declarar extinto o processo sem resolução do mérito, até mesmo em prejuízo da parte contrária que já se sagrara vencedora, em inequívoca *reformatio in pejus*, não proibida, exatamente por tratar-se de matéria de ordem pública, a questão que se coloca é como e quando aferir a existência das condições da ação num processo em curso.

6.1.1. Teoria da asserção

As condições da ação são requisitos estabelecidos para se ter o regular exercício da ação e, quando não preenchidos, impedem o encaminhamento do processo para a resolução do mérito. Podem, por isso, ser definidas como condições de admissibilidade do julgamento do mérito e são objetos de investigação preliminar. Não se quer dizer com isso que o juiz vá decidir, desde logo, se o direito material protege o autor ou o réu³⁵⁰, mas, apenas, que na oportunidade dessa decisão, quando for prolatar a sentença, favorecerá as partes reconhecidas pelo ordenamento como idôneas para a disputa do direito

³⁴⁹ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, **Nulidades do processo...**, p. 179.

³⁵⁰ AROCA, Juan Montero. **La legitimación en el proceso civil**. Madri: Ed. Civitas S. A, 1994, p. 51.

material. Essa verificação *ab initio* da presença das condições da ação atende a razões de ordem ética e econômica; objetiva precipuamente evitar o desgaste psicológico do jurisdicionado, como protagonista de demanda inviável, e os gastos inúteis para chegar à conclusão de que o provimento pedido não se conforma com o ordenamento jurídico vigente.

O entendimento do Código de Processo Civil vigente é o de que o exame das condições da ação é indiscutivelmente matéria preliminar, devendo a investigação de sua existência ser levada a efeito pelo juiz, já ao despachar a petição inicial, com fundamento na descrição dos fatos feita pelo autor e nos documentos por ele apresentados.

Mas existe polêmica acerca do modo pelo qual se procede à verificação da existência das condições da ação e quanto ao momento dessa aferibilidade, não apontando a doutrina interpretação única para a legislação vigente. Dividem-se as opiniões em duas correntes: a primeira assenta suas bases na teoria de LIEBMAN³⁵¹, que considera deva a sua presença ser demonstrada, cabendo, inclusive, ampla produção de provas para que o juiz possa firmar convencimento; e a segunda, que propõe deva a verificação dar-se à luz das afirmações feitas pelo autor em sua petição inicial, as quais deve o juiz, por hipótese, admitir como verdadeiras. Trata-se da teoria da asserção.

Próxima do mérito por abranger questões que lhe podem ser pertinentes, a análise das condições da ação apresenta-se, porém, no plano das preliminares, como condições de admissibilidade da resolução do mérito, apesar de a redação do artigo 268 do Código de Processo Civil permitir se

Também em Leo Rosenberg (**Op. cit.**, p. 254).

continue alimentando divergências. Ínsita, portanto, à concepção abstrata da ação, a adoção da teoria *della prospettazione* (teoria da asserção), segundo a qual devem as condições da ação ser aferidas *in statu assertionis* e admitidas como verdadeiras, possibilita perquirir a presença ou ausência dos requisitos do provimento final.

Na vigência do Código de 1939, o qual descurou de sistematização completa sobre a matéria, falha suprida em parte pela legislação processual vigente, alguns doutrinadores já concebiam a aplicação da teoria da asserção e, entre eles, ALFREDO ARAÚJO LOPES DA COSTA³⁵², que em trabalho específico sobre a legitimidade para a causa, considerava como teoria mais aceitável “a da legitimação considerada em face da relação jurídica, afirmada pela inicial da ação”. MÁRIO AGUIAR MOURA³⁵³ defende a mesma posição ao afirmar “são condições de admissibilidade do julgamento do mérito, seja ou não favorável tal julgamento ao autor”.

Como também leciona JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA³⁵⁴, a análise das condições da ação deve ser feita com abstração das possibilidades que, no juízo de mérito, vão deparar-se ao julgador: a de proclamar existente ou a de declarar inexistente a *res in iudicium deducta*. Ou seja, o órgão julgador, ao apreciar as condições da ação, considera a relação jurídica *in statu assertionis*, isto é, à vista do que se afirmou, raciocinando que, ao estabelecer a cognição, deva admitir por hipótese e em caráter provisório a veracidade da narrativa, deixando para ocasião própria a respectiva apuração, ante os

³⁵¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito...**, v. I, p. 154.

³⁵² COSTA, Alfredo Araújo Lopes da. A carência da ação, especialmente com relação à legitimação para a causa. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, p. 19

³⁵³ MOURA, Mario Aguiar. Condições da ação em face da coisa julgada. **RT 550**, p. 250.

³⁵⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação

elementos de convicção ministrados pela atividade instrutória.

No mesmo sentido, KAZUO WATANABE³⁵⁵ manifestou sua adesão à teoria da asserção, justificando que exigir a demonstração das condições da ação significaria, em termos práticos, afirmar que só tem ação quem tem o direito material.

Cabe observar que as condições da ação devem estar presentes no momento da prolação da sentença, o que quer dizer que é admitida a análise das condições da ação em face de circunstâncias supervenientes ao momento da propositura da ação, podendo-se falar em carência da ação superveniente ou, ao contrário, em satisfação superveniente das condições da ação. No processo civil, princípios como o da economia processual traduzem idéia flexibilizadora relativamente à decretação dos vícios, já que até os mais graves são sanáveis. Se à época em que propôs a ação a parte era ilegítima e por qualquer razão adquiriu legitimidade no curso do processo, o defeito estará sanado impedindo o juiz de decretar extinto o processo sem resolução do mérito. Nesse sentido, atesta EDUARDO ARRUDA ALVIM³⁵⁶:

As condições da ação devem mostrar-se presentes ao longo de todo procedimento, caso contrário haverá carência superveniente, ensejando a extinção do processo sem julgamento do mérito. E, de outra parte, se houver o preenchimento de condição da ação, faltante quando de seu ajuizamento, o juiz deverá proferir sentença de mérito. Figure-se, por exemplo, a hipótese de ter sido proposta ação de cobrança antes de vencida a dívida. Se esta vier a vencer no curso da ação e não for regularmente paga, aí sim estará presente o interesse processual, sanando-se o vício.

extraordinária, **RT 404**, p 10.

³⁵⁵ WATANABE, Kazuo. **Op. cit.**, p. 58.

³⁵⁶ ALVIM, Eduardo Arruda. **Op. cit.**, v. 1. p. 158.

Em resumo, as condições da ação são objeto de investigação em todo o curso do processo, pois, como já ventilado, qualificam-se como matéria de ordem pública, não sujeita à preclusão e fiscalizadas oficiosamente. Então cumpre acolher a tese do exame preliminar a ser realizado através de juízo hipotético com a presunção da veracidade das alegações do autor na petição inicial, mesmo porque o momento processual em que se encontrar a causa quando se reconhecer a inexistência das condições da ação não deve modificar a denominação do conteúdo da matéria a tal título decidida. Também não se pode ignorar a incerteza implícita quanto à veracidade de qualquer alegação, pois só quando findo o processo, constatar-se-á, definitivamente, a existência ou inexistência dessas condições.

6.1.2. Conhecimento das condições da ação *ex officio*

Embora desde o Código de Processo Civil de 1939 já se identificasse a tese do trinômio - pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa - base em que LIEBMAN assentou sua teoria -, ilustres processualistas construíram divergência doutrinária, que repercutia na jurisprudência dos tribunais, fazendo surgir a indagação: a sentença que decreta a extinção do processo por inexistência de condições é de mérito ou apenas decide preliminar? Tratava-se de problema de extrema relevância, principalmente pelo fato de que qualificada como sentença de mérito, legitimava o sucumbente a interpor recurso de apelação e quando reconhecida como sentença terminativa, ou sem julgamento do mérito, desafiava recurso de agravo de petição.

A jurisprudência, sensível à questão, reiteradamente decidiu caber recurso de apelação em face de decisão que julgava a parte carecedora do direito de agir, até que o Código de Processo Civil vigente pareceu superar o impasse, pelo menos para efeito de interposição de recurso, ao englobar nos casos de recurso de apelação a decisão terminativa do processo em primeira instância. Mas se restou solucionada a questão a respeito do recurso adequado, outras permaneceram a exigir solução, entre elas a do conhecimento *ex officio* da matéria no âmbito recursal pelos tribunais.

Conforme assegura NELSON NERY JÚNIOR³⁵⁷, a possibilidade de o órgão de segunda instância conhecer as questões de ordem pública, sem que tenham sido alegadas pelo recorrente, acontece em razão do efeito translativo do recurso.

Identifica-se o efeito recursal da translatividade, quando se permite a análise pelo tribunal, de questões de ordem pública, mesmo que não suscitadas pela parte em seu recurso, distinguindo-se do efeito devolutivo, porque este se rege pelo princípio dispositivo (artigos 128 e 460, CPC), enquanto aquele prescinde de manifestação do recorrente. O exame das questões de ordem pública, ainda não decididas, transfere-se ao tribunal ao qual se dirige o recurso por força do disposto no artigo 515, parágrafos 1º e 2º do Código de Processo Civil. Nas palavras de seu idealizador, dá-se o efeito translativo:

[...] quando o sistema processual autoriza o órgão *ad quem* a julgar

³⁵⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais** - teoria geral dos recursos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 415.

fora do que consta das razões ou contra-razões do recurso, ocasião em que não se pode falar em julgamento *extra, ultra* ou *infra petita*. Isto ocorre normalmente com as *questões de ordem pública*, que devem ser conhecidas de ofício pelo juiz e a cujo respeito não se opera a preclusão.

Há quem discorde quanto à existência desse efeito, entendendo tratar-se de expansão do próprio efeito devolutivo, já que a matéria de ordem pública, com obrigatória fiscalização *ex officio*, não está sujeita à preclusão e, devolvida a matéria impugnada ao tribunal, devolvida também estaria a questão de ordem pública, não se fazendo necessária qualquer menção a ela.

Com fundamento na doutrina de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA³⁵⁸ define o efeito devolutivo como “a transferência a um órgão de jurisdição superior do conhecimento da matéria decidida pelo magistrado de grau inferior”, para que sobre a mesma seja prolatada nova decisão, o que importa “confiar a um órgão ou tribunal diferente daquele que proferiu a decisão impugnada a competência para o reexame da causa”. Este doutrinador entende não existir efeito devolutivo quando o exame da controvérsia é entregue ao próprio prolator da decisão impugnada, posição de que se ousa discordar, já que se entende ser objeto da devolutividade o mérito do recurso, a matéria que o recorrente impugnou e sobre a qual ou o mesmo órgão, ou órgão diverso deva pronunciar-se, no sentido de provê-lo ou não.

³⁵⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da Silva. **Curso de processo...**, p. 413 – Alegando que o efeito devolutivo só ocorre quando o recurso possibilita o reexame da matéria por órgão diverso daquele que proferiu a decisão impugnada, afirma ser também esse o entendimento de muitos outros processualistas, entre eles Paula Batista (Compêndio de teoria e prática, § 231, nota 2), Odilon de Andrade (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, v. X, p. 169), Pedro Baptista Martins (Recursos e processos da competência originária dos tribunais, 1957, n. 159) e na doutrina estrangeira Rosenberg (Tratado de derecho procesal civil, § 132, I, 2, b), Schönke (Derecho procesal civil, § 84) e Provinciali (Delle impugnazione in generali, p. 41).

O reexame da decisão, provocado pelo recurso interposto, é suficiente para caracterizar o efeito devolutivo, não se impondo seja o órgão encarregado desse reexame diverso daquele que prolatou o ato impugnado. Não fosse assim, desnecessário vincular o efeito devolutivo, quando da apreciação do recurso, à limitação do conhecimento, à matéria efetivamente atacada (*tantum devolutum quantum appellatum*), à vedação da *reformatio in pejus* e à proibição de inovar em sede de apelação.

O efeito devolutivo pode ser estudado sob dois aspectos: o da extensão e o da profundidade; o primeiro, na dimensão horizontal, relaciona-se com o objeto da impugnação pelo recorrente, obrigando o órgão *ad quem* apenas ao conhecimento da matéria impugnada, a teor da previsão contida no artigo 515 do Código de Processo Civil, fixando-se como manifestação do princípio dispositivo, do princípio da congruência ou do princípio da correlação entre o pedido e a sentença, além de impor a proibição da *reformatio in pejus*. O outro, na dimensão vertical, abrange as questões suscitadas e discutidas, os fundamentos da ação e da defesa, ainda quando não apreciadas pelo órgão *a quo* e não resolvidas por inteiro na sentença. E, para os que aceitam a espécie, coloca-se como terceiro aspecto o da translação, que implica no conhecimento de ofício das matérias de ordem pública de natureza processual ou material.

NELSON LUIZ PINTO³⁵⁹ afirma não merecer tratamento distinto o efeito translativo, porque ao lado do substitutivo e do expansivo, é considerado desmembramento e decorrência do efeito devolutivo que, por sua vez,

³⁵⁹ PINTO, Nelson Luiz. **Manual dos recursos cíveis**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 39-40.

considera “da própria essência do recurso” e FLÁVIO CHEIM JORGE³⁶⁰ que entende o efeito translativo como parte integrante do efeito devolutivo e assim se posiciona:

[...] é inerente ao efeito devolutivo o conhecimento de questões que sequer foram mencionadas no recurso e que tampouco tiveram uma apreciação exaustiva do magistrado *a quo*. A interposição do recurso faz com sejam levadas ao conhecimento do órgão julgador todas as questões de ordem pública, ou mesmo aquelas a respeito das quais o juiz pode se pronunciar de ofício, tais como, honorários advocatícios, juros legais, etc.

Em sentido contrário, CÁSSIO SCARPINELLA BUENO³⁶¹ separa o efeito translativo do devolutivo, justificando que se deve catalogá-lo à parte porque enquanto o efeito devolutivo prende-se ao princípio dispositivo, com proibição da *reformatio in pejus* por aplicação da regra *tantum devolutum quantum appellatum*, no translativo projeta-se o efeito inquisitório atuando o juiz sem provocação do recorrente, como explica:

Decorrencia interessante deste efeito translativo – o que justifica, dentre outras circunstâncias, catalogá-lo à parte, de forma distinta do efeito devolutivo – diz respeito à possibilidade de ocorrência de *reformatio in pejus* nos casos de sua incidência concreta. Aqui, diferentemente do que se dá nos casos do efeito devolutivo, que se prende ao princípio dispositivo, isto é, a pedido do recorrente que dê condições de reforma para uma decisão em detrimento do recorrido, não se pode conceber em que consistiria uma piora de situação – a ‘reforma para pior’ –, nos casos em que ao juízo é dado atuar de ofício, isto é, sem provocação nenhuma.

Qualquer que seja a posição adotada, via efeito translativo, na forma definida por seu idealizador ou inserida no âmbito da devolutividade em sua

³⁶⁰ JORGE, Flávio Cheim. **Manual dos recursos cíveis**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 253.

³⁶¹ BUENO, Cassio Scarpinella. Efeitos dos recursos. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 10. p. 66.

dimensão vertical, assegura-se que se no recurso o recorrente não impugnou a decisão acerca de questão de ordem pública, tendo-a impugnado apenas em relação ao mérito, embora como regra se registre preclusão quanto a qualquer outra matéria não impugnada, tal preclusão não atinge aquela de ordem pública.

Vale lembrar que se trata, no caso, de questão de ordem pública de natureza processual, destacando RITA DIAS NOLASCO³⁶² que existe forte resistência quanto a se admitir tal reconhecimento de ofício, no âmbito recursal, quando a matéria de ordem pública é de natureza material, como a que diz respeito, por exemplo, aos direitos do consumidor (cláusula abusiva), ao direito ambiental, entre outros.

Como no controle das condições da ação é preciso ter em mente a dimensão horizontal do efeito devolutivo, questão que também surge referente aos casos de sentença complexa, quanto à possibilidade de o conhecimento *ex officio* alcançar a parte da decisão que não tenha sido impugnada pelo recurso interposto e em relação à qual já se tenha operado o trânsito em julgado.

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO³⁶³, que admite a existência de “capítulos

³⁶² NOLASCO, Rita Dias. Possibilidade do reconhecimento de ofício de matéria de ordem pública no âmbito dos recursos de efeito devolutivo restrito. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 10, p. 463.

³⁶³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de sentença**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 109 – Toda decisão contida na sentença é composta de partes entrelaçadas, mas distintas, chamadas capítulos de sentença (capítulos autônomos, na obra de Liebman). São capítulos da sentença as partes essenciais da decisão do juiz sobre as diversas pretensões apresentadas no processo, ou as partes em que ideologicamente se decompõe o decisório da sentença. Assim, o autor pode formular dois ou mais pedidos na inicial, o que obrigará o juiz a examinar em uma única sentença, cada um deles, como se fossem objetos de ações autônomas. Também pode acontecer de se cumular ao pedido principal o de providência antecipatória, ou ainda, condenação em multa, honorários, etc. Apesar de sua unidade

de sentença”, chama atenção para o fato de que a matéria de ordem pública reconhecida de ofício, por não ter sido objeto de recurso, acarreta decisão que atinge somente aquela parte do ato que foi impugnada, enquanto o “capítulo omitido” não seria alcançado, na medida em que entende não ter o recorrente direito a esse julgamento. Os capítulos da decisão não inseridos no âmbito do recurso não podem ser investigados nesse controle nem serão atingidos por eventual declaração de carência emanada do tribunal; o efeito translativo deve ser interpretado com restrição aos capítulos recorridos. Além do mais, o artigo 505 do Código de Processo Civil também dispõe sobre a perda da faculdade recursal em razão da falta de impugnação de parte do *decisum*³⁶⁴. Sobre esse aspecto da matéria, também há lição em TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER³⁶⁵:

[...] formulados dois pedidos pelo autor e tendo o juiz indeferido ambos, o autor entraria com recurso só contra o indeferimento do primeiro dos pedidos formulados. Diz-se que, quanto ao outro pedido, terá havido trânsito em julgado. A dimensão horizontal do efeito devolutivo desta apelação liga-se exclusivamente ao primeiro pedido. Portanto, encontrado pelo tribunal vício a respeito de matéria de ordem pública no processo, seu reconhecimento e decretação afetaria exclusivamente o pedido (negado) de cuja decisão se recorreu. Assim se justificaria a afirmação de que a dimensão da verticalidade do efeito devolutivo está ligada à sua

formal, a sentença examinará separadamente os pedidos. A relevância dos capítulos de sentença, no que concerne às nulidades, é inegável, já que comporta anularem-se apenas as partes viciadas. O mesmo se aplica quanto à coisa julgada e, neste aspecto, o comentário anotado.

