

TEREZA CRISTINA SORICE BARACHO THIBAU

**A LEGITIMAÇÃO ATIVA NAS AÇÕES COLETIVAS:
UM CONTRIBUTO PARA O ESTUDO DA SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL**

Faculdade de Direito

Belo Horizonte

2003

TEREZA CRISTINA SORICE BARACHO THIBAU

**A LEGITIMAÇÃO ATIVA NAS AÇÕES COLETIVAS:
UM CONTRIBUTO PARA O ESTUDO DA SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL**

Tese apresentada ao Curso de Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito à obtenção do título de Doutora em Direito.

Área de concentração: Direito Constitucional.

Orientador: Professor Aroldo Plínio Gonçalves.

Belo Horizonte

Faculdade de Direito da UFMG

2003

T4241 Thibau, Tereza Cristina Sorice Baracho
A legitimação ativa nas ações coletivas: um contributo para o estudo da substituição processual / Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau. -- 2003.

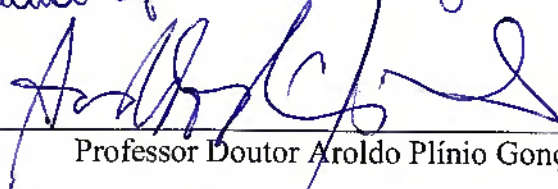
Orientador: Aroldo Plínio Gonçalves
Tese (doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.
Inclui bibliografia

1.Direito constitucional-Teses 2.Interesses coletivos
3.Partes no processo 4.Substituição processual
5.Representação (Direito processual) I.Gonçalves, Aroldo Plínio, 1943 - II.Título

CDU: 347.921
347.921.4
342.7:347.9

Tese defendida e aprovada em 08. de maio de 2003, pela banca examinadora constituída pelos professores:

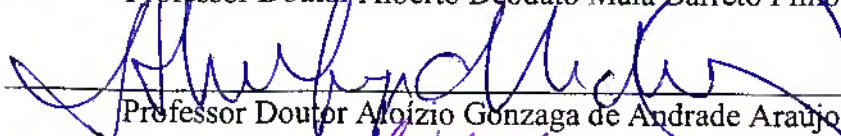
Média final 10,0 (dez inteiros)



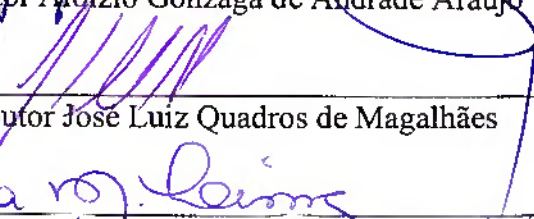
Professor Doutor Aroldo Plínio Gonçalves - Orientador



Professor Doutor Alberto Deodato Maia Barreto Filho



Professor Doutor Aloizio Gonzaga de Andrade Araujo



Professor Doutor José Luiz Quadros de Magalhães



Professora Doutora Taísa M. Macena de Lima

Dedicatória:

À minha mãe Myriam,
Ao Milton,
Ao Mário e a Leticia,
com todo o meu carinho.

Agradecimentos especiais:

Ao Professor Aroldo Plínio Gonçalves, pela orientação, confiança e acolhida de sempre;

Ao Dr. Mauro Thibau da Silva Almeida, pelo incentivo constante;

Aos meus familiares, pela sincera torcida;

Aos colegas professores que se prontificaram em colaborar com a execução e exame desta pesquisa.

SUMÁRIO

RESUMO	6
ABSTRACT	8
1. INTRODUÇÃO.....	10
2. ASPECTOS PROCESSUAIS GERAIS REFERENTES ÀS PARTES NO PROCESSO.....	22
2.1. Poder Processual das Partes: 'Ação'.....	29
2.2. Críticas ao Apego Legal Quanto às Condições da Ação.....	47
2.3. Concepção do Exercício do 'Direito de Ação' pela Doutrina Processual Atual.....	57
2.4. O Conceito de Parte e os Pressupostos Processuais Subjetivos.....	61
2.5. Princípios Processuais e Constitucionais Relativos às Partes Parciais do Processo.....	78
3. NULIDADES NO PROCESSO E A CAPACIDADE DAS PARTES.....	84
3.1. Aspectos Básicos da Teoria Geral das Nulidades no Processo.....	84
3.2. A Integração da Capacidade dos Participantes do Processo e os Efeitos da Sua Falta ou Perda.....	98
3.3. Das Formas de Aquisição da Qualidade de Parte e a Legitimação para Agir.....	112
4. A LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA E O INSTITUTO DA SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL.....	123
4.1. Origem Histórica e o Conceito de Substituição Processual.....	127
4.2. As Espécies de Legitimação Extraordinária.....	140
4.3. As Condições da Ação como Suporte para Determinação dos Pressupostos Processuais na Substituição Processual.....	145
4.4. Classificação das Espécies de Substituição Processual.....	157
4.4.1. Quanto à origem da legitimação conferida ao substituto processual: legal e voluntária.....	158
4.4.2. Quanto ao pólo assumido pelo substituto na relação jurídica processual: ativo e passivo.....	161
4.4.3. Quanto à espécie de legitimação extraordinária conferida ao substituto processual: exclusiva e concorrente.....	162
4.4.4. Quanto ao momento da efetivação da substituição processual: originária e superveniente.....	168
5. A SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL E ALGUNS INSTITUTOS AFINS:.....	171
5.1. Representação.....	172
5.2. Sucessão processual.....	177
5.3. Substituição da Parte.....	179
6. A LEGITIMAÇÃO ATIVA NAS AÇÕES COLETIVAS DO DIREITO BRASILEIRO E A SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL.....	182
6.1. Breve Notícia Histórica sobre a Origem das Ações Coletivas e as Categorias de Interesses por elas Protegidas.....	186
6.2. A Natureza Jurídica da Legitimação Ativa nas Ações Coletivas.....	194
6.3. Objeto, Legitimação Ativa e a Coisa Julgada em algumas Ações de Índole Coletiva e a Discussão Sobre a Incidência da Substituição Processual.....	209
6.3.1. Ação popular.....	211
6.3.2. A ação civil pública/coletiva.....	219
6.3.3. Ações do código de defesa do consumidor.....	232
7. PERSPECTIVAS ATUAIS DAS AÇÕES COLETIVAS NO DIREITO BRASILEIRO.....	270
8. CONCLUSÃO.....	278
9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFIAS.....	287

RESUMO

O trabalho visa a analisar os possíveis caminhos a serem traçados na interpretação do Direito nacional contemporâneo, que vem se empenhando na tarefa de promover a proteção dos novos direitos ou interesses de terceira geração, denominados metaindividuais, os quais foram elevados à categoria de garantias fundamentais.

As discussões jurídico-processuais impostas pelos conflitos de massa que hoje se verificam como reflexo dos fenômenos da globalização, coletivização e massificação imprimidas nas relações sociais, levam a pensar na privatização do direito público e na publicização do direito privado. Buscou-se então uma análise desta situação, focalizando inicialmente a doutrina jurídica tradicional, e posteriormente os novos enfoques que precisam ser a esta dirigidos, para adequá-la às necessidades do direito atual.