³⁶⁴ Na doutrina estrangeira, é possível transcrever ensinamento de Enrico Redenti (**Diritto processuale civile**, v. II, p. 105) sobre o tema: “Resta a vedere soltanto quale sia il valore dell’ultima proposizione dell’art. 338: ‘salvo che ne siano stati modificati gli effetti ecc.’. La proposizione non può riferirsi se non alla ipotesi, che nel giudizio di appello sia stata pronunciata, prima della estinzione, una *sentenza parziale di riforma* della sentenza di primo grado. In questo caso pensiamo tuttavia che passi in giudicato quel tanto del contenuto di merito della sentenza di primo grado che non sia stato annullato nè riformato sempre chè ben si intende sia scindibile dal resto e posso assumere un valore autonomo e indipendente. E lo stesso dovrà ritenersi del contenuto di merito della sentenza parziale di secondo grado che si sostituisce *in parte qua* al contenuto della sentenza precedente, sempre chè questo suo contenuto possa assumere a sua volta valore autonomo e indipendente”.

³⁶⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de strito direito e de ação rescisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 202.

horizontalidade.

Discorda dessa orientação NELSON NERY JÚNIOR³⁶⁶, para quem a interposição de recurso parcial adia o trânsito em julgado das matérias de ordem pública e o efeito recursal da translatividade opera-se também sobre os capítulos da decisão não impugnados e em relação aos quais pela inércia do sucumbente já se operou a preclusão.

Vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça, reiteradamente, no sentido de não ser admissível operar-se a coisa julgada em parcelas fragmentadas. Inobstante as decisões da Corte Superior versarem sobre hipótese de início da contagem de prazo para interposição de ação rescisória, nos casos de sentença objetivamente complexa (assim definidas aquelas cujo dispositivo contém mais de uma decisão)³⁶⁷, parece pertinente estender tal orientação à interpretação da extensão do efeito translativo. A interposição de recurso apenas parcial adia o trânsito em julgado quanto à matéria de ordem pública, e embora venha a ocorrer preclusão para o sucumbente quanto à parcela da decisão não impugnada, sobre ela refletirá a decretação de extinção do processo, se for o caso, por falta de condições.

³⁶⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**, p. 485-486. No mesmo sentido, Eduardo de Albuquerque Parente (**Os recursos e as matérias de ordem pública**, p. 124).

³⁶⁷ STJ REsp. 404.777-DF, rel. Min. Peçanha Martins, DJ 09.06.2003 – “A coisa julgada material é a qualidade conferida por lei à sentença/acórdão que resolve todas as questões suscitadas pondo fim ao processo, extinguindo, pois, a lide. Sendo a ação una e indivisível, não há que se falar em fracionamento da sentença/acórdão, o que afasta a possibilidade do seu trânsito em julgado parcial”.

STJ REsp. 415.586-DF, rel. Min. Eliana Calmon, DJ 09.12.2002 – “O trânsito em julgado material ocorre quando esgotada a possibilidade de interposição de qualquer recurso. Afasta-se tese em contrário, no sentido de que os capítulos da sentença podem transitar em julgado em momentos diversos”.

STJ REsp. 639.233-DF, rel. Min. José Delgado, DJ 14.09.2006 – “Não se admite a coisa julgada por capítulos, uma vez que tal exegese pode resultar em grande conturbação processual, na medida em que se torna possível haver uma numerosa e indeterminável quantidade de coisas julgadas em um mesmo feito, mas em momentos completamente distintos e em relação a cada parte. O trânsito em julgado ensejador do pleito rescisório não se aperfeiçoa em momentos diversos (por capítulos), sendo único para todas as partes, independentemente de haverem elas recorrido ou não”.

Mas se os recursos ordinários têm efeito devolutivo amplo, o âmbito dessa devolutividade é diferente nos recursos extraordinários, pois se diferenciam quanto aos seus pressupostos, finalidade e natureza. De acordo com OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA³⁶⁸, os recursos podem classificar-se como de fundamentação livre, ou ilimitada, e de fundamentação vinculada, ou ilimitada, segundo exijam apenas a sucumbência ou qualquer outro fundamento específico, como explica:

De acordo com este critério, temos, no direito brasileiro, na *apelação* o exemplo típico de recurso de *fundamentação livre*, na medida em que ela pressupõe apenas a sucumbência do recorrente, ao passo que os *embargos infringentes* (art. 530 do CPC) e o *recurso extraordinário* (art. 119, III, da Constituição Federal) serão recursos de *fundamentação vinculada*, ou *especial*, uma vez que, cada um deles, além da sucumbência, pressupõe outros requisitos de admissibilidade.

Os recursos de fundamentação vinculada acarretam efeito devolutivo restrito e só serão conhecidos se embasados nas matérias expressamente estabelecidas pela lei. Assim, o recurso especial e o extraordinário só podem fundar-se no artigo 105, III, e no artigo 102, III, da Constituição Federal e, além de sujeitos aos pressupostos recursais de admissibilidade genéricos, exigem ainda o requisito da “questão decidida” nas instâncias ordinárias, a que se denomina prequestionamento. Questão decidida pelo juízo de origem, constando expressamente na decisão impugnada, se incidiu ou não sobre ela discussão durante o processo, é requisito específico para o recurso especial e o extraordinário³⁶⁹.

³⁶⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo...**, v. 1, p. 412. Ressalva-se que embora a edição da obra seja de 1998, o dispositivo da Constituição Federal mencionado no texto transcrito refere-se à legislação anterior.

³⁶⁹ Lembra Gleydson Kebler Lopes de Oliveira (Recurso especial, São Paulo: Revista dos Tribunais,

Ninguém discorda de que questão de ordem pública deva ser decidida a qualquer tempo, a requerimento do interessado ou de ofício, mesmo no âmbito recursal, mas surge dúvida quando se indaga se essa regra alcança apenas os recursos ordinários ou se aplica-se também aos recursos excepcionais. Estes, ao lado dos pressupostos de admissibilidade gerais, requerem o preenchimento de pressupostos específicos, como é o caso do prequestionamento. Assim, como deve ser interpretada a exigência do prequestionamento quanto às questões cognoscíveis *ex officio*, como é o caso da matéria constante do artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil?

Como já visto, enquanto os recursos ordinários, visando à proteção do direito subjetivo da parte, pressupõem apenas a existência de decisão desfavorável, sendo chamados de recursos de fundamentação livre; os recursos extraordinários, objetivando resguardar a incolumidade do direito objetivo, dependem da presença de requisitos especiais, por isso sendo denominados de recursos de fundamentação vinculada. Em razão disso, peremptoriamente afirma NELSON NERY JÚNIOR³⁷⁰:

[...] não se pode levar ao conhecimento do STF e do STJ matérias de ordem pública pela primeira vez, isto é, se não estiverem ‘dentro’ do ato judicial que se quer impugnar. Caso o juízo ou tribunal de origem não se tenha pronunciado sobre matéria de ordem pública, não terá ‘decidido’ essa matéria, sendo inadmissível

2002, p. 255) que na doutrina e jurisprudência há referências a prequestionamento explícito e implícito e que “por prequestionamento implícito entende-se ora ventilação da questão de direito federal no acórdão recorrido, sem que tenha sido mencionado o preceito de lei, ora quando a questão federal é suscitada pela parte no decorrer do processo, contudo o tribunal *a quo* não a apreciou. Por prequestionamento explícito, entende-se a manifestação expressa do tribunal *a quo* a respeito de questão federal, inclusive com menção expressa ao artigo da lei federal”.

³⁷⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. **Teoria geral dos...**, p. 292.

recurso extraordinário e recurso especial sobre essa questão decidida.

A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula 282 (“É inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.”) e, a despeito de ter sido a questão suscitada, se não obteve apreciação, essa omissão deve ser suprida por meio de embargos de declaração, conforme a súmula 356 (“O ponto omissivo da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.”) Assim, a obrigatoriedade da apreciação da questão pelas instâncias ordinárias, que caracteriza o prequestionamento, não considera suficiente para satisfação dessa exigência tenha existido apenas alegação da matéria antes do julgamento, imprescindível tenha sido expressamente decidida e, em havendo omissão do julgador *a quo*, deve o recorrente interpor embargos de declaração, objetivando apreciação expressa.

Indaga-se, então, em face dessa exigência, se as matérias de ordem pública também estão sujeitas ao prequestionamento ou se o efeito translativo tem aplicação aos recursos excepcionais, autorizando seu conhecimento *ex officio*. Para valer por prequestionamento, pode-se considerar tenha existido decisão implícita nos casos em que a legislação impõe em relação à matéria, haja conhecimento de ofício?

Parte da doutrina nega a possibilidade do efeito translativo na esfera dos recursos excepcionais entendendo que nesses recursos o tribunal só pode conhecer matéria decidida e impugnada. Por outro lado, também parte da doutrina e jurisprudência entende, em face do teor da súmula 456 do

Supremo Tribunal Federal, que vencido o juízo de admissibilidade podem os Tribunais Superiores conhecer as matérias de ordem pública ainda que não apreciadas pela decisão recorrida. Diz a súmula 456 que “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa aplicando o direito à espécie”.

Essa súmula repete normas insertas nos regimentos internos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, de igual conteúdo, *in verbis*: art. 324 do RISTF - “No julgamento do recurso extraordinário, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma ou o Plenário não conhecerá do mesmo; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie” e art. 257 do RISTJ - “No julgamento do recurso especial, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma ou o Plenário não conhecerá do recurso; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.

Como visto, vincula-se a mencionada súmula à extensão do efeito devolutivo dos recursos excepcionais dos recursos excepcionais e justifica o fato de alguns doutrinadores entenderem que o âmbito de abrangência dessa devolutividade alcance as matérias de ordem pública.

NELSON NERY JÚNIOR³⁷¹ adverte quanto à interpretação da expressão “qualquer grau de jurisdição” que para ele significa tão somente recursos ordinários, não se podendo levantar a questão das condições da ação pela primeira vez em grau de recurso especial, ou recurso extraordinário, que são

³⁷¹ NERY JÚNIOR, Nelson. Condições da ação, **Revista de processo**, v. 64, p. 38.

meios excepcionais e não graus de jurisdição. O recurso especial e o extraordinário têm cabimento apenas na hipótese dos artigos 102, inciso III, e 105, inciso III, da Constituição Federal quanto a questões decididas e exigindo, indubitavelmente, o requisito do prequestionamento. Não tendo o acórdão decidido a questão, inviável seu exame no recurso especial ou no extraordinário. Em resumo, entendendo que o efeito translativo só ocorre nos recursos ordinários e não nos excepcionais que exigem decisão a respeito dos tribunais inferiores quanto às questões de ordem pública omitidas na decisão, a proposta de NELSON NERY JÚNIOR³⁷² é aguardar o trânsito em julgado e impugnar por via autônoma, ajuizando ação rescisória, com fundamento no artigo 485, inciso V, por ofensa literal aos artigos 267, inciso VI e parágrafo 3º, e 301, inciso X e parágrafo 4º, todos do Código de Processo Civil.

TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER³⁷³ posicionou-se favoravelmente a essa interpretação que coincidia com a jurisprudência então invocada do Superior Tribunal de Justiça (REsp. 36.943-RS, rel. Min. Pádua Ribeiro, j. 17.11.93, DJ 06.12.93), admitindo devessem os tribunais superiores avaliar matérias de ordem pública, ainda que não prequestionada. Esse entendimento foi revisto e alinhando-se ao da corrente jurisprudencial contrária passou a doutrinadora a considerar o prequestionamento requisito indispensável, não

³⁷² NERY JÚNIOR, Nelson. Condições da ação, **Revista de processo**, v. 64, p. 38. Também em **Código de processo civil comentado**, p. 420.

³⁷³ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 333. Entendimento diverso em sua obra **Omissão judicial e embargos de declaração**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 213, quando incisivamente coloca: “A Constituição não abre qualquer exceção a tal pressuposto. Daí se inferir que a questão que não tenha sido objeto da decisão recorrida não poderá ser objeto do recurso extraordinário ou do recurso especial. Essa regra aplica-se, também, às hipóteses discriminadas nos arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC. Isso porque, considerando que os requisitos de cabimento do recurso extraordinário e especial constam expressamente na Constituição Federal, tais disposições não são atingidas por lei inferior, mesmo que a lei em referência seja o Código de Processo Civil. Isto decorre, como está claro, de aplicação do princípio da hierarquia das normas”. Texto inserto (**Controle das decisões judiciais...**, p. 206).

reconhecendo ser cabível o efeito translativo no âmbito dos recursos excepcionais, ou o devolutivo em sua dimensão vertical, o que impede os tribunais superiores de decidirem matéria de ordem pública que não tenha sido invocada pelo recorrente e devidamente prequestionada, afirmando que esses recursos

[...] são interpostos da *decisão*, e que podem gerar reforma da *decisão*, que nos perdoem o talvez exagero, mas quase como se o processo não existisse. Estes recursos não *abrem* o acesso à outra matéria que não a DECIDIDA e IMPUGNADA, chegar à cognição do STF e do STJ. Não geram, pois, efeito translativo e não tem, o efeito devolutivo que deles decorre, a dimensão vertical.

O principal argumento dos que negam o efeito translativo dos recursos excepcionais é que na Constituição Federal não existe previsão que permita afirmar a não necessidade do prequestionamento; assim o faz NELSON NERY JÚNIOR³⁷⁴ que entende terem esses recursos regimes jurídicos expressos no texto constitucional. Como o conhecimento deles depende de saber se a matéria impugnada foi efetivamente decidida no tribunal inferior e se veicula ofensa à Constituição Federal ou à lei federal, ir além desses limites consistiria em desvirtuar a função dos Tribunais Superiores, transformando-os em mera instância revisora de decisões.

Encontrava-se esse posicionamento no Superior Tribunal de Justiça³⁷⁵, mas que parece vem cedendo espaço³⁷⁶ e uma outra corrente doutrinária

³⁷⁴ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais...**, p. 420.

³⁷⁵ STJ, 2ª T. AgRg no AgIn 309.700, re. Min. Eliana Calmon, j. 17.10.2000, DJ 24.02.2003 – “Esta Corte já pacificou entendimento de que as questões de ordem pública também devem estar prequestionadas no Tribunal *a quo* para serem analisadas em sede de Recurso Especial [...]”.

STJ, 3ª T. AgRg no REsp. 318.672-SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 26.03.2002, DJ 23.09.2003 – “Segundo a jurisprudência desta Corte, mesmo as questões e as normas de ordem pública devem ser prequestionadas para viabilizar o especial”.

³⁷⁶ STJ, AgRg no REsp. 441.726-SE, rel. Min. Eliana Calmon, j. 03.06.2004 – “[...] 1. O

fortalece-se admitindo a possibilidade de o tribunal, depois de conhecido o recurso, de ofício proferir decisão acerca de matéria de ordem pública de natureza processual; entre os doutrinadores que apóiam a nova orientação está NELSON LUIZ PINTO³⁷⁷ que afirma poder o prequestionamento ser dispensado quando se trata de matéria de ordem pública, devendo o tribunal conhecê-la para evitar o trânsito em julgado de acórdão viciado, que fatalmente ensejará ação rescisória e entendendo que as “matérias de ordem pública estariam, por força da lei, implicitamente prequestionadas em toda e qualquer decisão de mérito”.

GLEYDSON KLEBER LOPES DE OLIVEIRA³⁷⁸ afirma ser o prequestionamento “indispensável e inafastável” e, caso o recurso especial reporte-se apenas à questão de ordem pública não ventilada na decisão recorrida, não deve o recurso ser admitido. No entanto, preenchidos os requisitos gerais e específicos que permitem o conhecimento do recurso, o Superior Tribunal de Justiça deve analisar de ofício matéria de ordem pública, porquanto inconcebível, “que verificando a nulidade absoluta ou até a inexistência do processo, profira decisão eivada de vício, suscetível de desconstituição por meio de ação rescisória ou ação declaratória de inexistência de decisão judicial”. Na doutrina, comunga esse entendimento

prequestionamento é exigência indispensável ao conhecimento do recurso especial, fora do qual não se pode reconhecer sequer as nulidades absolutas. 2. A mais recente posição doutrinária admite sejam reconhecidas nulidades absolutas *ex officio*, por ser matéria de ordem pública. Assim, se ultrapassado o juízo de conhecimento, por outros fundamentos, abre-se a via do especial (Súmula 456/STF)”.

STJ Resp. 109.474-DF, rel. Min. Humberto Gomes de Barros “Ao tomar conhecimento do recurso especial, o STJ deve apreciar de ofício, nulidades relacionadas com os pressupostos processuais e as condições da ação. Não é razoável que mesmo enxergando o vício fundamental do acórdão recorrido, o STJ nele opere modificação cosmética, perdurando a nulidade”.

³⁷⁷ PINTO, Nelson Luiz. **Juízo de admissibilidade do recurso especial**. São Paulo: Malheiros Editores, 1992, p. 145.

³⁷⁸ OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. **Op. cit.**, p. 342.

doutrinário menos radical FREDIE DIDIER JÚNIOR³⁷⁹, que assim explica:

[...] se se quiser levar à apreciação do STJ, via recurso especial, a análise de uma questão sobre a ilegitimidade *ad causam*, é necessário que sobre ela tenha havido prequestionamento. Sucede que, se o recurso extraordinário/especial for interposto por outro motivo, e for conhecido (examinado/admitido), poderá o STF/STJ, ao julgá-lo, conhecer *ex officio* ou por provocação todas as matérias que podem ser alegadas a qualquer tempo (aquelas previstas no § 3º do art. 267 e a prescrição ou decadência). Perceba: não é possível que uma dessas questões seja objeto (causa de pedir/pedido recursais) de recurso extraordinário/especial sem que tenha havido o prequestionamento, mas, uma vez examinado o recurso que, por exemplo, tenha outro fundamento, os tribunais superiores poderão aplicar o § 3º do art. 267 do CPC e os arts. 193, 210 e 211 do CC/2002, reconhecendo as questões processuais, a prescrição ou a decadência”.

Sopesadas as opiniões doutrinárias, conclui-se não parecer razoável admitir que as Cortes Superiores possam conhecer apenas e tão somente matéria devidamente prequestionada em sede de recurso especial e extraordinário. É função delas buscar por melhor interpretação do direito constitucional e do direito federal uniformizando o entendimento mais favorável que deva ser extraído do dispositivo legal. Então, incabível que no rumo da tendência doutrinária mais atual, por exemplo, exista divergência entre as turmas julgadoras na interpretação da matéria reconhecendo o Superior Tribunal de Justiça a possibilidade do conhecimento *ex officio* de matéria de ordem pública e mantendo o Supremo Tribunal Federal orientação contrária, afastando a possibilidade da aplicação do efeito translativo.

Não se quer, com isso, afirmar que deva haver dispensa do prequestionamento, que continua onde sempre esteve, no campo da

³⁷⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Regras processuais do novo código civil**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 18.

admissibilidade. A abordagem da matéria pelas instâncias ordinárias, seja explícita ou implicitamente, é indispensável para que se tenha o conhecimento do recurso especial ou extraordinário, mas não convém impedir que, uma vez aberta a via recursal pelo conhecimento do recurso, toda e qualquer matéria de ordem pública, em especial a de natureza processual, fique também transladada. Evidente que interpretar sob esse novo aspecto o tema do prequestionamento traz como consequência natural e imediata volume extra de recursos no aguardo de solução.

Mas milita a favor dessa tese a alegação de que o prequestionamento nunca teve na doutrina e jurisprudência interpretação uníssona e pacífica. Há quem afirme exigível a identificação da questão federal ou constitucional na decisão recorrida, inclusive apontando expressamente os dispositivos legais considerados infringidos³⁸⁰; há quem dispense a menção numérica dos dispositivos violados³⁸¹; há quem entenda possa encontrar-se o prequestionamento implícito³⁸²; há quem aconselhe, no caso de omissão no julgamento do tribunal *a quo*, provocação para se obter manifestação

³⁸⁰ AgRg no AgIn 209.809-PE, rel. Min. José Augusto Delgado, j. 23.02.1999, DJ 03.05.1999 – “Apesar de existir corrente jurisprudencial, no âmbito desta Egrégia Corte e do Colendo STF, que admite estar configurado o prequestionamento, independentemente de menção expressa aos dispositivos legais invocados, desde que a matéria trazida pelo especial tenha sido enfrentada no pronunciamento do Tribunal *a quo*, outra corrente no seio deste Tribunal só admite o recurso especial quando houver menção expressa dos dispositivos legais apontados como violados, caracterizando, assim, o necessário prequestionamento. E a essa corrente, com as mais nobres escusas aos entendimentos divergentes, filio-me”.

³⁸¹ STF, 1ª T., AgRE 301.830-SP, rel. Min. Ilmar Galvão, DJU 14.12.2001 – “De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de que são exemplos os EDcl no AgRg 258.285, rel. Ilmar Galvão, Para a configuração do prequestionamento não se exige a menção numérica dos dispositivos constitucionais tidos por violados, mas, sim, a análise, por parte da Corte *a quo*, dos temas neles tratados, circunstância que se verifica no caso em exame”.

³⁸² STJ, Corte Especial, REsp. 111.707-PR, rel. Min. Antonio de Pádua Ribeiro, DJU 02.05.2005 – “O prequestionamento pode ser explícito, quando o acórdão se refere expressamente aos dispositivos legais tido por violados; ou implícito, quando, mesmo não se referindo expressamente aos dispositivos tidos como malferidos, decide as questões jurídicas que envolvem a sua aplicação”.

STJ, 1ª T., REsp 470.789/RS, rel. Min. Luiz Fux, DJU 22.04.2003 – “ 1. O prequestionamento implícito da questão federal é admitido pela jurisprudência do STJ e deve ser acatado no caso concreto[...]”

expressa via embargos declaratórios³⁸³; e o rigorismo absoluto convive com a flexibilização no enfrentamento de problemática que envolve a interpretação de dispositivos constitucionais que têm o mesmo conteúdo.

Cabe lembrar, ainda, que Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça fixaram critérios diferentes para a identificação do prequestionamento, ao sumularem que “O ponto omissivo da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento” (356, STF), entendendo que basta a interposição de embargos de declaração para caracterizar o prequestionamento em relação ao recurso extraordinário, e que é “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada no tribunal *a quo*” (211, STJ), para esclarecer que o prequestionamento só é reconhecido se o tribunal *a quo* tiver enfrentado a questão articulada no recurso especial.

Quer parecer que o prequestionamento confundiu-se com os requisitos constitucionais de admissibilidade dos recursos excepcionais, para colocar-se como equivalente de “questão decidida”. Em que pese abalizadas opiniões

³⁸³ STJ, 2ª T., REsp. 327.445-RS, rel. Min. Eliana Calmon, DJU 24.03.2003 – “Decisão que não aprecia explicitamente dispositivos constitucionais invocados desafia embargos de declaração que, dependendo do julgamento, acarretam violação ao art. 535 do CPC, caso permaneça a omissão apontada”. STF, Tribunal Pleno, RE 128.519-DF, rel. Min. Marco Aurélio, DJU 08.03.1991 – “Diz-se prequestionado determinado tema quando o órgão julgador haja adotado entendimento explícito a respeito, contando a parte sequiosa de ver o processo guindado a sede extraordinária com remédio legal para compeli-lo a tanto – os embargos declaratórios. A persistência da omissão sugere hipótese de vício de procedimento. Configura-se deficiência na entrega da prestação jurisdicional, o que tem contorno constitucional, pois à garantia de acesso ao Judiciário há que ser emprestado alcance que afaste verdadeira incongruência, ou seja, o enfoque de que, uma vez admitido, nada mais é exigível, pouco importando a insuficiência da atuação do Estado-juiz no dirimir a controvérsia. Impor para configuração do prequestionamento, além da matéria veiculada no recurso, referência ao número do dispositivo legal pertinente, extravasa o campo da razoabilidade, chegando às raias do exagero e do mero capricho, paixões que devem estar ausentes quando do exercício do ofício judicante”.

em contrário, entende-se não existir obrigatoriedade constitucional ou legal de prequestionamento, pois a Constituição Federal fala em causa decidida e não em matéria suscitada. Ao contrário, prequestionamento deve indicar somente a diligência do recorrente no sentido de tornar uma questão controvertida, já que daí será extraído o fundamento para o julgamento do mérito. E tal controvérsia não se exige quanto à matéria de ordem pública, em qualquer grau de jurisdição, podendo, em face da permissão legal ser conhecida inclusive *ex officio* e, principalmente, por não ser razoável, que diante de irregularidade manifesta, o tribunal superior não possa fazer prevalecer o direito.

Atualmente é finalidade do processo extrair o maior aproveitamento possível dos atos processuais; não podem, portanto, questões meramente formais deixar subsistir casos de nulidade absoluta do processo ou até de inexistência da relação jurídica processual, por falta, por exemplo, de condições da ação, remetendo os litigantes para as vias da ação rescisória ou da ação declaratória.

Apesar da previsão constitucional, a espécie recursal não está imune ao sistema processual e ao conjunto de princípios informativos que regem o processo; defender posição diversa é negar a existência e aplicação desses princípios.

Ainda porque, outras hipóteses concretas de impossibilidade do prequestionamento são encontradas como, por exemplo, no caso do terceiro prejudicado. Tem ele legitimidade para interpor recurso especial ou extraordinário? Como exigir dele o prequestionamento? Sob o pretexto de

respeitar a exigência absoluta de tal requisito, os Tribunais Superiores correm o risco de produzir decisões facilmente destituíveis por meio das ações autônomas de impugnação da coisa julgada.

EGAS DIRCEU MONIZ DE ARAGÃO³⁸⁴ com propriedade lembra:

É dever do juiz analisar, sempre, em todo e qualquer caso, a validade do processo que se lhe apresenta. Deveras, impossível admitir que a jurisdição (sobretudo a jurisdição dos Tribunais Superiores) possa ser prestada sem que seja válido o substrato material que conduziu a causa a julgamento”.

Entende-se, pois, deva postura diferente ser assumida diante da realidade processual, afastando o rigor do prequestionamento no caso da ausência de pressupostos processuais ou condições da ação; justifica-se pelo fato de o julgador, antes de decidir o mérito, ter como compromisso preliminar da atividade jurisdicional, aquele de verificar a validade do processo. Essa é a idéia que viceja em jurisprudência recente dos tribunais, ocupando espaço e afastando a conservadora tendência em sentido contrário³⁸⁵.

³⁸⁴ ARAGÃO, Egas Dirceu Monis de. **Op. cit.**, p. 537.

³⁸⁵ STJ REsp. 271.926-CE, rel. Min. Luiz Fux, j. 19-05-2005, DJU 26.09.2005 – “[...] resta evidente que a mesma deveria ocupar o pólo passivo da demanda em razão do litisconsórcio necessário, matéria que pode ser argüida de ofício pelo magistrado, porquanto revela-se nulidade insanável, que ultrapassa a preclusão. 9. Deveras, como norma *in procedendo*, cujo descumprimento compromete a homogeneidade da decisão, é lícito ao Tribunal reconhecê-la de ofício, posto não se referir ao interesse das partes, senão, ‘defesa da jurisdição’. Nesses casos, irrelevante o prequestionamento, exigível apenas dos interessados, categoria a que não pertence, nem pode pertencer o Tribunal, por força do dever de imparcialidade. 10. O Tribunal não pode conhecer de ofício matérias não prequestionadas que digam respeito ao interesse das partes, ângulo de enfoque a que escapam matérias que encerram interesse público extrapolante do poder dispositivo dos demandados e *a fortiori* superadores da preclusão inclusive *pro judicato*, que *in casu* não se verifica”.

STJ Resp. 36.943-6/RS, rel. Min. Pádua Ribeiro, j. 17.11.1993, DJ 06.12.1993 – “[...] II – No contexto assinalado, deve o órgão julgador limitar-se ao exame da questão federal colacionada, mas, se, ao assim proceder, tiver de julgar o mérito da controvérsia, pode, de ofício, conhecer das matérias atinentes às condições da ação e aos pressupostos processuais. III – Recurso especial de que se

Discute-se também a possibilidade do conhecimento *ex officio* de matéria de ordem pública em sede de embargos de declaração e embargos infringentes, posicionando-se favoravelmente NELSON NERY JÚNIOR³⁸⁶:

Opera-se o efeito translativo nos recursos ordinários (apelação, agravo, embargos infringentes, embargos de declaração e recurso ordinário constitucional), mas não nos recursos excepcionais (recurso extraordinário, recurso especial e embargos de divergência).

Os embargos declaratórios são o recurso utilizado para cobrar esclarecimento do prolator da decisão impugnada no caso de obscuridade ou contradição e complementação no caso de omissão. Assim, devolvem o conhecimento da causa ao mesmo órgão, para a correção de imperfeições formais, não se destinando, em regra, a produzir alterações de substância no julgado, extrapolando, por isso, os limites do recurso. Podem, portanto, vícios decisórios que nulificam a sentença, por exemplo, ser sanados em sede de embargos de declaração, como atesta LUIZ GUILHERME AIDAR BONDIOLI³⁸⁷:

Outrossim, nulidades cognoscíveis de ofício podem ser objeto de apreciação pelo juiz em sede de embargos declaratórios, ainda que o embargante tenha silenciado a respeito, desde que os embargos tenham rompido a barreira da admissibilidade e tenham aptidão para reabrir o julgamento da causa. Trata-se de decorrência do efeito translativo dos recursos [...].

No entanto, excepcionalmente, pode ser reconhecido efeito

conhece, a fim de se julgar extinto o processo sem julgamento do mérito”.

³⁸⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais...**, p. 420.

³⁸⁷ BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. Nulidades processuais e mecanismos de controle. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 145, 2007, p. 30. Orienta também essa posição jurisprudência do STJ, 2ª T., REsp. 675.881, rel. Min. Castro Meira, j. 18.10.2005, DJU 07.11.2005: “a ilegitimidade passiva *ad causam* argüida Pelo Banco Central, por tratar-se de uma das condições da ação, pode e deve ser conhecida em qualquer tempo e grau de jurisdição, até de ofício, ainda mais quando impugnada na via dos embargos de declaração”.

modificativo aos embargos quando reconhecem a existência de nulidades absolutas, de ofício ou a requerimento do recorrente³⁸⁸. TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER³⁸⁹ afirma que o Tribunal de Justiça de São Paulo vê com reservas a possibilidade de modificação do julgado, enxertando acórdão pertinente. Porém, como não existe para os embargos de declaração requisito específico, qual o do prequestionamento para o caso de recurso especial e recurso extraordinário, a melhor interpretação deve ser a da possibilidade do conhecimento da matéria de ordem pública *ex officio*.

Em que pese opinião contrária existente, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido que, mesmo suscitada a matéria somente em sede de embargos declaratórios, deva pronunciar-se sobre essas questões de ordem pública por serem apreciáveis de ofício³⁹⁰. dado o caráter publicista do processo que limita ou até mesmo exclui a autonomia do litigante, no sentido de deixar predominar os poderes do juiz

Na hipótese, não é adequado falar em “finalidade” prequestionadora

³⁸⁸ STS, Corte Especial, ED em AI 305.080-MG, rel. Min. Menezes Direito, j. 19.02.2003, DJU 19.05.03: “o efeito modificativo dos embargos de declaração tem vez, apenas, quando houver defeito material que, após sanado, obrigue a alteração do resultado do julgamento”.

STJ, 2ª T., REsp. 15.569-DF-Edcl, rel. Min. Ari Pargendler, j. 08.08.1996, DJU 02.09.1996: “Os embargos de declaração só podem ter efeitos modificativos se a alteração do acórdão é consequência necessária do julgamento que supre a omissão ou expunge a contradição”.

³⁸⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades...**, p. 278. Teor da ementa do acórdão mencionado: “Recurso. Embargos de declaração. Pretendido acolhimento de preliminar relativa à condição da ação. Inadmissibilidade. Reapreciação que importaria alteração na substância da decisão embargada. Rejeição. Não há como acolher embargos de declaração apresentados sob a alegação de não apreciação de preliminar relativa à condição da ação, pois a decisão sobre eles não pode, a pretexto de suprir omissão ou corrigir obscuridade ou contradição, alterar, na substância, a decisão embargada” (5ª Câmara, Ap 98.810-1, rel. Marco César, j. 22.09.1988).

³⁹⁰ STJ, 2ª T., REsp. 122.003-SP, rel. Min. Adhemar Maciel, j. 01.09.1997, DJU 29.09.1997: “questão de ordem pública (coisa julgada) suscitada em sede de embargos declaratórios. Ainda que suscitadas tão somente em sede de embargos de declaração, deve o tribunal pronunciar-se sobre as questões de ordem pública apreciáveis de ofício”.

Nesse sentido também o julgamento em ED no REsp 120.240-SP 2ª Turma do STJ, rel. min. Adhemar Maciel, DJU de 29.09.1997, COAD Informativo Semanal 11/98, nº 82.218, p. 174.

dos embargos de declaração já que, ao integrar a decisão embargada, isso pode paralelamente importar no prequestionamento, consolidando-se o prévio debate a respeito da questão e possibilitando o recurso excepcional.

Já os embargos infringentes são o recurso cabível em face de acórdão não unânime proferido em apelação e ação rescisória e dirigido ao próprio tribunal prolator da decisão embargada, com a finalidade de modificá-lo, objetivando fazer prevalecer o voto vencido. Se o desacordo é parcial serão restritos à matéria que é objeto da divergência, podendo esta residir em matéria de mérito ou de preliminar. Não se fala em juízo de retratação, pois dependendo da organização do tribunal ao qual é dirigido o recurso, ele pode ser julgado por órgão diverso, tratando-se, simplesmente, de efeito devolutivo. Nos embargos infringentes, a lei limita a devolução à matéria objeto de divergência na decisão anterior, que fica restrita às questões que foram decididas por maioria. Cumpre indagar: tem essa restrição aplicação quanto à matéria de ordem pública, que permite conhecimento *ex officio*?

ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS³⁹¹ argumenta que não pode o tribunal examinar quaisquer questões que não estejam compreendidas na divergência: “não pode o tribunal conhecer nem daquela que seria de interesse público e que, na apelação, exigiria o conhecimento de ofício, como as nulidades absolutas [...]”. Acompanha este entendimento jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que para a matéria não tem interpretação uniforme³⁹².

³⁹¹ SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Op. cit.**, v. I, p. 544.

³⁹² STJ, 4ª T. Resp. 87.883/RJ, rel. Min. Ruy Rosado, j. 13.05.1996, DJU 17.06.1996 – “O julgamento dos embargos infringentes está restrito ao tema da divergência, não se lhe podendo acoimar de nulo por não apreciar questões omitidas no julgamento da apelação, do qual não foram oferecidos embargos de declaração”.

STJ, 4ª T., REsp. 8.405/SP, rel. Min. Athos Carneiro, j. 29.04.1992, DJU 18.05.1992 – “A decisão de embargos infringentes está adstrita aos limites da divergência, podendo o recurso: a) ser acolhido

Os embargos infringentes não são, porém, recurso de fundamentação vinculada³⁹³ vez que a amplitude dos embargos prende-se à conclusão do voto vencido e não a seus fundamentos. Então, também nessa hipótese, a exemplo do que ocorre com o recurso especial e o recurso extraordinário, em que se exige o prequestionamento, entende-se possa ser a matéria devolvida à apreciação do tribunal, sem necessidade de demonstração expressa pela parte, mesmo que não tenha sido mencionada, ou que não tenha tido apreciação exaustiva do magistrado *a quo*.

Como se afirmou, a discussão sobre essa possibilidade não se passa no campo do efeito devolutivo, que é restrito à divergência, mas sim no âmbito do efeito translativo, que autoriza o tribunal a julgar fora do que consta das razões ou das contra-razões do recurso.

Necessário, apenas, tenha sido conhecido o recurso, pois na hipótese de não conhecimento, a atividade de cognição exaure-se na declaração de inadmissibilidade do recurso, e deve conhecer de ofício matéria de ordem pública não em virtude do efeito devolutivo, que é restrito à conclusão da divergência, mas ao princípio translativo.

totalmente com a prevalência do voto que fora vencido no aresto embargado; b) ser acolhido parcialmente, no caso em que o embargante receberá menos do que fora deferido no voto vencido; ou c) ser rejeitado, caso em que prevalecerá às inteiras a solução adotada nos votos vencedores lançados no aresto embargado”.

³⁹³ STJ, Ag 29.764-5/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 12.04.1993, DJU 31.05.1993 – Para fins de aferição da não unanimidade no acórdão embargado, ensina a doutrina que se apura o desacordo pela conclusão do pronunciamento de cada votante, e não pelas razões que invoque em sua fundamentação”. RSTJ 106/241 – “A divergência que enseja o uso dos embargos infringentes é identificada pelo exame das conclusões do julgamento, sendo cabíveis quanto ao dispositivo do voto vencido não a seus fundamentos”.

Leciona JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA³⁹⁴ nesse sentido:

[...] convém ressaltar que ao colegiado só é lícito examinar quaisquer questões relativas ao processo e às ‘condições da ação’ se e na medida em que puder conhecer dos embargos, por satisfeitos todos os requisitos de admissibilidade do recurso, inclusive e notadamente a divergência no seio do órgão *a quo*”.

E também esse é o posicionamento encontrado em jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça³⁹⁵.

Nos recursos em que há efeito devolutivo restrito à disposição legal, como é o caso dos embargos de declaração e dos embargos infringentes, é mais coerente que a correção das nulidades seja de imediato, a permitir a manutenção de situações que poderão reclamar outro processo, com as despesas inerentes. A falta de condição da ação impede que o julgamento do recurso cumpra sua função de ser útil ao desfecho da causa; logo, incumbe ao juiz corrigir os vícios processuais, decretando as nulidades existentes, o que significa que aberta a via do julgamento com o conhecimento do recurso,

³⁹⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. V, p. 531.

³⁹⁵ STJ, EI na AR 195-0/DF, rel. Min. Antonio de Pádua Ribeiro, j. 13.04.1993 – “I – Cabe à Seção deste Tribunal, ao conhecer de embargos infringentes, examinar de ofício questões relativas à falta de pressupostos processuais, ainda que, no acórdão embargado, não tenha ocorrido dissídio quanto a essas questões”.