Dentro deste panorama, surgiu a necessidade de se examinar a legitimação ativa dos entes intermediários, aos quais a lei conferiu a tarefa de representação das coletividades em juízo. Assumindo a posição de parte (autor ideológico) no processo coletivo, os entes intermediários estão afetados por todos os direitos e deveres que tal condição processual lhes destina. E, em princípio, poder-se-ia imaginar para estes a condição também de substitutos processuais (legitimação extraordinária) da coletividade.

A natureza jurídica da legitimação ativa destes entes é matéria que ainda está em construção; há tendência da doutrina em diferenciá-la conforme a espécie de interesse metaindividual que se visa a proteger (difuso, coletivo ou individual homogêneo). Acredita-se que tal natureza é de legitimação institucional coletiva, como um *tertium genus*, a qual se caracteriza por apresentar traços da legitimação ordinária, extraordinária e coletiva, simultaneamente. E, visto que há mais de um ente legitimado a atuar em juízo em nome da coletividade, esta legitimação será também concorrente e disjuntiva.

Além da legitimação para agir, examina-se o grau de interesse para agir, que tais entes precisam demonstrar, para que estejam completas as condições para o exercício do direito de ação destes. Tal interesse processual é medido pela adequação da escolha política que a lei fez ao indicar o Ministério Público, os entes públicos, as entidades e órgãos da administração pública direta e indireta, e as associações (sindicatos), como representantes da coletividade. Esta escolha fundou-se tanto na relevância social dos bens jurídicos tutelados nas ações coletivas, como na força e capacidade de atuação que tais corpos podem significar nesta seara.

Partindo-se do exame das circunstâncias processuais que cercam a legitimação ativa e o interesse de agir dos entes intermediários, além do objeto e dos efeitos da coisa julgada nas ações coletivas, verifica-se que não existe uma perfeita adequação da figura da substituição processual como inerente à posição ocupada no processo por tais entes. Todavia, não se pode negar que também existam semelhanças entre a figura do substituto processual e a condição de 'representante' institucional da coletividade àqueles referente. A própria lei processual, assim como está, não facilita interpretações muito seguras neste campo. Entretanto, o que se verifica de concreto é que houve uma modificação, por ficção jurídica, no conceito de 'parte', passando a ser concebido como aquele que foi legitimado a intentar a ação, e tal fato tornou-se indispensável para que o direito processual pudesse acobertar os conflitos coletivos.

Por outro lado, existe no direito brasileiro um sistema integrado de defesa dos direitos e interesses metaindividuais representado essencialmente pela ação popular, ação civil pública e ações coletivas do Código de Defesa do Consumidor, que garantem satisfatoriamente o acesso destes à justiça. Sem se esquecer da via individual que se mantém aberta e sobre a qual, o uso da via coletiva não induzirá litispendência. É necessário que os operadores do direito obedeçam a tal sistema, para evitar que ocorram desvios e enganos em relação à relevância que o tema merece, embora, quanto a este, continue palpitante e aberta as discussões doutrinárias e legislativas.

ABSTRACT

The objective of this doctoral thesis is to analyze all possible ways in interpreting the present-days Brazilian National Law, which assignment is to promote protection of the third generation new rights or interests, called trans individual, that has been risen to the fundamental warranties category.

The Judicial Process Law discussions imposed by mass conflicts that are seen nowadays as globalization phenomena reflex, collectivism and popularization trend, imposed on social relationships, lead us to believe in the public law privatization and in the private law publicizing. This situation was analyzed focusing, first, the traditional juridical doctrine, and afterwards new items in order to adequate it to the needs of the present-day law.

Taking that into account, it became necessary to exam the active legitimating of the intermediate figures to which the law has pointed as representative of the groups in Court. As part (ideological author) in the collective juridical process, the intermediating figures will be affected by all rights and obligations, applied by the process conditions. It would also be possible to imagine these representatives as process substitutes of collectivism (extraordinary legitimating).

The juridical nature of active legitimating of these intermediating figures is subject to further discussion; there are tendencies of the doctrine to discriminate it according to the sort of trans individual interest that is needed to protect (diffuse, collective or homogeneous individual). It is believed that this juridical nature is of a collective institutional legitimating as a *tertium genus*, which is characterized by presenting traces of collective, extraordinary and ordinary legitimating, simultaneously. Furthermore, considering that there is more than one legitimated figure to act in Court in the name of the collectivity, this legitimating will be equal in rights to act and also disjunctive.

Besides the legitimating to juridical act, it should be examined the level of interest that the representatives need to demonstrate in order to meet the conditions to exercise their rights. This juridical process interest is measured by political adequate choice made by the Law to indicate the General Attorney's Office, the public figures, the entities of direct and indirect public administration departments, and associations (unions), as collectivity representatives. This choice was based both in the social importance of the juridical properties guarded in collective actions, and also in the potentiality and capacity of performing that those figures might have in this subject field.

Examining the juridical proceedings that comprise the active legitimating and the intermediating figures interest in performing, besides the object and the effects of the judged matter in the collective actions, it should be verified that there is no perfect adequacy of the processing substitution intrinsic to the position hold by those intermediating figures in the juridical process. However, it cannot be denied that there are also similarities between the juridical institute of the process substitution and the condition of the collective institutional representative of those mentioned before. The juridical process law itself, as it is, does not make it easy to be safely interpreted in this subject area. Nevertheless, what can be seen is that there was a change, by juridical fiction, in the "part" concept, being considered "part" the one that was legitimated to propose the juridical action, and that fact became essential for the processing law being able to comprise collective conflicts.

On the other hand, there is within the Brazilian Law, an integrated system that protects the trans individual rights and interests represented, essentially, by people, public civil and collective actions of the Costumer Defense Code, which satisfies the access of these individual rights and interests to the Justice. It cannot be forgotten the individual means that is always opened and upon which, the use of collective means will not lead to a pending juridical action. It is necessary that the people who deal directly with Laws obey this integrated system to avoid deviations and mistakes related to the relevance that the theme deserves, although, this theme continues latent and opened to the legislative and doctrine discussions.

1. INTRODUÇÃO

Historicamente, o processo civil brasileiro se originou e mantém-se com seu caráter marcadamente individualista, querendo isto significar que ele prevê essencialmente a solução de conflitos, nos quais os legitimados, para agir, são os titulares dos interesses envolvidos no litígio. Conseqüentemente, como regra, excepcionada apenas pela lei, cada indivíduo só pode agir na tutela do que afirmar ser o seu direito. Daí porque se confundir, não raras vezes, as posições das partes no direito material subjetivo em relação ao direito processual subjacente. Confusão esta que não faz mais sentido, visto que a partir do momento em que se firmou a posição do direito processual como ciência autônoma, não mais sobrevive a superposição das duas ciências jurídicas. Essa desvinculação se justifica por motivo de operacionalidade do Direito e por questão de segurança daquele sujeito que eventualmente vier a ser parte, ainda que estranha à movimentação daquelas partes que originariamente formaram o processo. Entretanto, num ordenamento jurídico em que há possibilidade de transmissão da coisa ou do direito já em litígio, ainda que não seja de grande incidência tal situação, deverá haver previsão legal para legitimar os sujeitos que vierem a participar daquela relação em curso. A partir daí, aquele que ingressou em juízo poderá participar na defesa do direito que passa a ser seu.