STJ, EI na AR 380-SP, rel. Min. José Delgado, j. 28.02.1996, DJU 03.06.1996 – “O ordenamento jurídico formal brasileiro não permite que, em embargos infringentes, aprecie-se matéria não discutida no voto vencido, salvo, excepcionalmente, quando ocorrer ausência evidente de pressupostos processuais para a ação e for manifesta a incompetência absoluta, o que obriga o Tribunal conhecê-las de ofício”.

STJ, 4ª T. REsp. 50.010/PR, rel. Min. Fontes de Alencar, j. 03.12.1996, DJU 25.08.1997 – “Em embargos infringentes pode o tribunal, de ofício, verificando a ausência de litisconsortes necessários, anular o feito e determinar a providência de que trata o artigo 47, par. ún. do CPC”.

STJ, 3ª T., RESP. 284.523, rel. Min. Nancy Andrigli, j. 03.05.2001, DJU 25.06.2001 – “o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, em sede de embargos infringentes, deve-se conhecer de ofício a matéria de ordem pública, ainda que esta não esteja inserida no âmbito devolutivo deste recurso, isto é, ainda que a questão de ordem pública não se inclua nos limites da divergência”. Conforme Theotônio Negrão e José Roberto F. Gouveia, em Código de processo civil e legislação processual em vigor – nota 18 ao art. 530, p. 654.

parece plausível se reconheça ser o efeito translativo inerente também a ele.

6.1.3. Sentença de mérito sem condições da ação

Questão que se coloca quanto à ausência de condição da ação, diz respeito à prolação de sentença com resolução do mérito em processo em que sua inexistência não tenha sido reconhecida em face de arguição promovida pela parte, em razão da sua inércia e mesmo da sua não pronúncia *ex officio*.

Não detectada a falta de legitimidade da parte, a impossibilidade jurídica do pedido ou a falta de interesse de agir, há prolação de sentença de mérito, que pelo decurso *in albis* do prazo recursal ou pelo esgotamento das vias de impugnação dos atos judiciais, transitará em julgado. LIEBMAN³⁹⁶ escreve sobre a existência desses “vícios maiores, vícios essenciais, vícios radicais, que sobrevivem à coisa julgada e afetam a sua própria existência” e, nessa hipótese, mesmo tendo-se sentença formalmente definitiva, “é coisa vã, mera aparência e carece de efeitos no mundo jurídico”.

Em face dessa realidade, cabe indagar: de que vício padece a sentença de mérito que não tenha preenchido a exigência das condições da ação? Que natureza jurídica pode ser atribuída a tal ato? Qual a via processual adequada para impugná-lo? A que tempo?

Encontra-se na doutrina resposta lúcida e coerente na tese defendida

³⁹⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo...*, p. 182.

por TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER e JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA³⁹⁷ de que tal sentença deve configurar-se como ato inexistente. Definem, por sua vez, como ato inexistente, aquele que apresenta defeito de essência que não permita enquadrá-lo no tipo legal e apontam, como exemplo, entre outras, “as sentenças proferidas em processos gerados pela propositura de ‘ações’ sem que tenham sido preenchidas as condições de seu exercício”. Para justificar tal posicionamento, através de esclarecedores exemplos colhidos na doutrina e jurisprudência, propugnam pela distinção entre atos nulos e atos inexistentes, lembrando que estes podem erigir-se em categoria própria, já que têm previsão legal, pois o Código de Processo Civil, em seu artigo 37, parágrafo único, expressamente alude à ato inexistente, assim qualificado aquele praticado pelo autor quando seu patrono não tenha anexado aos autos o instrumento de mandato.

O processo civil vigente não apresenta um elenco legal das nulidades, apenas enunciando uma ou outra hipótese: são nulos os atos do juiz absolutamente incompetente (artigo 113, parágrafo 2º), o processo sem citação (artigo 214), o processo em que o Ministério Público devesse intervir e para o qual não foi intimado (artigo 246).

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR³⁹⁸ afirma que as nulidades podem ser

³⁹⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada:** hipóteses de relativização. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 31.

³⁹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Nulidade, inexistência e rescindibilidade da sentença. **Revista de Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 19, 1990, p. 27. Também As nulidades no código de processo civil. **Revista de Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 30, 1983, p. 48. Sobre o ato inexistente e a distinção em face da nulidade, Sérgio Costa (**Manuale di diritto processuale civile.** Torino: UTET, 5. ed., p. 225) leciona: “È inesistente l’atto processuale che manca d’un elemento essenziale per la sua esistenza; vi è quindi qui qualche cosa de più della nullità assoluta è pur tuttavia isistente, mentre nel caso contrario l’atto neppure esiste. La differenza há uma grande importanza perchè l’atto affetto da nulità, anche insanabili, può essere poi sanato dalla cosa giudicata: il che non avviene per l’atto inesistente”.

originárias ou derivadas. As originárias resultam de irregularidades intrínsecas do próprio ato, relacionadas com vícios formais, decorrentes da inobservância de requisito de modo, lugar ou tempo previsto para a prática do ato, como é o caso da sentença sem motivação (artigo 458, II, CPC), ou substanciais, que consistem em *error in procedendo*, como é o caso da sentença *extra petita* (artigo 460, *caput*, CPC). As derivadas são consequência da atipicidade do ato passado que se irradia atingindo os subseqüentes, como é caso da prova obtida ilicitamente (artigo 5º, LVI, CF). Por aplicação do princípio da causalidade “anulado o ato, reputam-se de nenhum efeito todos os subseqüentes que dele dependem” (artigo 248, CPC). Admite também este doutrinador o ato inexistente e agrupa os vícios dos atos processuais em três categorias que, por sua vez, geram a sentença rescindível, a sentença nula e a sentença inexistente.

Assim, uma sentença de mérito proferida sem que estejam presentes as condições da ação padece de nulidade, num sistema em que são consideradas nulidades absolutas as chamadas nulidades de fundo, relacionadas com o bom desempenho da atividade jurisdicional e com o interesse público nesse bom desempenho, com fiscalização oficiosa e que não precluem (artigo 245, parágrafo único) e, nulidades relativas, aquelas que se apresentam como vícios de forma, cujo conhecimento depende da iniciativa das partes, pena de preclusão (artigo 245, *caput*).³⁹⁹ O princípio da instrumentalidade das formas impõe sejam as nulidades separadas em sanáveis e insanáveis; as nulidades insanáveis caracterizam-se pela frustração dos resultados programados para o

³⁹⁹ Para distinção entre nulidade absoluta e relativa ver Enrico Tullio Liebman (**Manual de direito...**, v. I, p. 331); Teresa Arruda Alvim Wambier (**Nulidades do processo...**, p. 159) e na mesma obra, p. 174 e 269, sobre a distinção entre nulidade da sentença (que reclama, pois, ação rescisória para ser expurgada do mundo jurídico) e inexistência da sentença (que pode ser declarada como tal, por meio de ação declaratória de inexistência); também Cândido Rangel Dinamarco (**Instituições...**, v. II, p. 58) – Este

ato, enquanto as sanáveis não comprometem, desde que viável a repetição do ato irregular ou a prática do ato ainda não realizado.

Sendo pressupostos processuais da constituição válida da relação jurídica processual a competência absoluta (em razão da matéria ou da função/hierarquia) e a inexistência de impedimento, sua ausência pode gerar a nulidade da sentença, inobstante acobertar-se pela coisa julgada. Diz-se “pode”, haja vista que o estado de nulo é posterior ao pronunciamento judicial, é o estado do ato após a aplicação da sanção que é a nulidade. Ao contrário do que acontece com os atos inexistentes, ineficazes intrinsecamente, os atos anulados produzem efeitos até que a eficácia lhes seja retirada com a aplicação, pelo juiz, da sanção legal da nulidade.

Quanto à sentença de mérito, proferida em processo em que não tenham sido preenchidas as condições da ação, por óbvio o tratamento deverá ser diverso.

De acordo com TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER e JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA⁴⁰⁰, se o fato de o autor não preencher as condições da ação implica na própria inexistência da ação, tendo ele exercido apenas o direito de petição, também haverá processo juridicamente inexistente e, por conseguinte, sentença juridicamente inexistente, que, *ipso facto*, não tem aptidão para produzir coisa julgada. Explicam esses doutrinadores que a sentença que julga o mérito quando ausentes condições da ação “é um

doutrinador fala em nulidades cominadas e nulidades não cominadas.

⁴⁰⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada...**, p. 31 – “Em outras palavras, para nós, se o autor não preenche as condições da ação, a sentença de mérito proferida neste contexto é juridicamente inexistente. Como, em casos assim, inexistente *ação*, considera-se que o que se terá exercido terá sido, em verdade, o direito de petição”.

arremedo de sentença, pois a questão submetida ao juiz sequer poderia ter sido apreciada (v. g., no caso de sentença proferida entre partes ilegítimas)”.

6.1.4. Mecanismo de controle da sentença inexistente

O controle das nulidades existentes no processo começa com o primeiro contato do juiz com o processo, no exame da petição inicial, quando pode determinar sua emenda ou complementação (artigo 284, CPC). Quando do saneamento, instigado a investigar a existência de irregularidades deve, então, mandar supri-las quando necessário (artigo 327, CPC). Mesmo após a sentença, ainda que o sistema processual vigente não faça distinção entre sentença rescindível, sentença nula e sentença inexistente e dispense a elas o mesmo tratamento, sentença de mérito nula ou inexistente, transitada em julgado, é passível de impugnação.

Nas palavras de MOACYR LOBO DA COSTA⁴⁰¹, “transformar o nulo em rescindível é uma acrobacia mental”. Assim, parece inevitável deva-se concordar com este doutrinador quando critica o sistema único adotado pelo Código de Processo Civil para a impugnação da sentença de mérito transitada em julgado, arrolando nos incisos do artigo 485 motivos de nulidade e motivos de rescindibilidade como ensejadores da ação rescisória.

Com perspicácia argumenta que o artigo 113 e parágrafo 2º do Código de Processo Civil impõem seja a incompetência absoluta declarada de ofício

⁴⁰¹ COSTA, Moacyr Lobo da. Reflexões críticas sobre a ação rescisória. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 39, 1985, p. 171 e 164-166.

e alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção e, uma vez declarada, os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao juiz competente. O artigo 485 e inciso II, por sua vez, dispõem que a sentença de mérito transitada em julgado pode ser rescindida, quando proferida por juiz absolutamente incompetente. Também no artigo 246, impõe a nulidade do processo se o Ministério Público não for intimado para acompanhar o feito em que deva intervir e, no artigo 487, atribui legitimidade ao Ministério Público para propor a ação rescisória “se não foi ouvido no processo em que lhe era obrigatória a intervenção”.

Ora, se são nulos os atos decisórios praticados por juiz absolutamente incompetente, se cominada nulidade ao processo, se nele não intervém o Ministério Público quando lhe competia fazê-lo, como pode a sentença de mérito transitada em julgado, em casos tais, ser objeto de ação rescisória?

Semelhante indagação encontra-se em texto de THEREZA ALVIM⁴⁰², em comento ao inciso IV do artigo 485 do Código de Processo Civil que prevê o cabimento da ação rescisória para as sentenças de mérito que ofendem a coisa julgada. Afirma que o julgador, ao proferir sentença de mérito, desconhecendo a existência de coisa julgada anterior, praticou ato que não pode ser inquinado de nulo e muito menos pode inserir-se como hipótese de cabimento de ação rescisória.

À evidência, incabível qualquer outra decisão que não a de carência, se ausente da segunda ação proposta a condição que se qualifica como interesse de agir, em face do julgamento anterior de mérito ocorrido na primeira ação,

⁴⁰² ALVIM, Thereza. Notas sobre alguns aspectos controvertidos da ação rescisória. **Revista de Processo**.

que proíbe a rediscussão da matéria em face da coisa julgada. Como afirma a doutrinadora, a sentença que aprecia mérito em detrimento do reconhecimento da carência é decisão em processo que validamente não se constituiu, não se tratando, pois, de ato rescindível e, principalmente, não se sujeitando ao prazo decadencial de dois anos para o exercício da ação rescisória.

A ação rescisória foi o meio eleito pelo Código de Processo Civil para rescindir a coisa julgada proveniente de decisão final de mérito e tem a função, pelo menos em parte, de corrigi-la, exigindo exatamente o concurso desses dois requisitos: a resolução do mérito e o trânsito em julgado (coisa julgada material). Como é a coisa julgada que garante a segurança jurídica e a estabilidade das relações, conforme se lê em NELSON NERY JÚNIOR⁴⁰³, objetiva a ação rescisória reparar a injustiça da sentença transitada em julgado “quando o grau de imperfeição é de tal grandeza que supere a necessidade de segurança tutelada pela *res iudicata*”⁴⁰⁴.

Contudo, para MOACYR LOBO DA COSTA⁴⁰⁵, não há coerência em se converter nulidades expressamente cominadas nos dispositivos legais em motivos de rescindibilidade, com a consequência da convalidação gerada pela decadência do direito de propor a ação rescisória no prazo de dois anos, conforme estabelece o artigo 495 do Código de Processo Civil.

São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 12-13.

⁴⁰³ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil...**, p. 238 – “Entre o justo absoluto, utópico e o justo possível, realizável, o sistema constitucional brasileiro, a exemplo do que ocorre na maioria dos sistemas democráticos ocidentais, optou pelo segundo (*justo possível*), que é consubstanciado na segurança da coisa julgada material. Descumprir-se a coisa julgada é negar o próprio estado democrático de direito, fundamento da república brasileira”.

⁴⁰⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Nulidade, inexistência e rescindibilidade da sentença. **Revista de Processo**, v. 19, p. 26.

⁴⁰⁵ COSTA, Moacyr Lobo da. Reflexões críticas sobre a ação rescisória. **Revista de Processo**, v. 39, p.

Propugnando aquele doutrinador pela separação em grupos dos motivos apontados na legislação, conforme ensejassem nulidade ou rescindibilidade, menciona que o direito lusitano já os diferenciava, distinguindo os meios de impugnação: para as nulidades, tinha a *querela nulitatis*, originária da legislação estatutária italiana do século XIII, que foi trazida para o direito português no reinado de D. Diniz e, para os motivos de rescindibilidade, tinha a *restitutio in integrum*, herdada do direito romano canônico. Enquanto a *querela nulitatis* visava à “declaração da nulidade da sentença, pura e simplesmente”, a *restitutio in integrum*, na medida em que “promovia a rescisão da sentença, pela declaração do vício apurado na sentença, ensejava um segundo juízo, para novo julgamento da causa por outra sentença. Eram os dois juízos, o *rescindens* e o *rescissorium*”.

Então, pode-se concluir que a sentença a qual aponte qualquer defeito que implique na possibilidade de sua anulação, como é o caso da ausência dos pressupostos de validade da constituição da relação jurídica processual, admite o manejo da ação rescisória, com o objetivo de desconstituir a coisa julgada, submetendo-se ao prazo legal estabelecido no artigo 495 do Código de Processo Civil. A sentença nula e, cabe evidenciar que se trata de nulidade absoluta, que admite declaração *ex officio*, com ausência de preclusão⁴⁰⁶, quer para o juiz, quer para as partes, já que a nulidade relativa não subsiste em virtude da preclusão ocorrida no curso do processo, por produzir coisa julgada material, pode ser impugnada por meio de ação rescisória. A ação rescisória é necessária porque, como a sentença de mérito, em regra, produz

164.

⁴⁰⁶ Em se tratando de preclusão, pondera Teresa Arruda Alvim Wambier (**Nulidades...**, p. 192) que no caso da nulidade absoluta, ela “não ocorre nem mesmo se a matéria for objeto de decisão, se desta

coisa julgada material, é esta coisa julgada que deverá ser desconstituída.

Quanto à sentença juridicamente inexistente, como não tem aptidão para transitar em julgado, não existindo o que desconstituir, incabível a ação rescisória, bem como a incidência para a impugnação da limitação do prazo do artigo 495 do Código de Processo Civil. Com efeito, a sentença inexistente não pode ser objeto de ação rescisória, em primeiro, porque ausente o pressuposto do cabimento que concerne ao trânsito em julgado e, em segundo, porque reclama não a desconstituição da coisa julgada que não a qualifica, mas a declaração de inexistência do ato, o que poderá ser obtido por meio de ação declaratória. Trata-se de situação de inexistência jurídica, a ser declarada também por meio de ação, mas que não se sujeita a limite temporal pré-definido para ser proposta.

O ato inexistente tem aparência de ato suscetível de ser tido como existente e válido; apenas o fator tempo jamais poderá convalidá-lo.

O meio adequado para retirar do mundo jurídico a sentença inexistente é a ação declaratória de inexistência jurídica, que é imprescritível e conhecida na doutrina e jurisprudência com a denominação de *actio nullitatis* ou *querela nullitatis*. Mas afirmando que “Rescindir não é decretar nulidade, nem anular. É partir até embaixo: cindir [...]” lembra PONTES DE MIRANDA⁴⁰⁷ que

Isto não quer dizer, contudo, que no bojo de ação rescisória seja vedado ao juiz reconhecer a nulidade ou a inexistência do julgado. Se é na pendência da ação rescisória que se revela ou se demonstra

decisão se recorre e se houver decisão a respeito”.

⁴⁰⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado das ações...**, p. 92 e 148.

a nulidade ou a inexistência da sentença, ali caberá ao julgador reconhecer tais vícios. O que não será correto é pronunciar julgamento com o sentido de *rescisão* de sentença nula ou inexistente. O dispositivo do julgado haverá de ser de decretação de nulidade ou de declaração de inexistência, conforme o caso.

Em resumo, a sentença de mérito transitada em julgado desde que eivada de nulidade absoluta desafia ação rescisória, com o objetivo de desconstituir a coisa julgada e, via de regra, possibilitar o rejuízo da matéria, a cujo manejo impõe-se o prazo decadencial de dois anos, e a sentença de mérito inexistente, que nem tem aptidão para transitar em julgado porque ausentes pressupostos processuais de existência ou condições da ação reclama a interposição da *actio nullitatis* sem qualquer vinculação a prazo⁴⁰⁸.

Defendendo tese de que a inexistência da sentença pode ser alegada por meio de ação autônoma direta (*querela nullitatis insanabilis*) a qualquer tempo, admitem TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER e JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA⁴⁰⁹ que se trata de matéria passível de alegação, inclusive em sede de embargos à execução, ou mesmo em exceção de pré-executividade, até porque entendem tratar-se de vícios mais graves dos que os listados nos incisos do artigo 741 do Código de Processo Civil, uma vez que “a execução

⁴⁰⁸ STJ, REsp. 94.811, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 29.10.1998, DJ 01.02.1999 “É cabível a ação declaratória de nulidade de sentença proferida em ação de usucapião, por não ter sido citado quem deveria integrar a lide”. O exemplo ilustra, porque a ausência de citação é autêntico caso de inexistência de sentença, que autoriza o manejo da ação declaratória, em razão da não constituição da relação jurídica processual, cabendo reparo apenas quanto à utilização da terminologia “declaratória de nulidade”, onde caberia “declaratória de inexistência de ato jurídico”.