Por outro lado, é ainda possível se falar, no direito contemporâneo, de interesses que atingem coletividades variadas, determinadas ou indeterminadas, fazendo com que exista mais de uma pessoa interessada na proteção destes. Nesse caso, a quem seria dada a legitimidade para o exercício do direito de ação?

Pode-se também lembrar aqui, daqueles que, independente dos motivos, não respondem ao chamado do Judiciário para sua defesa, sendo que tal fato não pode constituir motivo de trancamento da justiça para aquele que a buscou. Neste caso, alguém deverá substituí-lo na tarefa de defesa, para que os princípios processuais constitucionais da isonomia, contraditório e ampla defesa, e, principalmente, o princípio do devido processo legal, operem entre os litigantes.

Estas observações nos remetem ao ponto inicial do estudo que se pretende aqui desenvolver, parecendo inevitável admitir que é chegado o momento de se repensar todo o instrumental da “Teoria da Ação”, e tal tarefa não é nada fácil para os latino-americanos, em função do apego à forte herança legada pelo direito romano, cujo arcabouço jurisdicional fundava-se nas denominadas *actiones* e não nos direitos.

O estudo da “Ação” foi um ponto de partida importante e bastante explorado pelos doutrinadores ao seu tempo, daí várias teorias em torno do tema foram defendidas; entretanto, é hora de adaptar seu entendimento à nova realidade social, sem deixar de lado o devido espaço aos estudos referentes ao processo como ciência autônoma; ao procedimento como um agir participativo; à tutela jurisdicional como forma de solução dos litígios e ao acesso efetivo de todos à jurisdição, entre outros temas igualmente relevantes ao atendimento e proteção dos interesses ou direitos dos indivíduos enquanto tal, e deles enquanto grupo social ou coletividade.

No universo do direito comparado, as doutrinas mais avançadas da Ciência Processual não mais recomendam situar a ação como porta principal de acesso ao seu estudo, frente às modificações operadas em sua estrutura conceitual e nos elementos que a circundam. Todavia, esse estudo é, inegavelmente, essencial ao conhecimento e compreensão da trajetória, da evolução e do desenvolvimento das teorias do direito e do processo. Mesmo porque, ainda que a abordagem deste tema não esteja em foco, não se pode dizer que em nada mais tal doutrina poderá se aprofundar, na busca da compreensão contemporânea do próprio fenômeno da ‘ação’, e, hoje, do exercício do direito de ‘ação para a proteção às massas’.

Muitos ordenamentos jurídicos romperam com essa desenfreada preocupação e dedicação excessivas ao estudo da “Ação”, entre eles os alemães, juntamente aos austríacos, que foram os que mais contribuíram com os estudos processuais neste campo, haja vista os trabalhos de WINDSCHEIDE, MUTHER, WACH, HELLWIG, DEGENKOLB E PLOSZ¹.

¹ Em capítulo - Da Ação - escrito por FÁBIO GOMES na obra intitulada *Teoria geral do processo civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 90- 133, encontra-se referência a obras de todos esses autores, seguindo a cronologia de evolução dos estudos que cada um realizou dentro do tema. Na obra: *A relação*

Indispensável, ainda, marcar a importância dos doutrinadores italianos, em especial ELIO FAZZALARI, aquele que partiu para horizontes ainda a serem desbravados dentro da Ciência Processual. Esse último autor italiano buscou dar ao Direito Processual seu real lugar dentre os ramos de direito, afirmando ser o processo: o procedimento que se desenvolve em contraditório, com a participação ativa dos envolvidos. De certa forma, tal interpretação tirou o processo da estagnação que seu vínculo, ou mesmo subordinação ao direito material, o submetia, levando-o ao dinamismo que lhe é peculiar e necessário, para que seja sempre o melhor caminho para a solução dos litígios, independente da época em que eles ocorram e do número de envolvidos, indivíduos ou grupos, organizados ou não, e da coletividade de indivíduos, ainda que indeterminada.

O direito moderno não está mais centrado em um sistema de ações; hoje se deve referir a elas como formas de efetivar os direitos e garantias, com a participação do indivíduo como sujeito de direitos, assim como dos agrupamentos humanos, quando buscam a proteção de interesses comuns, através dos entes intermediários que os representam, ou, por vezes, os substituem. Assim, nas práticas processuais, o que se deve tutelar são os direitos e não as ações, porque ter ação significa ter direito ao provimento jurisdicional, que por sua vez, é o objeto da ação, segundo a melhor doutrina.

A sociedade contemporânea, ao contrário das sociedades dos séculos passados, não mais se coaduna com a visão individualista da primazia do direito subjetivo. Hoje se tem em mente a proteção, isto sim, a um direito subjetivo público, que atenda à sociedade como um todo.

Assim, a evolução das relações intersubjetivas ampliou os horizontes do direito, tendo em vista os interesses a serem juridicamente protegidos, como maneira de preservar a justiça e a pacificação nas relações sociais em geral.

As regras e estruturas jurídicas, assim como estão, não são mais capazes de oferecer soluções adequadas aos novos fenômenos jurídicos que surgem nessa

sociedade globalizada, fomentando o surgimento de relações cada vez mais complexas. E na qual passaram a ser comuns atividades nos diversos setores da economia e política, principalmente, que atingem, simultaneamente, interesses de grande número de pessoas. Tal fato pode importar em constante efetivação de crimes econômicos; fraudes publicitárias, de caráter alimentar e ao consumidor; fraudes aos pequenos acionistas; à informação; danos à saúde e ao meio ambiente; aos empregados e empregadores; e muitos outros mais.

A parcela da coletividade atingida por tais atividades precisa de proteção, de novos “direitos”, uma vez que representam, geralmente, a parte mais fraca, mais débil, mais impotente diante de ataques tão incisivos aos seus direitos e interesses. A atuação individual de cada um dos lesados ou ameaçados de lesão nos seus direitos, certamente, não se traduz como a forma mais eficaz e rápida para solucionar conflitos dessa natureza.

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em outubro de 1988, ampliou a tutela jurisdicional do Estado, à proteção dos direitos de terceira geração, especialmente aqueles referentes aos direitos e interesses denominados coletivos, difusos e individuais homogêneos, ou simplesmente, metaindividuais. Fato que provocou o legislador infraconstitucional a se preocupar com estes novos valores de cunho coletivo, individual homogêneo e, até, o de natureza indeterminada, apesar de determinável (difuso).