⁴⁰⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada...**, p. 216.

STF-Pleno, RE 97.589, rel. Min. Moreira Alves, j. 17.11.1982, DJU 03.06.1983 – “para a hipótese prevista no art. 741, I, do atual CPC – que é a da falta ou nulidade de citação, havendo revelia – persiste, no direito positivo brasileiro a *querela nullitatis*, o que implica dizer que a nulidade da sentença, nesse caso, pode ser declarada em ação declaratória de nulidade, independentemente do prazo para a propositura da ação rescisória”. Entretanto, eleita uma via e enfrentada a questão, incabível nova tentativa, conforme Theotônio Negrão e José Roberto F. Gouveia, em Código de processo civil e legislação processual em vigor: “rejeitada a alegação de defeito da citação, feita através de embargos à execução, já não pode ser reproduzida em ação rescisória ou na ação de

que se pretende seja fundada em ‘sentença’, no caso de a ‘sentença’ ser inexistente, não é, na ‘verdade’, fundada em sentença”:

Conforme pensamos, a inexistência, no processo, e especificamente a inexistência das sentenças, pode ser alegada a qualquer tempo, por meio (ou no bojo) de qualquer ação, inclusive a ação de execução (embora exista a possibilidade de se intentar ação própria, com fito de declarar tal inexistência).

Assim, pode o executado por título judicial, se for o caso, alegar por meio de embargos a falta ou a nulidade da citação, somada à revelia e qualquer vício da sentença que a torne inexistente (ter sido proferida por quem não era juiz, por exemplo, pois a Jurisdição é pressuposto processual de existência). Trata-se de assunto passível de ser discutido até independentemente de estar seguro o juízo e de apresentarem-se os embargos, em exceção de pré-executividade.

Evidente que, dado o seu caráter invasivo, a atividade que objetiva a satisfação de direito deve respeitar as formas concebidas pelo legislador e, por ocasião do cumprimento da sentença, a impugnação à execução pode acabar funcionando como mecanismo de controle da nulidade, ou inexistência de atos judiciais, como também assegura LUIZ GUILHERME AIDAR BONDIOLI⁴¹⁰: “o controle de nulidade apoiado no inciso I dos arts. 475-L e 741 do CPC tem aptidão para a desconstituição do título executivo judicial o que lhe atribui função rescindente e o aproxima da ação rescisória”.

Por oportuno, merece comentário em face da não uniformidade de tratamento tanto doutrinário como jurisprudencial, que se percebe pelo teor dos julgados existentes, admitindo que na rescisória se possa declarar a inexistência de atos judiciais, a flagrante adoção do princípio da fungibilidade, não contemplada no Código de Processo Civil vigente.

nulidade do art. 486” (JTAERGS 81/106) – nota 8b ao art. 741, p. 849.

⁴¹⁰ BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. Nulidades processuais e mecanismos de controle. **Revista de Processo**, v. 145, p. 47.

O princípio da fungibilidade vincula-se ao princípio da instrumentalidade das formas e significa que preenchidas certas condições, pode-se usar um meio por outro para se chegar a determinado resultado. Mas TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER⁴¹¹ propõe reflexão ao argumentar que

[...] o princípio da fungibilidade não deve gerar a necessidade de ‘conversão’ de um meio, no outro. Como consequência inexorável e inafastável da incidência do princípio, tem-se o exame do pedido da parte e a aceitação do meio eleito por ela, desde que se esteja diante de uma zona cinzenta. A necessidade de ‘conversão’ não é inerente à idéia que está por detrás do princípio da fungibilidade, até porque, dificuldades de ordem procedimental poderiam levar alguém a concluir no sentido de que, por serem insuperáveis tais dificuldades, o princípio não deveria incidir.

Contemplado expressamente no artigo 810 do Código de Processo Civil de 1939, o princípio da fungibilidade era invocado para atender à necessidade de se pleitear fosse um recurso interposto recebido por outro, quando houvesse dúvida sobre qual o adequado para a hipótese concreta, desde que inexistente erro grosseiro e má fé. Bastante útil no sistema recursal da legislação revogada quando as dúvidas eram freqüentes, o princípio da fungibilidade foi omitido pela legislação em vigor que acreditou ter construído um sistema recursal perfeito, o qual afastava a necessidade de sua invocação. Atualmente, continua a fundamentar decisões em situações pontuais como as de requerimento de medidas cautelares e de tutela antecipatória. Assim, justifica-se sua aplicação face à não distinção legislativa entre nulidade e inexistência dos atos processuais, na medida em que possibilita aos julgadores a declaração da inexistência de ato judicial no

⁴¹¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O óbvio que não se vê: a nova forma do princípio da fungibilidade. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 137, 2006, p. 135.

bojo da ação rescisória, que como é sabido, tem por fim a desconstituição da coisa julgada da sentença de mérito.

TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER⁴¹² afirma ser esse princípio aplicável à situação de dúvida quanto à opção entre a ação rescisória e a ação declaratória de inexistência do ato judicial, na hipótese de sentença inexistente por falta de citação de litisconsorte necessário e admite possam ambas as ações servir ao propósito de impugnar a sentença de mérito prolatada quando ausente a condição da legitimidade, decidida cada qual nos limites de sua interposição. Parece não se tratar, porém, da melhor solução para o impasse, já que inexistência não se confunde com nulidade, submetendo-se a regimes jurídicos diversos. A inexistência sobrevive à coisa julgada e impede a sua formação, afirmando HUMBERTO THEODORO JÚNIOR⁴¹³ que “o que não existe não pode ser rescindido, de sorte que não há de se falar em ação rescisória de sentença inexistente. Assim, admitida a necessidade da distinção entre nulidade e inexistência, estabelecida a finalidade da ação rescisória e da declaratória e sugerida a inserção da figura da inexistência na legislação, não parece apropriado face a essa irregularidade exercer opção por ação rescisória apoiada na ofensa à literal disposição de lei.

6.2. As condições da ação e o mérito

O Código de Processo Civil vigente adotou a teoria eclética, impondo

⁴¹² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O óbvio que não se vê: a nova forma do princípio da fungibilidade. **Revista de Processo**, v. 137, p. 136.

⁴¹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Nulidade, inexistência e rescindibilidade da sentença. **Revista de Processo**, v. 19, p. 28.

condições para a existência do direito de ação e o entendimento majoritário, sedimentado nos mais tradicionais manuais de direito processual reconhece, inclusive por economia processual, serem essas condições juízo de admissibilidade da resolução do mérito, reclamando extinção do processo, por carência de ação, com fundamento no artigo 267, inciso VI. Mas a forma como o legislador tratou a matéria, exigindo que a presença dessas condições deva ser demonstrada, inclusive com produção de prova no sentido de formar o convencimento judicial, leva alguns doutrinadores também a entender que devem ser aferidas segundo o que restar comprovado no processo e não apenas em função do que foi afirmado pelo autor na petição inicial (*in statu assertionis*), com a negação da separação entre condições da ação e mérito da causa, pondo em crise sua autonomia em face do direito substancial.

JOÃO BATISTA LOPES⁴¹⁴ reconhece a existência dessas duas vertentes doutrinárias, quanto à identificação das condições da ação: a primeira, que as coloca como matéria de mérito ou, pelo menos, vinculadas ao mérito, principalmente quando se considera imprescindível o exame da relação jurídica material e necessária à instrução probatória para a decisão; e a segunda, que em consonância com o Código de Processo Civil vigente, as vê como matéria preliminar, espécies de questões prévias.

Embora desde o Código de Processo Civil de 1939 já se identificasse a tese do trinômio - pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa - base em que LIEBMAN assentou sua teoria, ilustres processualistas construíram divergência doutrinária que repercutia na jurisprudência dos tribunais, fazendo surgir a indagação: a sentença que decreta a extinção do

⁴¹⁴ LOPES, João Batista. **Op. cit.**, v. 1, p. 94.

processo por inexistência de condições é de mérito ou apenas decide preliminar? Tratava-se de problema de extrema relevância, principalmente pelo fato de que qualificada como sentença de mérito, legitimava o sucumbente a interpor recurso de apelação e quando reconhecida como sentença terminativa, ou sem julgamento do mérito, desafiava recurso de agravo de petição.

A jurisprudência, sensível à questão, reiteradamente decidia caber recurso de apelação em face de decisão que julgava a parte carecedora do direito de agir, até que o Código de Processo Civil vigente pareceu superar o impasse, pelo menos para efeito de interposição de recurso, ao englobar nos casos de recurso de apelação a decisão terminativa do processo em primeira instância.

Na doutrina, no entanto, a discussão já então existente persistiu dividindo os estudiosos. Questionava GALENO LACERDA⁴¹⁵ a autonomia das condições da ação quando afirmava existir julgamento de mérito no despacho saneador que repelisse a pretensão do autor por falta de possibilidade jurídica do pedido ou de legitimação *ad causam*, que definia como condições não de admissibilidade, mas de procedência do pedido. Utilizando raciocínio silogístico, assim esquematizou: como premissa maior tem-se a atuação do direito material abrangendo a possibilidade do pedido e a legitimação, em cuja ausência cabe decreto de carência; como premissa menor tem-se o estudo dos fatos que caracterizam a lide posta em juízo; e como conclusão, a procedência ou improcedência do pedido.

Para esse doutrinador, decidir a respeito das condições da ação “é julgar matéria relativa ao mérito do pedido, a seus fundamentos de direito. Elas constituem requisitos indispensáveis à fundamentação jurídica da pretensão”. Aqui, cabe reparo quanto ao emprego da expressão “mérito do pedido”, que parece redundante, ao se considerar que para J. J. CALMON DE PASSOS⁴¹⁶ “a lide posta ao conhecimento do juiz se denomina ‘mérito’”, para HUMBERTO THEODORO JÚNIOR⁴¹⁷ que entende que “em nosso Código de Processo Civil, lide e mérito da causa são uma só coisa”, e encontrando-se em ARRUDA ALVIM⁴¹⁸ a lição de que mérito é o pedido formulado pelo autor.

Também OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA⁴¹⁹, afirmando que as condições da ação envolvem o mérito, afirma que a sentença que extingue o processo pela falta de qualquer dessas condições, em seu sentir, é sentença de improcedência, explicando:

[...] quando um juiz declara inexistente uma das condições da ação, ele está em verdade declarando a inexistência de uma pretensão acionável do autor contra o réu, estando, pois, a decidir a respeito da pretensão posta em causa pelo autor, para declarar que o agir deste contra o réu – não contra o Estado – é improcedente. E tal sentença é sentença de mérito. A suposição de que a rejeição da demanda por falta de alguma condição da ação não constitua decisão sobre a lide, não fazendo coisa julgada e não impedindo a reproposição da mesma ação, agora pelo verdadeiro legitimado ou contra o réu verdadeiro, parte do falso pressuposto de que a nova ação proposta por outra pessoa, ou pela mesma que propusera a primeira, agora contra outrem, seria a mesma ação que se frustrara no primeiro processo. Toma-se o conflito de interesses, existente fora do processo, a que CARNELUTTI denominava lide, como verdadeiro e único objeto da atividade jurisdicional. Como este

⁴¹⁵ LACERDA, Galeno. **Despacho...**, p. 82-88.

⁴¹⁶ PASSOS, J. J. Calmon de. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 257-258.

⁴¹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Revista de Processo**, v. 17, p. 43.

⁴¹⁸ ARRUDA, Alvim. **Manual de direito...**, v. I, p. 246.

⁴¹⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo**, v.1, p. 88.

conflito não fora composto pela primeira sentença que declara o autor carecedor de ação, afirma-se que seu mérito permaneceu inapreciado no julgamento anterior. Daí porque, no segundo processo, com novos figurantes, estar-se-ia a desenvolver a mesma ação. Ora, no segundo processo, nem sob o ponto de vista do direito processual, e muito menos em relação ao direito material, a ação seria a mesma. Mudando-se as partes, transforma-se a demanda.

ADROALDO FURTADO FABRÍCIO⁴²⁰ sustenta, na mesma linha trilhada por OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA, que a legitimidade da parte seria, na verdade, uma questão de mérito e a sua falta equivaleria à ausência de direito material. Entendia que relativamente a esta condição era bastante difícil sustentar que se tratasse de matéria estranha ao mérito. Com efeito, ao sentenciar que o autor não tem legitimação, denega-lhe o juiz o bem a que aspira, existindo clara prestação jurisdicional de mérito, desfavorável ao autor, isto é, sentença de improcedência. Assim, afirmar que alguém não é parte legítima, significa dizer que ou o autor não tem a pretensão de direito material que deduz em juízo, ou que o réu não integra a relação jurídica de direito material que foi afirmada pelo autor e, em ambos os casos, há julgamento e não extinção sem análise do *meritum causae*. E sobre as condições da ação pondera:

[...] não se está a defender que as chamadas condições da ação sejam o próprio e todo mérito. O exame delas, é claro, não esgota necessariamente o *meritum causae*, mas é com certeza *um passo que se dá dentro do mérito*. Poder-se-ia usar em referência a elas, ainda que com certo temor à sua ambigüidade, a designação ‘prejudicial de mérito’, no sentido de que sua resolução não esgota as questões de mérito, mas pode tornar-se desnecessário o exame de outras delas, tal como ocorre com a prescrição, a decadência e, em geral, as denominadas ‘exceções substanciais’.

⁴²⁰ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Extinção do processo e mérito da causa. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 58, 1990, p. 21-22.

Ainda quanto à legitimação *ad causam*, ao afirmar PONTES DE MIRANDA⁴²¹ tratar-se de matéria de mérito, concluiu constituir “resquício da concepção privatística do processo o tê-la como requisito da formação da relação jurídica processual”.

MANOEL ANTONIO TEIXEIRA FILHO⁴²², por sua vez, lembra que a afirmação da titularidade do direito em juízo é a única realidade relevante no processo antes da sentença e a determinação das pessoas que podem agir como autor e réu só pode ser estabelecida a partir de tal afirmação. Daí reconhecer-se que a declaração sobre a legitimidade ou ilegitimidade diz respeito ao mérito, uma vez que o efeito prático será impedir que o autor retorne a juízo com a mesma ação. Assim, se o proprietário do imóvel ajuíza ação de despejo por falta de pagamento dos aluguéis, para verificar se o proprietário tem legitimidade para propor a ação, o juiz precisa examinar a relação jurídica de direito material para constatar se o autor consta como locador. Aprofundando sua cognição no contrato de locação, o juiz ingressa no mérito da causa.

Nesse sentido, posiciona-se o processualista JOSÉ ALBERTO DOS REIS⁴²³ que entende que para determinar qual parte está ativamente legitimada e qual aquela a quem cabe a legitimação passiva, será preciso examinar a natureza do contrato e os direitos e obrigações que são por ele produzidos, o que significa entrar no mérito da causa.

Quanto à possibilidade jurídica do pedido, posiciona-se TERESA

⁴²¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao código...**, v. II, p. 405.

⁴²² TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Op. cit.**, p. 50.

⁴²³ REIS, José Alberto dos. **Op. cit.**, p. 36.

ARRUDA ALVIM WAMBIER⁴²⁴ em que dar pela impossibilidade do pedido significa necessariamente ter examinado o mérito, “ainda que sob o ponto de vista exclusivamente jurídico”. Comunga o mesmo entendimento JOÃO BATISTA LOPES⁴²⁵ que ensina que a possibilidade jurídica do pedido “constitui matéria de mérito, pois se tem *a priori* hipótese de inexistência do direito pretendido e não mera ausência de requisito para o julgamento do mérito”.

Com eles concorda VICENTE GRECO FILHO⁴²⁶ ao afirmar que a “análise da possibilidade jurídica do pedido é prévia, e, em tese, não indaga ainda se o autor tem razão ou não”, mas adverte que para conceituar possibilidade jurídica do pedido não se pode deixar de lado a causa de pedir, concluindo que:

[...] a rejeição da ação por falta de possibilidade jurídica deve limitar-se às hipóteses claramente vedadas, não sendo o caso de impedir a ação quando o fundamento for injurídico, pois, se o direito não protege determinado interesse, isto significa que a ação deve ser julgada *improcedente* e não o autor carecedor da ação. Assim, por exemplo, se alguém pede o despejo, em contrato de locação residencial, por motivo não elencado na Lei de Inquilinato e isto for, afinal, verificado, o juiz deverá julgar a ação improcedente e não o autor carecedor da ação. Isto porque o pedido era juridicamente possível (despejo) mas seu fundamento não está amparado pela lei.

E JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA⁴²⁷ lucidamente opina em conclusão de

⁴²⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades...**, p. 36.

⁴²⁵ LOPES, João Batista. **Op. cit.**, v. I, p. 91.

⁴²⁶ GRECO FILHO, Vicente. **Op. cit.**, v. I, p. 88-89.

⁴²⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. Possibilidade jurídica do pedido e mérito. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, v. 93, p. 378. A solução proposta por Thereza Alvim, extraída da obra **Questões prévias e limites objetivos da coisa julgada**, p. 93-94, é a que se transcreve: “Já dissemos que a prescrição e a decadência são entendidas por nós, como integrantes do próprio mérito da causa. Pensamos que a ‘possibilidade jurídica do pedido’ também participa dessa mesma natureza. A decisão judicial sobre a existência dessa possibilidade não é da mesma natureza daquela que aprecia

artigo seu, específico sobre os temas da possibilidade jurídica do pedido e mérito:

Ante o exposto, verifica-se que o conteúdo da possibilidade jurídica do pedido pertence ao mérito, e como tal deve ser considerado. Reconhece-se, no entanto, que tal solução contraria a lei (mais precisamente, o inciso VI do art. 269, do CPC), porquanto perante o ordenamento processual civil pátrio reconhece a possibilidade jurídica do pedido como condição da ação. (sic)

Propõe-se, de *lege ferenda*, que se solucione a questão excluindo a possibilidade jurídica do pedido, enquanto condição da ação, ou, ainda, consoante solução propugnada por Thereza Alvim, seja dada à possibilidade jurídica do pedido o mesmo tratamento recebido atualmente pela prescrição e pela decadência, como preliminar de mérito.

JOSÉ MARIA ROSA TESHEINER⁴²⁸ admite sentenças de carência, mas que implicam análise de mérito e não são cobertas pela coisa julgada, justificando que as condições da ação constituem parcela do mérito e não dizem respeito à relação processual. Adverte, porém, tratar-se de “parcela que é recortada do mérito, atribuindo-lhe denominação diferente e tratamento jurídico diferenciado: a carência da ação exclui a coisa julgada”.