Novas legislações, desde então, vêm sendo implantadas em nosso ordenamento jurídico, e, aquelas já existentes, atualizadas; entre estas devemos destacar o Código de Defesa do Consumidor (CDC), em vigor desde 1990, que, fugindo à nossa tradição legislativa, chega a propor uma definição própria a cada uma destas novas espécies de “direitos” ou interesses (artigo 81, incisos I, II, e III do CDC). Embora não se possa dizer que tais definições sejam suficientes para marcar, com segurança, as diferenças conceituais que existem entre tais espécies.

Assim, a Lei 7347, de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública (LACP), vê-se obrigada a se harmonizar com estas novas perspectivas, uma vez que entrou em vigor (como prenúncio das mudanças que estariam para ocorrer) antes da

promulgação da Constituição brasileira atual, a qual realçou a necessidade de proteção jurídica efetiva a tais direitos.

Não só a legislação, como também a doutrina processual, diante das inovações em curso, carecem ser adaptadas à nova realidade, uma vez que estruturadas para amparar, em princípio, direitos de cunho, essencialmente, individual, revelando-se pouco eficientes em se tratando de lides que envolvam interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Toda essa evolução e mudança das ênfases de enfoque do Direito Processual vem levando os doutrinadores a identificar um 'processo civil de massa', e essa nova realidade vem abalando os tradicionais institutos de direito processual civil, como lei instrumental subsidiária, que passam a necessitar de revisões em seus conceitos basilares, uma vez que, gerados sob os influxos do individualismo romano, não mais respondem às necessidades de uma sociedade de massa. Visto que esta sociedade já vem se movimentando, na tentativa de se manter mais bem informada sobre seus direitos, e mais unida na busca da proteção de seus interesses comuns. Já se fala da necessidade de se ter, então, um 'juiz-cidadão'² para atender às demandas coletivas que, atualmente, têm sido levadas, com freqüência, ao Judiciário.

Pode-se dizer que já é fato a evolução dos institutos jurídicos em face dessa nova realidade. A começar pelas mudanças consideráveis na nossa atual ordem jurídica constitucional, que passou a adotar como direito e garantia, medidas como o mandado de segurança coletivo e o código de defesa do consumidor, por exemplo, destinados à tutela de novos valores como os ambientais; dos consumidores enquanto comunidade; da família enquanto grupo social; dos deficientes físicos como categoria a ser apoiada e respeitada; além das crianças e adolescentes e outros.

Quanto aos institutos do direito processual civil brasileiro e estrangeiro, a movimentação em direção às inovações necessárias e indispensáveis, já de algum tempo

² DINAMARCO, Cândido Rangel, em sua obra "*A instrumentalidade do processo*", 1996, p. 307, nota nº 7, com muita propriedade utiliza os termos 'processo de massa' e 'juiz cidadão', dizendo o autor que "é tempo de termos o *juiz-cidadão*, que conduza bem o processo para julgar bem e que saiba influenciar os centros de poder com vistas a positivamente legislativa de novos instrumentos capazes de aperfeiçoar o sistema processual".

iniciaram-se, a partir, pelo menos, dos anos noventa. No que se refere aos direitos e interesses coletivos, ainda que de forma precária, já faziam parte, estes, de discussões há mais tempo atrás, já que a própria Lei de ação civil pública existe desde 1985; entretanto, o mesmo não se pode falar quanto aos direitos difusos e individuais homogêneos.

Destarte, apesar da ênfase dada pelos estudos da maioria dos doutrinadores se referirem, de modo geral, à diferenciação entre os interesses coletivos, difusos, e individuais homogêneos, tais discussões sempre esbarram nas regras processuais como instrumentos indispensáveis à viabilização da proteção desses interesses. E, por outro lado, deve-se evitar que as regras de um direito processual civil obsoleto e formalista se transformem em um sistema de entraves às decisões justas para os conflitos de massa.

Nesse sentido é essencial o exame dos dispositivos constitucionais que afetam o direito processual quanto ao ponto central deste trabalho, uma vez que a Constituição da República de 1988 veio a ampliar, sobremaneira, os estreitos limites do artigo 6º do Código de Processo Civil Brasileiro (CPC) de 1973, pelo qual: *“Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”*.

O citado artigo 6º da lei processual foi objeto de críticas pela doutrina, no sentido de que parecia, com seu excesso de individualismo, impedir o acesso ao Poder Judiciário, e hoje, sobretudo, para a defesa de interesses difusos e coletivos, não pode deixar-se, a doutrina, influenciar de forma negativa, quanto à adoção completa e literal deste dispositivo.

Atualmente, pode-se verificar que a Constituição da República ampliou a legitimação à diversas entidades, quanto à defesa dos direitos meta ou supra-individuais (art. 5º, itens XXI e LXX; art. 103 ; art. 129, item III e § 1º, entre outros), evitando-se, com isto, que a própria lei infraconstitucional se tornasse obstáculo ao alcance da justiça social, o que seria, no mínimo, um contra-senso num país democrático como o Brasil. Afinal, não se pode esquecer que o processo deve ser considerado meio, e não fim em si mesmo, não podendo representar óbice à ação jurisdicional, à qual ele deve instrumentalizar. Assim, é preocupação neste estudo buscar, na esteira da Teoria Geral do Processo, a atualização dos seus conceitos basilares, tendo em vista esse novo

panorama sócio-político-econômico e seus inevitáveis reflexos nas relações interpessoais e, por conseqüência, também no ordenamento jurídico nacional.

Serão enfocados, dentro do 'pressuposto processual' da legitimação para agir (para aqueles que assim a consideram 'pressuposto', contrariando a classificação legal, desta como condição da ação, nos termos do artigo 267, VI do CPC/73, que fala em legitimidade), especificamente os pontos de contorno do instituto da substituição processual, como forma legal, e, portanto, legítima de atuação no processo. Restando determinar se tal interpretação pode ser aplicada quanto aos entes intermediários, como legitimados ativos, para as ações de natureza coletiva.

A distinção entre legitimidade e legitimação poderia situar-se no fato de a primeira referir-se a atributo determinado abstratamente aos sujeitos processuais, e a outra referir-se à posição das partes processuais no caso concreto. Esse entendimento parece harmonizar as denominações utilizadas tanto na legislação, assim como pela doutrina, sendo que, a distinção de tais termos, também será, aqui, objeto de discussão. De modo geral, na doutrina, esta distinção não é bem discutida, e nem considerada por aqueles que sobre o tema dissertam.

Partindo-se da forma como foi concebida a legitimação para agir, originalmente, pelo Código de Processo Civil de 1973, buscar-se-á interpretá-la nos moldes das necessidades que o direito contemporâneo exige, em sintonia, principalmente, com os indicativos constitucionais. Para cumprir tal desafio, pretende-se aprofundar na investigação do fenômeno processual da substituição procesual, iniciando-se, inevitavelmente, a partir do estudo de matérias correlatas com esse fenômeno, tais como o entendimento conceitual no âmbito das partes no processo; da legitimidade/legitimação e do alcance da sentença, considerando a incidência da substituição processual ou da representação, em especial, nas ações coletivas.

Os objetivos a serem perseguidos devem levar o estudo a sugerir um conceito atualizado do instituto em tela; relacioná-lo a alguns institutos processuais afins; sistematizar suas espécies; apresentando ainda as perspectivas do instituto da substituição processual como fenômeno passível de se considerar, em relação aos direitos metaindividuais, ou seja, nas ações coletivas.

A possibilidade de participação de entes intermediários, que para alguns acontece, ocupando, estes, a posição de substitutos processuais, vem trazendo dúvidas quanto à própria formação e validade de processos que se desenvolvem com o objetivo de atender aos grupos ou à coletividade, de uma forma mais equânime e justa. Portanto, delimitar o verdadeiro alcance e a legalidade do fenômeno da substituição processual, nestas novas relações jurídicas, parece ser tarefa relevante para a doutrina e prática jurídica atual.

Ao se estudar o instituto da substituição processual, pode-se verificar a possibilidade de sua ocorrência de forma originária ou superveniente à formação do processo. Entretanto, apesar de este instituto ser matéria tratada já de tempos pela doutrina, assim como presente na legislação nacional, não se vê uma reflexão maior, entre os processualistas, sobre a situação jurídica dos envolvidos no litígio nesta posição.

Quando há a transmissão da coisa ou direito litigioso, tal fato pode gerar a substituição processual; no entanto, o caso não tem merecido a devida atenção dos estudiosos. Esta atitude é justificada, por vezes, pela falta de incidência prática, o que não mais pode ser alegado, tendo em vista as relações interpessoais que se desenvolvem e se tornam cada vez mais complexas, freqüentemente, na sociedade contemporânea.

As legislações atuais já dispõem, também, sobre a possibilidade de entes intermediários defenderem, de forma exclusiva ou concorrente, direitos e interesses de grupos ou coletividades, originariamente. Surgindo destas situações, discussão em torno da legitimidade destes como substitutos processuais; representantes, ou, mesmo, legitimados ordinários.

A situação litigiosa que normalmente ocorre, considerando o direito individualmente protegido, é aquela em que a parte simultaneamente acumula as qualidades de sujeito da relação jurídica material e sujeito da relação processual, e é para esta situação que a maioria das soluções acolhidas pelo legislador se encontra voltada.

Há, entretanto, a possibilidade jurídica de substituição de qualquer das partes originariamente, ou no curso do processo, transmitindo-se com isso a coisa ou direito em litígio, e, mais ainda se os 'substituídos' são uma coletividade; isso implica, necessariamente, numa revisão e adaptação, em todos os institutos e soluções jurídicas, cujo ponto de referência tenham constituído por aquele sujeito, que eventualmente acumular as qualidades de sujeito da relação processual e de sujeito da relação subjetiva, e que precisam ser, também, e em princípio, transferidas para o 'substituto'.

Assim, é de se questionar se haverá, nas ações coletivas, que se corresponder àquelas soluções proferidas nas ações individuais; se elas devem ou não ser aplicadas no caso de ocorrer a transmissão do direito litigioso na pendência da ação, ou mesmo no caso de a ação ser intentada por um ente intermediário que não seja aquele, único e diretamente, interessado como o titular 'certo', visto que, nestas hipóteses, não existe coincidência direta entre a parte na relação processual e o sujeito da relação material.

Enfim, pretende-se trabalhar o tema sobre dois prismas essenciais, o da substituição processual ocorrida no curso do litígio entre pessoas físicas, de um lado, e, de outro, aquela ocorrida ou não nas ações denominadas coletivas, nas quais entes intermediários ocuparão lugar num dos pólos da relação processual. Buscar-se-á fazer as adaptações necessárias em torno da interpretação do tema, a fim de que se possa verificar, se o instituto processual em discussão ocorrer; se está acobertado por fundamentos legais, e, principalmente, se seria solução a sua adoção, da forma como foi concebido, no caso das ações coletivas, sendo este o empasse criado.

Justifica-se, também, a necessidade dessa abordagem, considerando que, atualmente, os direitos que pertinem à coletividade, igualmente, alvo desta pesquisa, ainda estão sendo estruturados, precisando de apoio doutrinário, portanto, tendo sido cogitada pela doutrina contemporânea, a existência de um 'processo de massa', que deverá estar apto à solução de conflitos dessa natureza.

O 'processo de massa' e o 'juiz-cidadão' já são necessidades, e em alguns casos, realidade no cotidiano do Judiciário, e precisam de instrumentos capazes de viabilizar a justiça dentro destes novos prismas³.

Nos dias de hoje, o maior desafio dos juristas, e entre eles os julgadores, é fazer com que o Direito conviva harmonicamente com as implicações criadas pelo processo de massa. A massificação, sem dúvida, foi gerada pelo aumento das relações de troca; pela universalização da demanda de consumo sob o estímulo da propaganda massificada; pela multiplicação da produção de bens e serviços, assim como pela expansão do intercâmbio comercial destes; pela popularização do crédito alargando o poder de compra de um número cada vez maior de consumidores; pela multiplicação e diversidade de relações de trabalho, que se tornam cada vez mais complexas e conflituosas, com a terceirização de serviços em diversos setores; pela mecanização e automação nos processos de produção que resultam, cada vez mais, na fragmentação da própria economia.

Paralela e conseqüentemente a estes, outros fatores de ordem social se impõem na convivência humana, que passou a estar envolvida pela superpopulação na luta pelo espaço físico saudável; pela acirrada competição entre indivíduos e grupos em busca de melhores empregos e salários; pelas desigualdades e inquietações sociais que, por outro lado, conduziram a uma maior participação e conscientização política dos cidadãos como tal, e, principalmente, enquanto grupo ou coletividade. Todos esses fatores são causas da expansão, tanto da participação, quanto da busca dos cidadãos, no que se refere às atividades judiciárias, e, não podendo negar o seu escopo, o Poder Judiciário deve se preparar para atender a tais anseios, da forma mais rápida e eficiente possível.

É fato que de nada servirá o direito positivado, se ele não acompanhar a dinâmica da sociedade, e agora, momento em que o Direito não mais se encontra

³ Conforme conclui DINAMARCO, na obra supra citada, p.311-312, "O legislador brasileiro contemporâneo está influenciado pela tendência instrumentalista (mandado de segurança coletivo, Lei dos Juizados Especiais, Lei da Ação Civil Pública, Código de Defesa do consumidor)"[...] "O atraso do processo, com relação às conquistas sociais e políticas da Humanidade e da nação (e mesmo com referência ao espírito do direito substancial, evoluído a partir dessas conquistas) deve-se em parte ao preconceito consistente em considerá-lo como mero instrumento técnico, ou considerar o direito processual como ciência neutra".

engessado pelo positivismo exacerbado, herdado da doutrina romana, deixa-se tal discussão para as páginas da história do Direito Processual Civil, parecendo ser este momento uma boa hora para reinterpretá-lo a favor das necessidades imediatas da sociedade a qual busca regular.