Ainda abraça o entendimento de que as condições são matéria de mérito BRUNO MOREIRA MUSSI⁴²⁹ e para justificar a possibilidade de uma interpretação dos artigos 267, inciso VI e 268 do Código de Processo Civil, diversa da pretendida pelo criador da teoria que lhes serviu de fundamento, ilustra com exemplo a imprecisão do legislador: o artigo 267, inciso I

a existência da *legitimatío ad causam*, ou do interesse de agir, pois não impede somente o conhecimento do mérito naquela lide, mas *examina o mérito, concluindo pela existência ou não, de direito positivo, que albergue a pretensão do autor*. Poderia essa questão, se adotássemos essa terminologia, ser denominada de preliminar do mérito tanto quanto a prescrição e a decadência. Entretanto, ante a lei vigente não pode ser sustentada a posição enunciada”.

⁴²⁸ TESHEINER, José Maria Rosa. **Op. cit.**, p. 43.

⁴²⁹ MUSSI, Breno Moreira. As condições da ação e a coisa julgada. **Revista de Processo**, v. 45, p. 47.

contempla como circunstância de extinção do processo sem resolução do mérito a do indeferimento da petição inicial, que pode entre outras causas, ocorrer na hipótese do inciso IV do artigo 295, “quando o juiz verificar, desde logo, a decadência ou a prescrição”; no entanto, elencou esses mesmos fenômenos como mérito, no artigo 269, inciso IV.

Assim, o artigo 268 não pode ter aplicação a todas as hipóteses do artigo 267 e, principalmente, com seu inciso VI não guarda qualquer pertinência. Para esse doutrinador, a decisão que reconhece a ausência de condições da ação é decisão de mérito, não obstante dispor o contrário o artigo 267, bem como autorizar o artigo 268 nova propositura da causa, já que, como afirma, “a normatividade dos preceitos não deve ser analisada isoladamente, mas à luz do ordenamento, como um todo”⁴³⁰.

E encontra-se a visão das condições da ação diretamente ligadas ao mérito em SUSANA HENRIQUES COSTA⁴³¹, que as identifica como “premissas lógicas para a solução do litígio”, cuja ausência não impede a apreciação do pedido com sentença de improcedência e extinção do processo com resolução do mérito e, na hipótese, a verificação das condições já corresponde a uma análise do mérito.

JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE⁴³², apenas diferencia as condições da ação do mérito pela profundidade da cognição exercida pelo juiz, assim lecionando:

⁴³⁰ MUSSI, Breno Moreira. As condições da ação e a coisa julgada. **Revista de Processo**, v. 45, p. 52.

⁴³¹ COSTA, Susana Henriques. **Condições da ação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 95.

⁴³² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo:

[...] se as condições da ação são aferidas a partir de elementos da relação material; se a ausência delas, mesmo verificada *in statu assertionis*, mediante cognição sumária mas suficiente, implica solução parcial do litígio; se esse resultado produz efeitos no plano material; se essa eficácia tende a tornar-se imutável, adquirindo a sentença a qualidade de coisa julgada material, imperioso concluir que a distinção entre carência e improcedência acaba sendo meramente acadêmica, ao menos no que se refere aos aspectos materiais da decisão. A solução total (improcedência) e a parcial (carência), nos limites da sentença, tornar-se-iam igualmente imutáveis, por força da coisa julgada material.

Contrariando o extenso rol de processualistas citados, além de outros, LUIZ MACHADO GUIMARÃES⁴³³ observou que os requisitos da pretensão alegada e os requisitos da ação correspondem “à diferença, posta em relevo pela doutrina alemã, entre requisitos referentes ao mérito principal (*Hauptsache*) e os pressupostos referentes ao mérito (*Sache*), mas não ao mérito principal”, recusando às condições da ação a qualidade de mérito da causa esclarecendo, sobre carência de ação, que ela

[...] nada tem a ver com a eventual existência do direito subjetivo afirmado pelo autor (hipótese de improcedência da ação), nem com a possível inexistência de algum dos requisitos, ou pressupostos da relação processual (hipótese de nulidade do processo). É situação que diz respeito apenas ao direito de ação e que pressupõe a autonomia deste direito.

Realçando ainda a distinção entre pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa, LUIZ EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL⁴³⁴ também separa as condições de admissibilidade das condições de procedência da ação, afirmando:

Malheiros Editores, 2006, p. 250.

⁴³³ GUIMARÃES, Luiz Machado. Carência de ação. **Repertório enciclopédico do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1947, v. VII, p. 246. Ver também **Estudos...**, p. 93-107.

⁴³⁴ VIDIGAL, Luiz Eulálio de Bueno. Pressupostos processuais e condições da ação. **Revista de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1967, v. 6, p. 10.

Nós, que concebemos a ação como poder de atuar a vontade concreta da lei, por via jurisdicional, para a composição dos conflitos de interesses, teremos de distinguir entre condições de admissibilidade da ação (requisitos para um pronunciamento judicial de mérito qualquer, favorável ou contrário ao autor) e as condições de procedência da ação (requisitos para um pronunciamento judicial favorável ao autor).

No mesmo sentido, destacam a autonomia das condições da ação os processualistas ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS⁴³⁵ que categoricamente afirma que “as condições da ação não se confundem com os pressupostos na medida em que ação e processo são distintos”; e WALTER NUNES DA SILVA JÚNIOR⁴³⁶ que observa que enquanto ação é o direito público subjetivo de alguém pleitear a tutela jurisdicional, processo é a relação jurídica em que se desenvolve o conhecimento e o julgamento do pedido, sendo os pressupostos processuais exigências legais sem cujo atendimento o processo, como relação jurídica, não se estabelece ou não se desenvolve validamente.

RODRIGO DA CUNHA LIMA FREIRE⁴³⁷, por sua vez, lembra ter o legislador brasileiro adotado o chamado “trinômio processual” composto pelos pressupostos processuais, condições da ação e mérito, constituindo as duas primeiras figuras requisitos de admissibilidade, considera-as prejudiciais ao mérito, devendo ser analisadas antes dele, inclusive porque a ausência de qualquer uma delas gera a carência, a qual impede o exame do mérito, mas para quem, mesmo apreciadas após a instrução probatória, a circunstância de depender de prova não modifica a natureza da questão e “as condições da

⁴³⁵ SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Op. cit.**, v. 1, p. 50.

⁴³⁶ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Condições da ação e pressupostos processuais. **Revista de Processo**, v. 64, p. 72.

⁴³⁷ FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Op. cit.**, p. 174.

ação jamais se converterão em mérito da causa”.

Também fiéis ao pensamento de LIEBMAN, não destoando das anteriores orientações, além de ATHOS GUSMÃO CARNEIRO⁴³⁸, para quem deferida a petição inicial, mas “verificado posteriormente (na fase de saneamento, ou após a instrução) que na hipótese de existência do crédito não seria o autor o credor, irá o juiz declará-lo ‘carecedor da ação’ (art. 267, VI), por ausência de legitimação *ad causam* ativa”, cumpre lembrar MÁRIO AGUIAR MOURA⁴³⁹ que peremptoriamente defende que “a apreciação das condições da ação não é julgamento de mérito”.

MOACYR AMARAL SANTOS⁴⁴⁰ para quem as condições são requisitos a serem preenchidos para se ter a prolação de decisão de mérito e ALFREDO BUZAID⁴⁴¹ que distingue condições da ação de mérito da causa esclarecendo que “consiste este no julgamento da procedência ou improcedência do pedido. A falta das condições da ação não gera uma sentença definitiva de rejeição no mérito, mas apenas uma decisão de que o autor é carecedor da ação” e que enquanto o juiz examina as condições da ação “ainda não entrou no objetivo da ação, que espelha o litígio entre as partes”, mas quando examina a pretensão deduzida pelo autor “é exigível ou inexigível, fundada ou infundada, ultrapassa então a esfera dos requisitos da ação e entra no domínio da procedência, ou improcedência.

CELSONE NEVES⁴⁴², na mesma linha de pensamento, adverte que a falta de

⁴³⁸ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Op. cit.**, p. 25.

⁴³⁹ MOURA, Mário Aguiar. Condições da ação em face da coisa julgada. **RT** 550, p. 250.

⁴⁴⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. **Op. cit.**, v. 1, p. 163-165.

⁴⁴¹ BUZAID, Alfredo. Do despacho saneador, **Estudos de direito**, p. 7.

⁴⁴² NEVES, Celso. **Estrutura fundamental do processo civil**, Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.154.

qualquer das condições “leva à *carência da ação exercida*, sem afetar o Direito Público subjetivo de ação, direito esse abstratamente considerado [ou seja, direito ao processo], mas cuja abstração não se confunde com a *ação exercida*” e JOSÉ FREDERICO MARQUES⁴⁴³ afirma que na falta de pressupostos processuais a decisão é sobre a relação processual, que na falta de condições versa a decisão sobre a ação, mas em nenhum desses julgamentos indaga-se da procedência da pretensão, ou seja, do *meritum causae*. A decisão, em ambos, refere-se à inadmissibilidade de julgamento sobre o mérito, como complementa:

Tal entendimento se nos afigura indefensável. Se a ação é o direito ao juízo, ao julgamento de mérito, claro é que as condições que tornam legítimo o seu exercício não se incluem no *meritum causae*. Faltando uma dessas condições, o mérito não pode ser julgado, pois o autor não terá direito a um julgamento dessa natureza. Isto quer dizer que o juiz, ao examinar as condições da ação, dirá se o autor tem, ou não tem, direito ao julgamento de mérito, o que é bem diverso da decisão sobre o próprio mérito.

Sequer admite esse processualista tratar-se de prejudiciais ou preliminares de mérito, que são aquelas matérias que integram a própria lide, mas que se decide em primeiro lugar, como é o caso da prescrição, porque as condições da ação, tais como os pressupostos processuais, são questões que constituem o objeto do juízo de admissibilidade da ação, e situam-se portanto no plano processual.

Por fim, ARRUDA ALVIM⁴⁴⁴ afirma que os pressupostos processuais e as condições da ação “presentes uns e outros, constituem uma categoria mais ampla, que toma o nome genérico de requisitos da admissibilidade do

⁴⁴³ MARQUES, José Frederico. *Instituições...*, v. II, p. 38 e v. III, p. 293.

juízo do mérito”. Os pressupostos devem ser examinados, cronologicamente, antes das condições da ação, pois dizem respeito à existência e à validade do processo e ambos, antes do mérito, com ele não se confundindo, já que os artigos 267 e 269, que distinguem as hipóteses de extinção do processo com ou sem resolução do mérito, deixam claro que pressupostos processuais e condições da ação não integram a lide.

Em resumo, ponderadas as colocações exaustivamente relacionadas, parece que a posição que considera as condições da ação estranhas ao mérito é tecnicamente a mais exata, além de ser a encampada pela legislação processual vigente. As condições da ação não se situam no mérito da causa, mas por vontade do legislador, é espécie de questão prévia que deve ser examinada antes do mérito. Se o juiz entender que não existem, à luz do exclusivo relato do autor, sequer passará ao exame dos fatos.

Muito embora se possa rotular de irrelevante a desarmonia existente acerca da abrangência ou não das condições da ação pelo mérito, tal confusão causa justa preocupação, pois essa fusão vai refletir sobre a caracterização legal das formas de extinção do processo, com ou sem resolução do mérito, bem como sobre a interpretação adequada para o fenômeno da coisa julgada.

Não é suficiente e nem se afigura como mais correta a conclusão de que a análise preliminar, *in statu assertionis*, leva à extinção do processo sem resolução do mérito e a necessidade de análise mais profunda da relação jurídica material conduz à extinção do processo com resolução do mérito, residindo a questão, portanto, não na ausência das condições, mas no grau de

⁴⁴⁴ ALVIM, Arruda. **Manual de direito...**, v.1, p. 470.

cognição necessário para se concluir pela extinção.

Todo problema quer de possibilidade do pedido, quer de interesse processual, quer de legitimidade para agir, deve ser proposto e resolvido admitindo-se, provisoriamente, em via hipotética, que as afirmações do autor sejam verdadeiras. Mas isto não quer dizer que se da contestação do réu surge dúvida sobre a veracidade das afirmações feitas pelo autor e se é necessário fazer-se instrução, esse problema passe a ser uma questão de mérito; mesmo porque só “depois de encerrado o processo, fitando-o retrospectivamente, tornar-se-á possível afirmar em termos peremptórios e definitivos” a existência ou a inexistência das condições da ação⁴⁴⁵.

Também não parece resolver o problema a justificativa de que a relação entre as condições e o mérito decorre do fato de que ambos têm suas raízes no mesmo objeto, o que quer dizer, na situação de direito material deduzida em juízo gerando a possibilidade da fusão. Mais acertado, talvez, construir uma definição para mérito que não inclua as condições da ação e, em consequência, defini-las dissociadas do conceito de mérito.

JOSÉ IGNACIO BOTELHO DE MESQUITA⁴⁴⁶ cita BLOMEYER, que concebe a possibilidade de cindir as condições da ação em duas classes distintas, pertencendo à uma os requisitos de admissibilidade e à outra os requisitos de procedência, sem que isso represente cisão no direito de ação que terá por

⁴⁴⁵ ASSIS, Araken de. Substituição processual. **Revista síntese de direito civil e processual civil**, v. 26, p. 46.

⁴⁴⁶ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. (**Teses, estudos e...**, 89-90). Conforme afirma “isto não exclui, contudo, que os partidários do *Rechtsschutzanspruch* destaquem entre as condições da ação, as que seriam condições de admissibilidade e as que seriam condições de procedência da ação, como faz, por exemplo, Blomeyer que distingue entre admissibilidade (*Zulässigkeit*) e procedência (*Begründetheit*) da ação (*Klage*), bem como distingue no processo um objeto processual e outro substancial

objeto a sentença, bem como o efeito pretendido pelo autor. Como afirma, embora útil, não se traduz tal concepção mais do que uma forma de expressão, já que não pode o autor pretender do Estado uma condenação, senão mediante sentença e não se pode dissociar o direito à condenação da idéia de condenação mediante sentença. Admite que a decisão de admissibilidade ou carência é julgamento sobre a ação, tanto quanto a decisão sobre a procedência ou improcedência, uma vez que a decisão sobre direito à sentença, enquanto ato processual, diz respeito à constituição e desenvolvimento válido da relação jurídica processual.

A discussão que parece, à primeira vista, inútil, na realidade é de efeito prático fundamental, em especial no que tange à interpretação do artigo 268 do Código de Processo Civil e à configuração da coisa julgada.

6.3. As condições da ação e a coisa julgada

Adotada a posição de que as condições da ação não se enquadram no mérito, estar-se-ia reconhecendo que o provimento que reconhecesse sua ausência extinguiria o processo sem exame do mérito, por carência de ação, produzindo tão somente a coisa julgada formal. Entretanto, entendida como questão de mérito e não juízo preliminar, na forma como posta pela legislação vigente, a sentença que reconhece sua inexistência teria o condão de decidir o mérito, formando a coisa julgada material. Afinal, faz coisa julgada material a sentença que extingue o processo por carência de ação? Nesta hipótese, como interpretar o dispositivo legal que autoriza o autor a voltar a juízo no caso de

sentença terminativa e apresentar novamente aquela pretensão, fazendo instaurar novo processo?

A coisa julgada, característica inerente à atividade jurisdicional⁴⁴⁷, cuja importância pode ser medida pela abrangente proteção legal, já que tem previsão constitucional (art.5º, inciso XXXVI) e na legislação ordinária (art. 467, CPC⁴⁴⁸; artigo 6º, LICC; artigo 103, CDC), tem finalidade prática que é propiciar estabilidade a essa atividade estatal.

Pelo sistema do Código de Processo Civil, tão somente as sentenças que extinguem o processo com resolução do mérito produzem coisa julgada, impedindo a renovação da causa. As sentenças terminativas, assim denominadas aquelas que não resolvem o mérito, produzem apenas coisa julgada formal, não obstando nova propositura da demanda.

Ora, o artigo 467 denomina de “coisa julgada material a eficácia que torna imutável ou indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário, ou extraordinário”. À parte discussão sobre o fato de o legislador brasileiro ter identificado a coisa julgada como efeito da sentença de mérito, quando para LIEBMAN⁴⁴⁹, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO⁴⁵⁰ e JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA⁴⁵¹, entre outros, ela caracteriza-se como qualidade,

⁴⁴⁷ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Op. cit.**, p. 134.

⁴⁴⁸ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. II, p. 273. O autor tece crítica à redação do artigo 467 do Código de Processo Civil sugerindo alteração no sentido de definir-se coisa julgada como “a qualidade imutável da parte dispositiva da sentença, não mais sujeita a nada, dada a preclusão máxima”, alertando que a expressão ‘nada’ equivale a ‘nenhum recurso’.

⁴⁴⁹ LIEBMAN, Enrico Tulio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 1945, p. 16.

⁴⁵⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Revista de Processo**. v. 109, p. 9.

⁴⁵¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Coisa julgada e declaração. **Temas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 89.

apreende-se por suas lições que a coisa julgada está relacionada com o conteúdo da sentença, ato processual no qual o juiz resolve sobre o mérito, desde que presentes os pressupostos processuais e as condições da ação. Revela o texto legislativo que a coisa julgada encontra justificativa na necessidade de tornar imutável o conteúdo objeto da decisão judicial, impedindo a sua rediscussão.

A coisa julgada é classificada na doutrina como formal e material e a diferença básica entre uma e outra diz respeito à extensão dos efeitos da imutabilidade que delas decorre. A atuação da vontade da lei sobre o caso concreto, pela resolução do mérito, significa que o pedido foi concedido total ou parcialmente, ou negado, o que impede o reexame da matéria já decidida tanto no mesmo processo, como em outro, caracterizando-se, então, a coisa julgada material. A coisa julgada formal ocorre quando não há atuação da vontade da lei ao caso concreto⁴⁵² e vincula-se à impossibilidade de interposição de recurso em razão da preclusão, restringindo-se a imutabilidade ao processo em que a decisão tenha sido proferida.

Se o conteúdo da decisão é que define a incidência, ou não, da coisa julgada e a possibilidade, ou não, de se propor ação anteriormente ajuizada, onde enxertar a sentença que decreta a carência da ação? Quais as conseqüências práticas de decisão que reconheça a falta de condições da

⁴⁵² NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado**, p. 835. Entende que a denominação coisa julgada formal é equívoca, mas se encontra consagrada na doutrina. Trata-se, na verdade, de *preclusão* e não de coisa julgada. Não é objeto da garantia constitucional da CF 5º XXXVI, que abrange apenas a autoridade da coisa julgada (coisa julgada material). Normalmente a coisa julgada formal ocorre simultaneamente com a coisa julgada material. Mas nem sempre”. Enrico Tullio Liebman (**Eficácia e autoridade da...**, p. 56) ensina que enquanto a coisa julgada formal é inerente a toda e qualquer sentença, a material só deflui de atos que cuidem de apreciar o mérito da demanda, seja para acolher, seja para rejeitar o pedido”.

ação? Como apreender o sentido do artigo 268 que dispõe “salvo o disposto no art. 267, V, a extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação”?