Houve tempos em que o processo, em vez de realizar ou instrumentalizar, exclusivamente, criava o direito. Ainda hoje ele pode criar, apesar de lhe ser tarefa essencial a aplicação do direito. Não só a aplicação do direito preexistente deve ser efetivada, mas se aplica, também, o direito que se revela no momento, visto que não se pode alegar lacuna na Lei como fundamento ao não- julgamento (art.126 do CPC/73); assim sendo, é possível coincidir incidência e aplicação judicial⁴. Daí a importância do papel desempenhado pelos juízes, principalmente. Dessa forma é que a Ciência do Direito Processual pode ser considerada, não só realizadora do Direito, mas, também, fonte inovadora e renovadora deste.

Pode-se dizer que, hoje, o sistema processual civil vive uma terceira fase, considerando-se a primeira como aquela em que ele surgiu como exclusivamente instrumental do direito material e a este subordinado. A segunda, como aquela em que ele se ergueu, ocorrendo a cisão entre o direito material e o direito processual, como ciências estanques, e na qual ficou demonstrada a autonomia técnica e teórica deste segundo, em relação ao primeiro. E, finalmente, a sistemática processual contemporânea, voltada para a busca de que o processo venha a atingir sua efetividade⁵ com maior rapidez, economia, segurança e justiça, trazendo mais do que a satisfação dos cidadãos, enquanto seres individualizados, pretendendo a pacificação entre tais indivíduos como membros participantes de uma coletividade.

⁴ (...) Tal concepção, é que permite harmonizarem-se a conceituação de *processo* e a conceituação das fontes e interpretação do direito (MIRANDA, *Comentários...*, 1997, v. I, prólogo, p. XXVIII). Para DINAMARCO, "o processo inclui-se entre os "processos informais de mudança da Constituição" embora não tenha a função de criar direitos, nem seja a jurisprudência fonte de direito" (*A instrumentalidade...*, 1996, p.312).

⁵ Sobre este tema leia-se interessante artigo de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, Efetividade do processo e técnica processual, In: *Revista de Direito Renovar- RDR*, nº 1, jan./abr. 1995, p.15-25.

Os processualistas da atualidade, tanto nacionais quanto estrangeiros, não podendo ignorar as experiências inovadoras nos diversos ordenamentos jurídicos, principalmente as de caráter coletivo, a mudança da mentalidade jurídica-política-social interna, revelada no enfoque das legislações mais atuais em vigor, e as próprias mazelas da realidade nacional, têm que, a partir destas constatações, buscar, num esforço conjunto, enquadrar a sistemática processual ao seu escopo.

E, só com uma análise mais aprofundada em torno de temas processuais relevantes nesta fase da ciência processual, é que se poderá vislumbrar o aperfeiçoamento desta legislação, seja por meio de sua efetiva alteração, seja pelo uso de técnicas interpretativas mais eficientes quanto ao conteúdo já positivado. Fazendo-se, também, uma releitura da doutrina pertinente, segundo os novos contornos estabelecidos, para que estes encontrem fundamentos e espaço para se aperfeiçoarem, sempre dentro da legalidade.

2. ASPECTOS PROCESSUAIS GERAIS REFERENTES ÀS PARTES NO PROCESSO.

O processo se desenvolve segundo um complexo de normas que pressupõem a existência de certos requisitos para o exercício regular do direito de ação; são as condições da ação, e entre essas se encontram o interesse de agir e a legitimidade do agente (art. 3º do CPC/1973), que devem estar presentes quanto às partes que litigam em juízo.

Para que exista equilíbrio entre os atos daqueles que participam do processo, a atuação em contraditório destas partes precisa acontecer em simetria e igualdade de oportunidades; só desta forma se pode falar em conduzir, com justiça, cada caso em concreto, à sua solução, dentro do princípio do devido processo legal. Entretanto, o processo *“tem sua validade condicionada à regularidade dos atos que nele se realizam, e esta depende dos elementos de cada ato, considerado em sua particularidade, além da observância de seus pressupostos, que são as premissas prévias indispensáveis à sua regular existência”* (GONÇALVES, *Nulidades...*, 1993, p.36).

A doutrina processualista, de modo geral, fala em ‘pressupostos processuais’, que por vezes são subdivididos em pressupostos de existência e pressupostos de validade¹ por alguns doutrinadores; e, por outros, em pressupostos subjetivos e objetivos², não entrando estes últimos no mérito da possível diferença entre pressuposto de validade e de existência do processo.

De regra, pensando na divisão dos pressupostos processuais em de existência e de validade, a classificação que prevalece na doutrina dominante brasileira

¹ WAMBIER, *Curso avançado...*, p.206; CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, *Teoria geral...*, p.291-292; THEODORO JÚNIOR, *Curso de...*, v. I, p. 59-60; TORNAGHI, *A relação processual...*, p.73-74. Outros doutrinadores não admitem a subdivisão: FIDELIS DOS SANTOS, *Manual...*, v. I, p.34. Outros ainda não classificam separadamente os pressupostos, afirmando serem tais pressupostos tanto de validade como de existência da relação processual: AMARAL SANTOS, *Primeiras linhas...*, v. I, p.320; e GRECO FILHO, *Direito processual...*, v. II, p. 62, apenas subdivide em objetivos e subjetivos os pressupostos processuais.

² Paolo Barile os distingue desta forma em sua obra *Corso di diritto costituzionale*, 2. ed., Padova: CEDAM, 1964, nº 3, p. 222-223, *apud*. PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA, *Direito e processo do trabalho*, Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p.28.

determina como pressupostos de existência: a petição inicial; jurisdição; citação e capacidade postulatória. E, quanto aos pressupostos de validade: a petição inicial válida; órgão jurisdicional competente e capacidade (dentro deste último pressuposto englobando a de ser parte e a de estar em juízo). Fala ainda a doutrina em pressupostos processuais negativos, entre os quais estão: litispendência; coisa julgada; impedimento da repropositura da ação e convenção de arbitragem (WAMBIER, ALMEIDA e TALAMINI, *Curso avançado...*, 1999, p.206).

Considerando esta classificação, poder-se-á definir aquele que deverá identificar a presença ou não de cada tipo de pressuposto. Assim,

“os pressupostos de existência devem ser examinados de ofício pelo juiz. A falta deles não precisa ser alegada. Quanto aos de validade, a lei determina quais devem ser examinados pelo juiz, de ofício, e quais devem ser argüidos pelas partes. [...] A falta de pressupostos de existência impede, como é óbvio, de existir uma relação jurídica; a carência dos pressupostos de validade acarreta somente a nulidade, por vezes sanável, do processo ou de uma parte dele e obsta a que o juiz chegue à decisão de mérito enquanto o vício não for sanado, se sanável” (TORNAGHI, *A relação...*, 1987, p.73-74).