Revelando a doutrina impasse sobre a natureza das condições da ação, ora entendida como instituto autônomo a ser examinado como questão prévia à apreciação do mérito, ora confundindo-se com o próprio mérito, o quanto já explanado anteriormente demonstra que os doutrinadores negam ou afirmam a existência de coisa julgada quanto às decisões de carência da ação, incluindo-se entre os primeiros NELSON NERY JÚNIOR e ROSA NERY⁴⁵³ que afirmam expressamente que “as sentenças proferidas com base no CPC 267 são atingidas somente pela preclusão (coisa julgada formal), mas não pela coisa julgada material, que só alcança as sentenças de mérito”.

Já os adeptos da corrente que afirma que a sentença de carência da ação faz coisa julgada perfilham-se em dois grupos e embasam suas teses em argumentos distintos. Há quem sustente poder o autor novamente intentar a ação, desde que implementada a condição ausente, defendendo esta posição TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER e JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA⁴⁵⁴, quando se manifestam no sentido de que se a sentença pronuncia a ausência de uma condição da ação, “haverá fenômeno assimilável à coisa julgada, porquanto somente se poderá propor nova ação se corrigido o vício – e não mais se poderá falar, no caso, que se está diante da mesma ação”.

Há também os que, por negarem autonomia às condições da ação

⁴⁵³ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa. **Código de processo civil comentado**, p. 835.

⁴⁵⁴ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada...**, p. 32.

considerando-as matéria de mérito, concluem tratar-se a carência de hipótese de extinção do processo com resolução do mérito. Então, a exemplo do que ocorre com a decisão de mérito (sentença definitiva), a sentença de carência também decide mérito, produzindo coisa julgada e obstando a repetição da ação. FLÁVIO LUIZ YARSHELL⁴⁵⁵ entende ser de mérito decisão sobre condição da ação, coerentemente defendendo o cabimento de ação rescisória, em face de tal sentença, afirmando que o que justifica o cabimento da rescisória “é a impossibilidade da propositura da mesma demanda [...] porque, neste caso, a sentença não terá efeitos meramente processuais, mas terá projetado efeitos substanciais para fora do processo”.

Cumpra indagar, porém, até que ponto pode-se aceitar sem questionar, a existência do fenômeno da coisa julgada incidindo sobre a sentença que julga o autor carecedor da ação por falta de condição, principalmente porque o trânsito em julgado da sentença de carência não pode criar a exceção da coisa julgada (pressuposto processual negativo), que é pertinente apenas ao alcance negativo da coisa julgada material.

A legislação difere carência da ação, de improcedência da ação, uma vez que enquanto na primeira não existe a apreciação do mérito, na segunda existe um pronunciamento judicial sobre o mérito. E no plano prático, também a consequência processual é distinta, na medida em que a carência da ação permite a sua renovação, enquanto a resolução do mérito afasta por completo essa possibilidade em virtude da coisa julgada material.

Como dispõe o artigo 268 do Código de Processo Civil que declarada a

⁴⁵⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. **Ação rescisória**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 162.

carência não existe impedimento à nova propositura da demanda, percebe-se que a opção legislativa foi por caracterizar a sentença como terminativa, vale dizer, sem resolução do mérito. Admitir-se, portanto, que a sentença de carência acaba por apreciar matéria relacionada à relação jurídica de direito substancial, afastando essa pretensão definitivamente e impedindo o autor de rediscutir a questão, implica atribuir estabilidade à sentença terminativa, em descompasso com a legislação processual vigente. Por outro lado, admitir que tal sentença terminativa faz coisa julgada não interfere no fato de que a repropositura da ação impõe que a ausência da condição seja suprida. A implementação do requisito ausente impede que se fale em mesma ação, já que não se repete a tríplice identidade (*personae, res e causa petendi*).

O artigo 268 do Código de Processo Civil, que se refere às hipóteses de extinção do processo sem resolução do mérito e sem o óbice da coisa julgada parece ter aplicação mais restrita, que não parece incompatível com a idéia de que a falta de condições da ação seja julgamento que apesar de bem próximo ao mérito, com ele não se confunde.

E não se equivocou o legislador já que hipóteses tais são possíveis, como no caso em que após o trânsito em julgado de uma sentença de carência, alteração no direito positivo venha a tornar um pedido juridicamente possível, ou a conferir legitimação à parte, ou ainda a criar interesse de agir ao obrigar à via judicial. Parece que nessas hipóteses, sim, terá aplicação o artigo 268, quando com ação idêntica à anterior já que inalteradas as partes, o pedido e a causa de pedir, promoverá o autor exame de mérito ainda não julgado, que poderá ser objeto da nova sentença; depara o juiz com questão nova, suscitada pela alteração do direito positivo, relativa

à lide ainda não decidida.

6.5. Crítica à teoria das condições da ação

O sistema processual brasileiro tem assento no trinômio: pressupostos processuais, condições da ação e mérito; são três categorias que não se confundem vez que a primeira diz respeito à existência e validade do processo, a segunda à existência da ação e a terceira consiste em aferir se existe ou não o direito que se afirma lesado ou ameaçado.

Afirma-se ser o direito de ação autônomo e abstrato, mas para alguém conseguir um pronunciamento judicial quanto ao mérito exige-se a presença das três condições: interesse processual, legitimidade das partes e possibilidade jurídica do pedido. Como condições de existência da ação, são necessárias para que se provoque o exercício da jurisdição em face de cada situação concreta deduzida em juízo. De acordo com José de Albuquerque Rocha⁴⁵⁶, condições da ação “não são conceitos universais e necessários, mas históricos, vale dizer, mutáveis no tempo e no espaço e não têm existência eterna e imutável, já que dependendo de cada ordenamento jurídico são condicionadas pelas realidades sociais”.

Mas emprestou o legislador respaldo legal às “condições da ação”, bem como à figura processual da “carência do direito de ação”, que é o fenômeno processual consistente na falta de uma ou mais das condições da ação, emergindo do sistema processual vigente imposição ao julgador para o exame

⁴⁵⁶ ROCHA, José de Albuquerque. **Op. cit.**, p. 185.

das três categorias ali contempladas: pressupostos processuais, condições da ação e mérito.

Assim, o dever do Estado de prestar a tutela jurisdicional, com a resolução⁴⁵⁷ do mérito, vincula-se à presença das três condições; ausente apenas uma, há carência da ação, extinguindo-se o processo sem apreciação do mérito, através de sentença que a doutrina denomina de sentença terminativa. A teoria das condições da ação adotada pelo Código de Processo Civil não é isenta de críticas. RODRIGO DA CUNHA LIMA FREIRE⁴⁵⁸ considera desacerto o uso da terminologia “carência da ação” para designar o fenômeno da ausência de condição da ação, com as ponderações:

[...] o Código atual adota o ensinamento de Liebman, no sentido de que a carência de ação é fruto exclusivamente da ausência de uma das condições da ação. O uso da expressão, entretanto, é inconveniente, pois, apesar da posição esposada por Liebman, no sentido de que o não preenchimento de uma das condições da ação implica a inexistência da própria ação, o que pode limitar em verdade, é o exercício da ação, e não sua existência. Carência significa falta, privação ou ausência, e, desta forma, melhor seria falar em carência de condição da ação.

ANTONIO GIDI⁴⁵⁹ vai um pouco mais longe e qualifica de obsoleto e ultrapassado o instituto da carência da ação e questiona:

Carecer de alguma coisa significa não ter, precisar. Ora, como uma pessoa pode não ter exercido o seu direito de ação pelo simples fato de não ter tentado a ação em relação à pessoa adequada

⁴⁵⁷ A Lei nº 11.232/05 alterou a redação dos artigos 162, 267 e 269 do Código de Processo Civil. Apesar de se considerar irrelevante do ponto de vista técnico a alteração introduzida, adota-se a nova terminologia “resolução do mérito” no lugar de “julgamento do mérito”, expressão utilizada pelo legislador de 1973.

⁴⁵⁸ FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Op. cit.**, p. 65.

⁴⁵⁹ GIDI, Antonio. A dimensão política do direito de ação. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, v. 60, p. 204.

(ilegitimidade passiva)? Não teria sido o pronunciamento do juiz, neste caso, uma atividade jurisdicional, provocada pelo direito de ação do autor? Ou será que, realmente, não houve direito público subjetivo por parte do indivíduo frente ao Estado?

Desenvolveu idêntico magistério FÁBIO LUIZ GOMES⁴⁶⁰, concebendo este a ocorrência apenas de sentenças de mérito e sentenças processuais (referentes à ausência de pressupostos processuais) e a total inexistência de sentença de carência, explicando que as condições da ação na realidade “integram a relação de direito material, posta à apreciação do órgão jurisdicional e só por mera e inapropriada ficção (raciocínio hipotético) poderiam ser consideradas também pertinentes à relação jurídica processual”.

A mesma tese é abraçada por LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART⁴⁶¹ que questionam a expressão condições da ação e afirmam vincular-se o impasse à inadequada compreensão do instituto da coisa julgada material: se aquele que buscou o juízo recebeu sentença que afirma a ausência das condições da ação, podendo voltar a postular uma vez corrigida a irregularidade, não se pode afirmar que ele pode voltar porque a sentença de carência não faz coisa julgada material. Ela faz coisa julgada material que impede a propositura da mesma ação proposta e extinta, mas o autor pode voltar a postular, porque se tem uma nova ação diferente daquela que produziu coisa julgada material.

Portanto, esses doutrinadores consideram equivocada a posição do Código de Processo Civil, pois a sentença que afirma a ausência de condição de ação, e a ação que julga improcedente o pedido têm o mesmo efeito.

⁴⁶⁰ GOMES. Fábio Luiz. **Carência de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 61.

⁴⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Op. cit.**, p.64.

Concluem, então: “*não deveria* existir condição da ação, e nesse caso o Código de Processo Civil *não precisaria, justamente porque em tese não deveria*, distinguir a sentença de carência de ação da sentença que julga o ‘direito substancial’ (pedido)”.

Entende-se, porém, que negar a existência das condições da ação é, em primeiro, recusar a aplicação dos dispositivos pertinentes encontrados na legislação processual vigente, não reconhecendo a utilidade dessa categoria jurídico-processual que impõe não existir possibilidade de concessão da tutela jurisdicional se não constatada preliminarmente sua presença. Em segundo, negar sua existência é privar o direito processual brasileiro de aferir *ab initio* se a investida jurisdicional preenche requisitos mínimos indispensáveis para que daquele caso concreto se ocupe o Estado.

O atendimento a exigências de ordem processual como condição para a existência da jurisdição não interfere com o poder auferido às pessoas para exercitarem os direitos constitucionais de ação e de petição e, sem incompatibilizar-se com qualquer princípio constitucional, as condições da ação colocam-se como “filtro” para seleção das questões controvertidas sobre as quais o Estado deve atuar para atingir suas finalidades precípuas.

As condições da ação, embora sem confundir-se com o mérito, mantém com ele estreita ligação, já que sua falta opera efeitos no plano do processo, mas recolhe seus elementos informadores no plano do direito material; e aí reside a lógica de sua existência, pois colocadas no campo do juízo de admissibilidade, preparam a apreciação do direito material controvertido.

Sendo o processo mecanismo de atuação do Estado, que só exercerá sua função se provocado e só prestará tutela a quem a ela tiver direito, indispensável que tal provocação faça-se cercar de condições mínimas para garantir que a função jurisdicional não seja exercida desnecessariamente. O contexto da chamada “teoria da asserção”, em que o preenchimento das condições da ação satisfaz-se com as afirmações do autor na petição inicial aferíveis em cognição sumária, permite ao juiz rejeitar pedido de atuação jurisdicional que seja manifestamente descabido.

Possibilidade jurídica do pedido, legitimidade e interesse para agir são requisitos que não condicionam a ação, porque sua ausência não impede a formação do processo. Quem provoca o órgão jurisdicional constitui a relação jurídica processual, exercendo o direito de ação, ainda que fadada a perecer em face de juízo de admissibilidade negativo, pressuposto lógico e cronológico para o exame do mérito. Diz-se, então, que o direito de ação foi exercido, mas como não se limita ao rompimento da inércia da jurisdição, faltaram condições para sua manutenção. Verificando o juiz que as condições da ação não estão presentes, e ele fará isto a partir da análise do direito substancial controvertido subjacente ao processo, promoverá o encerramento de sua atuação, extinguindo o processo.

Fundamento existe para que reforma legislativa venha a reformular a teoria das condições da ação, já que após análise das questões vinculadas à matéria, colocadas pelos doutrinadores, constata-se a necessidade de uma reestruturação e adequação; impõe-se concordar que assiste razão a quem as advoga.

No entanto, quanto à sua existência e finalidade, não se vê razão para questionar a opção do legislador, se as condições da ação forem analisadas como técnica para implementar a celeridade processual, para racionalizar o exercício da atividade judicial e permitir, por conseguinte, atuação jurisdicional eficiente.

CONCLUSÕES

1 - A necessidade de disponibilizar para o cidadão instrumento capaz de resolver o conflito intersubjetivo em que está envolvido surge em razão de o Estado, salvo raras exceções, proibir a autotutela dos interesses. Com a movimentação do Poder Judiciário, a quem incumbe a solução do conflito, exerce o cidadão o direito fundamental de ação, que cria para o autor o direito à prestação jurisdicional, reflexo do poder-dever do juiz de entregar essa mencionada prestação.

2 - No plano jurídico-constitucional, a ação é direito absolutamente abstrato, que se pode denominar direito de petição. Em sua acepção positiva, o direito à ação encontra respaldo no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, *verbis*: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, sendo, portanto, corolário do princípio do amplo acesso ao Judiciário, também denominado inafastabilidade do controle jurisdicional. O que aciona a jurisdição é o exercício do direito constitucional de petição, que faz nascer o processo. No plano processual é a possibilidade de deduzir uma pretensão em juízo e, em razão disso, receber uma resposta satisfatória e

justa, respeitados os princípios constitucionais do processo, tais que contraditório, ampla defesa, motivação dos atos decisórios, entre outros.

3 - Para se chegar à concepção atual de ação, houve uma evolução do pensamento jurídico processual, que formulou teorias, sendo as mais significativas, ordenadas cronologicamente, a imanentista, a do direito autônomo concreto, a do direito autônomo abstrato e a do direito autônomo abstrato condicionado (teoria eclética de Liebman). Da concepção de ação como parte integrante do direito subjetivo material, ou como o próprio direito em fase ativa, chegou-se à autonomia da ação em face do direito subjetivo material, identificando-se na ação um direito subjetivo processual. Reconhece a doutrina hoje dominante que ação é direito autônomo e abstrato, mas criou um elo de ligação entre o direito de ação e direito material, porque a lide posta em juízo incide sobre bem da vida para o qual se pretende a prestação jurisdicional. Não se trata, portanto, de uma autonomia absoluta, já que o exercício da ação, com a adoção da teoria eclética de Liebman, que o legislador pátrio insculpiu no Código de Processo Civil vigente, está sujeito à existência das três condições: possibilidade jurídica do pedido, interesse processual e legitimidade para agir.

4 - As condições da ação são categorias lógico-jurídicas, existentes na doutrina e no direito positivo, que se preenchidas possibilitam chegar à sentença de mérito. As condições da ação resumem-se na possibilidade jurídica do pedido, que se traduz como a admissão expressa ou a não proibição expressa do pedido, no ordenamento jurídico vigente; no interesse de agir, que é a verificação da necessidade e utilidade do provimento solicitado e da adequação da via eleita; e na legitimação *ad causam*, que é a titularidade da pretensão de direito material afirmada em juízo quanto ao pólo

ativo, e integração à relação jurídica de direito material, então invocada, quanto ao pólo passivo da ação, só excepcionada por expressa autorização legal.

5 - A ausência de qualquer das condições implica na prolação de uma sentença terminativa de carência da ação, que deixa intacta a situação de direito substancial trazida para o processo e não impede a repositura da demanda. Condicionou-se o exercício do direito de ação e apesar de estarem as condições estreitamente ligadas ao direito que condicionam, não pertencem ao mérito. Conclui-se suscitem as condições da ação questões preliminares ao mérito, condicionando o direito de ação e não o direito material afirmado em juízo, pela constatação da adesão do legislador de 1973 ao trinômio composto pelos pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa, não permitindo qualquer dúvida a redação dos dispositivos pertinentes (artigos 267 e 301 do Código de Processo Civil). A carência é expressamente situada fora do mérito da causa, já que se funda em motivo que é pertinente apenas ao direito de ação.

6 - Dentre as condições da ação, a legitimidade apresenta-se como a titularidade dos interesses em conflito. Legitimados são os sujeitos da lide, cabendo a legitimação ativa ao titular do interesse afirmado na pretensão, e a passiva ao titular do interesse que resiste à pretensão. Assim, os esquemas traçados pelo legislador ao prever a habilitação para conduzir o processo classificam a legitimidade para agir quanto aos pólos de atuação dos legitimados em ativa e passiva. Quanto à titularidade do direito, a legitimação classifica-se como ordinária e extraordinária; tem legitimação ordinária aquele que é titular de direito material objeto da controvérsia; tem

legitimação extraordinária aquele que, embora não participe diretamente da relação jurídica de direito material, é autorizado pela lei para agir em nome próprio. Dela trata o artigo 6º do Código de Processo Civil vigente.

7 - A substituição processual, uma das formas de legitimação extraordinária, foi concebida por Köhler, desenvolvida na Alemanha por Hellwig e introduzida na Itália por Chiovenda, sedimentando-se na cultura jurídica do mundo latino. A substituição processual ocorre quando alguém, em virtude de texto legal expresso, tem qualidade para litigar em nome próprio sobre direito alheio. Em face da excepcionalidade, ela só pode existir quando houver autorização legal expressa e estando o substituído ausente da relação processual, antagonizando-se com o princípio de que a ação é concebida para a tutela de direitos próprios de quem a exerça e nela tenha interesse.

8 - Legitimidade e capacidade não se confundem; enquanto capacidade é qualidade genérica para agir em juízo, conferida aos que não forem absoluta ou relativamente incapazes, legitimação é uma atribuição específica para agir concretamente, conferida pelo direito objetivo aos titulares da lide e, só excepcionalmente, a quem não integra a relação jurídica afirmada em juízo.

9 - A socialização de certos direitos e a legitimação de grupos, classes e categorias, reclamam a revitalização das idéias acerca dessa espécie de habilitação para conduzir o processo. Nas demandas coletivas, a classificação e identificação da legitimidade ativa ficam adstritas ao referencial que se pretenda utilizar: em se adotando as regras tradicionais de nítido cunho

individualista, com definição em função da titularidade da matéria *sub judice*, a legitimidade será extraordinária; se, porém, for adotado sistema próprio para a tutela dos interesses metaindividuais, essa legitimidade será ordinária ou como querem alguns doutrinadores, será autônoma.