Adotando-se a classificação dos pressupostos processuais como “*de existência válida ou de desenvolvimento regular do processo*” divididos em objetivos e subjetivos, têm-se como subjetivos:

“a) a competência do juiz para a causa; b) a capacidade civil das partes; c) sua representação por advogado”. E entre os objetivos: “a) a observância da forma processual adequada à pretensão; b) a existência nos autos do instrumento de mandato conferido ao advogado; c) a inexistência de litispendência, coisa julgada, compromisso, ou de inépcia da petição inicial; d) a inexistência de qualquer das nulidades previstas na legislação processual” (THEODORO JÚNIOR, *Curso de...*, 1999, p. 60).

Esta classificação, embora dominante, não é pacífica na doutrina, nem os critérios para a determinação de quais sejam realmente ‘pressupostos’ para o processo.

Na verdade, existe dificuldade para se delimitar tal classificação de forma mais equilibrada na doutrina, justamente porque o próprio conceito de ‘pressuposto’ não é compreendido de forma equânime.

Conforme define CARNELUTTI, pressuposto é “*un evento diverso dall’atto processuale e anteriore al medesimo, dal quale dipende in tutto o in parte la sua efficacia*”³ (Sistema del..., 1938, p. 481, apud. GONÇALVES, Nulidades..., 1993, p.37). Assim, o pressuposto que, na linguagem da lógica, refere-se a ‘premissa’, interfere diretamente na eficácia do ato jurídico, e, “*transportado para o ato processual, é condição prévia para a sua configuração regular no procedimento. Essa configuração se dá pelo cumprimento do ato processual que o precede e do qual ele depende, na cadeia da estrutura processual*” (GONÇALVES, Nulidades..., 1993, p.37).

Dando continuidade ao pensamento do Professor AROLDO PLÍNIO GONÇALVES, na mesma obra, ressalta o jurista a necessidade de não se confundir os pressupostos com os requisitos. Segundo sua lição, os requisitos “*são condições de regularidade que não se concretizam previamente, mas que acompanham a constituição do próprio ato; são exigências de sua configuração regular de acordo com o modelo legal que o preside*” (GONÇALVES, Nulidades..., 1993, p.37).

Não fosse a perspicácia com que este incomparável doutrinador mineiro, profundo conhecedor da teoria e da técnica do Direito, empregou os termos, ao se referir à diferenciação entre ‘pressuposto’ e ‘requisito’, não se teria aqui sentido a necessidade de, ainda que brevemente, abordar o tema. Para tanto, será adotada a obra de outro doutrinador mineiro, PAULO E. RIBEIRO DE VILHENA, merecedor de equivalentes elogios quanto ao aprofundamento de seus conhecimentos jurídicos, que, de forma metodológica, bem distingue os termos: pressuposto, requisito e condição, os quais, inevitavelmente, serão utilizados nesta pesquisa.

A abordagem feita pelo Professor VILHENA passa pela teoria geral do direito e pelo direito público; este caminho, além de estratégico, visto que do ponto de vista fenomenológico a distinção também vincula-se à divisão do Direito em público e

³ Trad.: “um evento diverso do ato processual e anterior ao mesmo, do qual depende em tudo ou em parte a sua eficácia”.

privado (assunto também da intimidade do autor⁴), permite, senão eliminar quaisquer dúvidas em relação à utilização correta dos termos, que se verifique quão tênue e frágil se torna a distinção destes⁵. Assim

“observa-se que, via de regra, quando se fala em pressuposto, se está no terreno da existência ou não do fenômeno jurídico; se se fala em requisito, já se alcança etapa superveniente, que é a da validade ou não do fenômeno jurídico; ao ser abordada a condição, ganha a linha de eficácia ou de existência do fenômeno jurídico. [...] Guardadas as distinções funcionais e o momento de aparição, pode-se afirmar que a pressuposição, no Direito Público – como elemento antecedente e informador da aplicação de determinada regra de direito estatal –, identifica-se com o pressuposto. Trata-se de elemento externo, antecedente e autônomo, que obrigatoriamente e como suporte deve integrar a operação jurídica a ser executada. [...] O terreno propício da condição é o do Direito Privado, na área evidentemente negocial. [...] A doutrina processual, sensível à distinção, situa o requisito como circunstância necessária contemporânea ao ato que integra e o pressuposto como a circunstância a ele anterior. [...] A condição, na estrutura técnica do Direito, emprega-se como elemento de composição de uma figuração jurídica já armada e diz mais com a correção da fórmula jurídica enunciada (condição de validade) ou com o desencadeamento de conseqüências jurídicas esperadas nessa fórmula (condição de eficácia). [...] Por pressuposto processual entende-se a existência de determinados fatos jurídicos, que, antecedentes de outros e no concernente a eles exteriores, são indispensáveis à formação da relação jurídica. Já o requisito diz respeito a uma esfera própria de vida ou atuação jurídica. Indica, em suma, que o ato que integra se acha revestido dos elementos formais impostos pela regra de direito” (VILHENA, Direito e processo..., 1994, p.16-19-22).

Outro autor critica a utilização do termo ‘pressuposto processual’ pela doutrina brasileira, afirmando que:

“Imprópria se mostra, realmente, a denominação “pressupostos processuais”. Aliás, o legislador deixou de empregá-la, preferindo utilizar no art. 267, IV, a fórmula analítica

⁴ Tema sistematicamente estudado em obra clássica: “Direito público – direito privado: sob o prisma das relações jurídicas”, São Paulo: Saraiva, 1972, 96 p.

⁵ Comenta o autor : “fala-se, ao sabor de cada um, em pressupostos de validade, condições de validade, requisito de eficácia, etc., o que demonstra ou a fluidez dos conceitos lógicos ou a insegurança do processo perceptivo e organizativo da mente humana”, 1994, p.23.

*“pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo”. Como explica Mandrioli, a palavra “pressuposto” equivale, em significado técnico, a elemento”. Todavia, permanece o profundo desconforto de aplicá-la, indistintamente, aos requisitos de validade e aos fatores de eficácia. Ela se justifica porque é “corrente e abundante” (apud. ARAKEN DE ASSIS, *Manual de processo...*, 2001, p.190-191)⁶.*

Na pesquisa que ora se faz presente, tem relevância o estudo daqueles pressupostos que garantem a atuação das partes no Judiciário; dentre os acima citados, independente da classificação doutrinária a eles imputada (de existência ou de validade), interessa à abordagem do tema central, principalmente, os seguintes pressupostos subjetivos: a capacidade de ser parte; a capacidade de estar em juízo e a capacidade postulatória. Sendo estes os pressupostos que servem de suporte ao estudo da legitimação para agir.