10 - A ação popular no direito brasileiro não é supletiva, mas sim corretiva. Tem duplo efeito: a decretação da invalidade do ato impugnado e a condenação dos responsáveis a indenizar os prejuízos causados pelo ato ao patrimônio das entidades definidas pela lei. A cada um desses efeitos corresponde um direito: o direito à modificação jurídica mediante sentença, do qual é titular o próprio autor, e o direito à reparação da lesão, de que é titular a entidade lesada, para cuja defesa o autor popular age em nome próprio, o que o qualifica como substituto processual. A legitimação é atribuída com fundamento no seu interesse moral na probidade administrativa. Como forma de manifestação de direito político, legitima-se ao exercício da ação popular o cidadão que tenha integrado ao seu patrimônio de direitos o de ser eleitor.

11 - A legitimação para propositura da ação civil pública, em razão de os interesses tutelados coletivamente não pertencerem materialmente ao legitimado que integra o pólo ativo, é denominada extraordinária concorrente, ou seja, a atuação de qualquer dos co-legitimados previstos na legislação vigente não inibe a atuação dos demais. Destaca-se como legitimado para a propositura da ação civil pública o Ministério Público, que atua na defesa dos direitos coletivos, difusos ou individuais homogêneos (estes quando indisponíveis ou ostentarem relevante caráter social), incumbência à qual não se obriga em virtude dos princípios constitucionais

da independência funcional e da autonomia.

12 - Não obstante se trate de matéria controversa, entende-se que as condições da ação, e entre elas a *legitimatio ad causam*, constituem matéria preliminar ao exame do mérito, com ele não se confundindo e deve ser considerada pelo juiz ao tempo da propositura da ação e com base nas afirmações realizadas pelo autor na petição inicial, mas pode e deve ser verificada de ofício em qualquer tempo e grau da jurisdição e não se sujeita à preclusão.

13 - O alcance da expressão “conhecimento de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição”, no caso das condições da ação, é fixado em razão do efeito translativo, manifestação do princípio inquisitório, e que permite seja a matéria de ordem pública reconhecida de ofício pelo juiz, independentemente de não ter sido objeto de recurso da parte. A aplicação do princípio translativo não se esgota na via recursal ordinária, alcançando os recursos de fundamentação vinculada ou sujeitos à devolutividade restrita.

14 - A possibilidade de cognição da matéria de ordem pública no plano recursal, viabilizada em razão do chamado efeito translativo, permite a devolução total ao tribunal *ad quem* da apreciação e reforma dessas questões, ainda que não tenham sido objeto de impugnação recursal específica pela parte, e ainda que sua apreciação implique em riscos de *reformatio in pejus*. No entanto, a irrestrita cognição da matéria de ordem pública limita-se, na esfera recursal, apenas aos tribunais inferiores, sendo que nos tribunais superiores (de superposição), condiciona-se à existência do prequestionamento que acaba por impor a preclusão a tais questões.

15 - Os embargos infringentes não são recurso de fundamentação vinculada, mas o efeito devolutivo o restringe às hipóteses específicas de cabimento e à matéria divergente. Contudo, satisfeitos os requisitos de admissibilidade dos embargos infringentes, inclusive o requisito da divergência, deve ser reconhecida a possibilidade do conhecimento *ex officio* de matéria de ordem pública, possibilitando que a prestação jurisdicional ali distribuída seja segura e efetiva.

16 - Nos embargos de declaração, de fundamentação vinculada, que têm restrito seu cabimento à existência de obscuridade, contradição ou omissão no julgado e cuja finalidade é o esclarecimento ou a integração da decisão embargada, também o conhecimento *ex officio* da matéria de ordem pública, atende ao princípio do aproveitamento máximo da atividade jurisdicional.

17 - A excepcionalidade dos recursos especial e extraordinário, que tem sua razão de ser na própria Constituição Federal, requer dependam as matérias impugnadas de prévio prequestionamento; mas não pode a exigência do prequestionamento representar óbice intransponível à cognição originária da matéria de ordem pública nos tribunais superiores. Esse entendimento negativo restritivo não pode prevalecer principalmente em homenagem à lógica do processo e à ordem jurídica justa.

18 - A denominada matéria de ordem pública não está, em tese, sujeita à preclusão, podendo ser suscitada e conhecida em qualquer tempo e grau de jurisdição, inclusive de ofício, traduzindo-se como coerência, sem

desconsiderar a natureza constitucional dos recursos excepcionais e seus pressupostos de admissibilidade que justamente lhes confere feição estrutural típica, dispensar a incidência do prequestionamento. Na jurisprudência convivem a corrente que nega a possibilidade do efeito translativo, entendendo que nos Tribunais Superiores só se aprecia matéria decidida e impugnada e a corrente que admite que depois de conhecido o recurso, ao julgar o mérito recursal, pode-se conhecer de ofício de matéria de ordem pública de natureza processual.

19 - A ausência das condições da ação é vício que macula a sentença de mérito, por violar o artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, que determina que o juiz extinga o processo sem resolução do mérito, se não concorrerem a legitimidade, a possibilidade jurídica e o interesse de agir. Ocorrida a nulidade, esse vício contamina os atos subseqüentes, e até a própria sentença de mérito. Nas nulidades encaixam-se as irregularidades pertinentes às regras que disciplinam os requisitos de admissibilidade do exame de mérito, tais como os pressupostos processuais positivos e negativos e as condições da ação, que comprometem a sentença a ponto de torná-la rescindível. Detectada a existência de sentenças rescindíveis, nulas e inexistentes, foi criada a ação rescisória para atacar a coisa julgada nos casos de sentenças válidas; quanto à sentença inexistente, independe de pedido rescisório e não se subordina ao prazo decadencial de dois anos, oportunizando o manejo da *querela nullitatis*.

20 - As condições da ação são requisitos para o exercício da ação e autorizam o juiz a apreciar o pedido formulado pelo autor, proferindo sentença de procedência ou improcedência. Devem ser apreciadas em virtude

da afirmação do autor constante na petição inicial e da prova realizada no processo; ora, se determinado pedido é excluído pelo ordenamento jurídico; se não há interesse de agir porque não presente a necessidade de se recorrer ao Judiciário ou inadequada a via eleita; se quem postula não tem legitimação ordinária ou extraordinária, inegável que a sentença de carência tenha adentrado o plano do mérito, mas com ele não pode ser confundido. Não convence qualquer crítica à sua existência, pois é categoria que se justifica no e para o plano processual, quando a perspectiva de rejeição de qualquer pedido infundado de atuação jurisdicional valida-se em face da economia e eficiência processual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALPA, Guido. Interessi difusi. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 81, 146-159, 1996.

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 1.

_____. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, v. I.

_____. Substituição processual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 426, 20-36, 1971.

_____. **Tratado de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, v. 1.

_____. Notas atuais sobre a figura da substituição processual. **Revista de**

Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 106, 18-27, 2002.

_____. Ação civil pública. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 87, 149-165, 1997.

_____. Impossibilidade de substituição processual voluntária face ao código de processo civil. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 5, 1977.

ALVIM, Eduardo Arruda. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v. 1.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Elementos de teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ALVIM, Thereza. Notas sobre alguns aspectos controvertidos da ação rescisória. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 39, 7-15, 1985.

_____. **O direito processual de estar em juízo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. **Questões prévias e limites objetivos da coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ANDRIOLI, Virgilio. **Commento al código di procedure civile**. Napoli: Editrice Dott Eugenio Jovene, 1943, v. I.

ANTUNES, Luís Felipe Colaço. **A tutela dos interesses difusos em direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1989.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. II.

ARAÚJO, Luís Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999.

ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

AROCA, Juan Montero. **La legitimación en el proceso civil**. Madri: Ed. Civitas S. A., 1994.

ASSIS, Araken de. Substituição processual. **Revista síntese de direito civil e processual civil**. Porto Alegre: Síntese, v. 26, 45-64, 2003.

ATTARDI, Aldo. **Diritto processuale civile**. Padova: CEDAM, 1997, v. 1.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, v. I.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BETTI, Emilio. **Teoria general del negocio jurídico**. Trad. A. Martin Perez, Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, s/d.

_____. **Diritto processuale civile italiano**. Roma , 1936.

BONDIOLI, Luiz Guilherme Aidar. Nulidades processuais e mecanismos de controle. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 145, 24-51, 2007.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. **Teses, estudos e pareceres de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 1.

_____. **Da ação civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

BUENO, Cássio Scarpinella. Efeitos dos recursos. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 10.

_____. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2007, v. I.

_____. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2007, v. II.

BRASIL, **Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BUZAID, Alfredo. **Do agravo de petição no sistema do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1956.

_____. Do despacho saneador. **Estudos de direito**. São Paulo: Saraiva, 1972.

_____. **Revista de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1964, v. 4.

CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil**. Trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999, v. I.

CAMPOS JÚNIOR, Ephraim de. **Substituição processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1998, v. I.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Intervenção de terceiro**. São Paulo: Saraiva, 1998.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del nuevo proceso civil italiano**. Trad. Jaime Guasp. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1942.

_____. **Instituições do processo civil**. Trad. Adrián Sotero De Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999, v. I.

_____. **Sistema de derecho procesal civil**. Buenos Aires: UTHEA, 1944.

CASTIGNONE, Silvana. **Introduzione alla filosofia del diritto**. Roma: Laterza, 1998.

CASTRO, Amílcar de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1963, v. X, tomo 2.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965, v. 1.

_____. **Istituzioni di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, 1935, v. II.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo:

Revista dos Tribunais, 1991.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 438, 23-35, 1972.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**. Bologna: Il Molino, 1998.

COSTA, Alfredo Araújo Lopes da. **Direito processual civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. I.

_____. A carência da ação, especialmente com relação à legitimação para a causa. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, 5-36, 1976.

COSTA, Moacyr Lobo da. Reflexões críticas sobre a ação rescisória. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 39, 163-177, 1985.

_____. **Assistência**. São Paulo: Saraiva, 1968.

COSTA, Sérgio. **Manuale di diritto processuale civile**, 5. ed. Torino: UTET.

COSTA, Susana Henriques da. **Condições da ação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1997.

CRESTI, Marco. **Contributo allo studio della tutela degli interessi diffusi**. Milano: Giuffrè, 1992.

DESTEFENNI, Marcos. **Curso de processo civil – processo de conhecimento e cumprimento de sentença**. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1.

_____. **Curso de processo civil – processo de execução dos títulos**

extrajudiciais. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 2.

_____. **Curso de processo civil – processo cautelar.** São Paulo: Saraiva, 2006, v. 3.

DIAS, Francisco Barros. Substituição processual (algumas hipóteses da nova Constituição). **Revista de Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 55, 17-28, 1989.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Recurso de terceiro: juízo de admissibilidade.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Regras processuais do novo código civil.** São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Análise da legitimidade recursal do terceiro. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis.** Coord. Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 5, 264-291, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** São Paulo: Malheiros Editores, 2001, v. II.

_____. **Instituições de direito processual civil.** São Paulo: Malheiros Editores, 2001, v. IV.

_____. **A instrumentalidade do processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

_____. **Capítulos de sentença.** São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Extinção do processo e mérito da causa. **Revista de Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 58, 21-22, 1990.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário.** São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. A posição do autor nas ações populares. **Revista Forense,** v. 164.

FALZEA, Angelo. **Voci di teoria generale di diritto.** Milano: Giuffrè, 1984.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual.** Trad. 8. ed. por

Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FORNACIARI JÚNIOR, Clito. **Da reconvenção no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1983.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da ação**: enfoque sobre o interesse de agir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FREITAS, José Lebre de. **Introdução ao processo civil**: conceito e princípios gerais, à luz do código revisto. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

GARBAGNATI, Edoardo. **La sostituzione processuale**. Milano: Giuffrè Editore. 1943.

GIANNICO, Maricé. Carência de ação e ação rescisória. Jurisprudência. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 123, 11-35, 2005.

GOMES, Fábio Luiz. **Carência de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GIDI, Antonio. A dimensão pública do direito de ação. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 60, 196-207, 1990.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. Ação popular – alteração do pólo jurídico da relação processual – considerações. **Revista Dialética de Direito Processual**, v, 10, 120-126, 2004.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de direito civil**. São Paulo: Max Limonad, 1955, v. I, tomo I.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 1.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O direito de ação. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 451, 24-31, 1973.

GUASP, Jaime. **Derecho procesal civil**. Madri: Institutos de estudos

Políticos. 1968, tomo I.

GUERRA, Marcelo Lima. **Estudos sobre o processo cautelar**. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

GUIMARÃES, Luiz Machado. **Estudos de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969.

_____. Carência de ação. **Repertório enciclopédico do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, v. VII, 1947.

JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. Juízo de admissibilidade e juízo de mérito dos recursos. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis**. Coord. Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 5, 222-246, 2002.

JORGE, Flávio Cheim. **Apelação cível - teoria geral e admissibilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Manual dos recursos cíveis**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LACERDA, Galeno. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. VIII, tomo I.

_____. **Despacho saneador**. Porto Alegre: La Salle, 1953 1985.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

_____. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1947.

_____. **Manual de direito processual civil**. Trad. e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985, v. I.

_____. **Manuale di diritto processuale civile**. Milano: Giuffrè Editore, 1984, v. I.

LIMA, Alcides Mendonça. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. 6.

LOPES, João Batista. **Curso de direito processual civil: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2005, v. 1.

_____. Carência de ação e coisa julgada no novo código de processo civil. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 466, 21-26, 1974.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Ação popular**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense. 1959, v. I.

_____. **Instituições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense. 1966, v. II.

_____. As ações populares no direito brasileiro. **Revista Forense**, v. 178.

MEDINA, José Miguel Garcia. Possibilidade jurídica do pedido e mérito. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 93, 371-383, 1999.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **Teses, estudos e pareceres de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 1.

_____. **Da ação civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado das Ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, tomo I.

_____. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1976, tomo II.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Um estudo sobre a legitimação para agir no direito processual civil – A legitimação ordinária do autor popular. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 618, 34-47, 1987.

MONACCIANI, Luigi. **Azione e legittimazione**. Milão: Giuffrè, 1951.

MONTEIRO, João. **Teoria do processo civil**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956, tomo 1.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 404, 9-18, 1969.

_____. A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro. **Revista Forense**, v. 273.

_____. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 39, 55-77, 1985.

_____. Coisa julgada e declaração. **Temas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. V.

MORELLO, Augusto Mario. Las Nuevas exigencias de tutela. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 31, 210-220, 1983.

MOURA, Mário Aguiar. Condições da ação em face da coisa julgada. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 550, 249-256, 1981.

MUSSI, Breno Moreira. As condições da ação e a coisa julgada. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 45, 35-53, 1987.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

NERY JÚNIOR, Nelson. Condições da ação. **Revista de Processo**. São

Paulo: Revista dos Tribunais, v. 64, 33-38, 1991.

_____. **Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Princípios do processo civil na Constituição Federal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Teoria geral dos recursos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Do processo cautelar. **Revista de Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, v.39, 178-189, 1985.

NEVES, Celso. Legitimação processual e a nova constituição. **Revista de Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 56, 48-55, 1989.

_____. **Estrutura fundamental do processo civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1995.

NEGRÃO, Theotônio; Gouveia, José Roberto Ferreira. **Código de processo civil e legislação processual em vigor.** São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Código civil e legislação civil em vigor.** São Paulo: Saraiva, 2006.

NOLASCO, Rita Dias. Possibilidade do reconhecimento de ofício de matéria de ordem pública no âmbito dos recursos de efeito devolutivo restrito. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 10.

OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. **Substituição processual.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. **Recurso Especial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PALACIO, Lino Enrique. **Manual de derecho procesal civil.** Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. III.

PESCATORE, Mateo. **Tratado de derecho judicial civil**. Trad. Eduardo Ovejero y Maury. Ed. Réus S. ^a, 1930, tomo I.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1992.

PINTO, Nelson Luiz. **Manual dos recursos cíveis**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____. **Juízo de admissibilidade do recurso especial**. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

PISANI, Andréa Proto. **La trascrizione della domande giudiziale**. Napoli: Editrice Dott Eugenio Jovene, 1968.

REDENTI, Enrico. **Diritto processuale civile**. Milão: Giuffrè, 1957, v. 1.

REIS, José Alberto dos. **Processo ordinário e sumário**. Coimbra: Coimbra, 1928, v. 1.

RIBEIRO, Pedro Barbosa. **Estudos de direito processual civil**. Bauru/SP: Jalovi Ltda., 1981, v. 1.

ROCCO, Alfredo. **La sentenza civile**. Milão: Giuffrè, 1962.

ROCCO, Ugo. **Teoria general del proceso civil**. México: Purréia, 1959.

_____. **Trattato di diritto processuale civile**. Torino: Editrice Torinese, 1966, v. I.

ROCHA, José Albuquerque. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Atlas, 2003.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. II.

ROSENBERG, Leo. **Tratado de derecho procesal civil**, Trad. Ângela Romera Vera. Buenos Aires: EJE, 1955, v. 1.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, v. 1.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 24. ed. rev. e atual. por Aricê Moacyr Amaral Santos e Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen. São Paulo: Saraiva, 2005, v 1.

SATTA, Salvatore. **Direito processual civil**. Trad. Luiz Autuori. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1973.

SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento civil romano**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1970.

SEVERO NETO, Manoel. **Legitimação incidental no processo civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

SHIMURA, Sérgio. **Tutela coletiva e sua efetividade**. São Paulo: Editora Método, 2006.

SILVA, Edson Ferreira. Da legitimação extraordinária, inclusive na Constituição de 1988. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 64, 80-91, 1991.

SILVA, José Afonso da. **Ação popular constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Condições da ação e pressupostos processuais. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 64, 70-79, 1991.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v. 1.

SILVA, Paula Costa e. **A transmissão da coisa ou direito em litígio – contributo para o estudo da substituição processual**. Coimbra: Coimbra

Editora. 1992.

SOARES, Fernando Luso. **Processo civil de declaração**. Coimbra: Almedina, 1985.

SPALDING, Alessandra Mendes. **Legitimidade nas ações coletivas**. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

TALAMINI, Eduardo. Partes, terceiros e coisa julgada. **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil**. Coord. Fredie Didier Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Cadernos de processo civil: jurisdição, ação e processo**. São Paulo: LTr, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. I.

_____. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. II.

_____. **O processo civil brasileiro no limiar do novo século**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. Nulidade, inexistência e rescindibilidade da sentença. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 19, 21-37, 1980.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Elementos para uma teoria geral do processo**. São Paulo: Saraiva, 1993.

TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, v. I.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direito processual civil e direito privado: ensaios e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1989.

VIDIGAL, Luiz Eulálio de Bueno. Pressupostos processuais e condições da ação. **Revista de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, v. 6, 1967.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord); ALMEIDA, Flávio Renato Correia de;

TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, v. 1.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Os agravos no CPC brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. O óbvio que não se vê: a nova forma do princípio da fungibilidade. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 137, 2006.

_____. **Omissão judicial e embargos de declaração**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. **Ação rescisória**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

ZANZUCCHI, Marco Tullio. **Diritto processuale civile**. Milano: Giuffrè, 1955, v. I.