O fato de se ter usado a expressão ‘capacidade’ quanto aos pressupostos subjetivos pertinentes à compreensão da ‘legitimação’, justifica-se a partir da incorporação da legitimação à teoria geral do direito, pensamento estruturado por CARNELUTTI e ocorrido no direito moderno, portanto, pouco explorado até então. Sobre a recente incorporação do instituto, comenta RODRIGUES VIEIRA: *“Isto é razão, aliás, bastante, para que se justifique a circunstância de ser incorporação, ainda incompleta e que, com timidez ou à custa de penoso esforço, vem sendo aperfeiçoada no terreno de um outro tema jurídico: a capacidade”*. Citando CARNELUTTI⁷, continua o culto professor de Direito Processual Civil:

“Para se obter do Juiz o julgamento, não basta ser-se capaz, sendo necessário que se seja parte no conflito de interesses para que é pedido o julgamento; assim se pôs aí em plena luz a diferença entre capacidade e esse outro requisito a que se começou a dar o nome de legitimação [...] nome [que] desponta num campo deferente sem aparente relação com o seu uso em direito processual, sobretudo a propósito de títulos de crédito, em que se chamava legitimação à posição daquele que,

⁶ A citada obra de MANDRIOLI refere-se à intitulada: *Presupposti processuali*, NDI 13, Turim, Utet, 1966, p.789.

⁷ Em *Teoria geral do direito*. Trad. A. Rodrigues Queiró e Arthur Anselmo de Castro. São Paulo: Saraiva, 1942, p. 363-364, apud. RODRIGUES VIEIRA.

possuindo legitimamente o título, podia exigir a prestação”
(VIEIRA, *Da ação civil*, 2002, p.36).

Assim, ao se falar de ‘parte’, dos limites e alcance de sua capacidade e de seus atos no processo, também se estará examinando o pressuposto processual da legitimação para agir, incluindo-se, aqui, todas as formas legais de atuação (não apenas a do autor na propositura da ação e a do réu ao se defender) no processo, mas, e principalmente, das formas de atuação como parte, independente da relação de direito material existente. Deste modo, além da forma ‘ordinária’, poderá ocorrer a legitimação, por outros meios específicos, determinados por lei, e que recebem, pela maioria da doutrina, o nome de forma ‘extraordinária’ de legitimação. O tema será tratado mais amplamente à frente.

Como se pode ver, o conceito de parte é especialmente relevante nesse estudo sobre substituição processual (legitimação extraordinária) em razão, principalmente, das conseqüências que advêm às pessoas que ocupam tal posição na relação jurídica processual, e entre essas conseqüências, podem-se mencionar: a sujeição das partes à coisa julgada, a identificação da litispendência, a determinação do impedimento ou suspeição do juiz, aqueles que podem ser terceiro, etc.

Mais instigante ainda é a discussão referente à possibilidade ou não de determinação da posição regular e legal do ‘substituto processual’, como parte atuante de um ‘processo de massa’, o qual vem se impondo largamente na atual praxe forense, e que, não raras vezes, está chegando aos Tribunais, justamente pela falta de uma doutrina consistente em torno do assunto.

A doutrina clássica costumava discutir distintamente o conceito de parte no sentido formal e sentido material, distinção essa que não mais é feita, visto que o termo ‘parte’ só faz sentido do ponto de vista formal, isto é, como parte da relação processual.

Entretanto, a distinção é interessante de ser mencionada para a melhor compreensão da autonomia do ‘direito de ação’⁸ e a verificação das possibilidades de se

⁸ Por razões históricas, portanto, essa expressão tem conotação diversificada entre os processualistas, aqui se lhe dará o sentido *latu senso*, isto é, processual constitucional, referindo-se à possibilidade atribuída à todo e qualquer cidadão que ocasionalmente tiver um direito seu violado ou ameaçado de violação, de buscar no judiciário a reparação desta violação.

exercer tal direito, por aquele que não se encontra vinculado à relação de direito material, a qual fundamentou a existência da relação processual em discussão. A distinção entre os termos 'capacidade' e 'legitimidade' também tem fundamento na separação das relações jurídicas material e processual.

Invocar a tutela jurídica ao Estado, normalmente, é atributo daquele que afirma ser o titular do direito material; assim, de regra, ocorre a cumulação de posições entre os sujeitos de direito formal e material, sendo estes os sujeitos do direito, do dever, da pretensão, da obrigação, da execução, etc. A lei pode, no entanto, atribuir o direito do exercício da ação a terceiro, que não seja sujeito, ativo ou passivo, equivalente a relação material litigiosa, e conseqüentemente, o conceito de parte deverá se restringir à figura de direito formal, pois, partes existem que não são os sujeitos da relação material litigiosa.

Para se iniciar o estudo de 'parte', sob o ponto de vista processual, é importante invocar, dentro de uma concepção atualizada, o seu conceito, assim como analisar mais de perto um de seus direitos, isto é, de seus poderes, o primordial deles, qual seja: o exercício do direito de 'ação'.

Não se pretende, entretanto, após a crítica anteriormente feita ao exagerado apego da doutrina à abordagem desta última matéria (ação), aprofundar-se nela, como se ela fosse o eixo central para o estudo aqui proposto. Todavia, o que se pode dizer, é que a abordagem deste tema não perdeu importância para a doutrina, e isto não pode acontecer, pois continua fazendo parte indispensável de qualquer estudo que envolva temas da teoria geral do processo, como é o caso deste trabalho. Está ele, inegavelmente, presente na origem de qualquer aspecto processual que se pretenda efetuar. Pode-se, então, considerar o estudo da ação como ponto de partida para o encontro com qualquer destino dentro da teoria processual.

Assim, após a conceituação de 'ação' e de 'partes' nos moldes contemporâneos, será imprescindível abordar a importância destes conceitos como fundamentos da legitimação para agir dentro do processo. Legitimação esta, que poderá ser conferida originariamente pela situação jurídica material, ou poderá derivar de determinação ou circunstância legalmente previstas.

Importante também será levantar os princípios inerentes à condição de ‘parte’ no processo, os quais, por sua vez, têm bases não só processuais, como também constitucionais.

Será ainda indispensável verificar as conseqüências processuais de um agir sem tal legitimação, podendo daí resultar nulidades no processo e até sua extinção precoce, caso não sanadas, em tempo, aquelas. De resto, não se poderá deixar de examinar, também, as possíveis formas de aquisição, previstas legalmente, da qualidade de parte.

2.1. Poder Processual das Partes: ‘Ação’

Vale aqui lembrar, ainda que brevemente, os caminhos percorridos pela doutrina na evolução do sentido da expressão ‘direito de ação’, o qual vem evoluindo dentro da história do direito processual, uma vez que o supedâneo da moderna doutrina científica do processo constitui-se do trinômio: ação, jurisdição e processo.

A ação provoca a jurisdição, a qual irá atuar por intermédio do processo. Dentro desse quadro sistêmico, a interpretação da natureza jurídica do direito de agir (direito de ação) não é pacífica entre os doutrinadores, o que pode gerar, por vezes, o emprego errôneo de tal expressão, principalmente, em relação aos domínios alcançados pela processualística atual.

Por outro lado, é importante que se faça uma breve incursão no campo do ‘direito de ação’, quando se pretende estudar o instituto da substituição processual, bem como os institutos a este assemelhados, visto que, sendo a legitimação para a causa uma das suas condições para o exercício da ação, encontra-se esta intimamente vinculada ao tema proposto.

“A ação, para adquirir status de direito público com autonomia própria, passou por diversas fases e recebeu críticas de diferentes correntes doutrinárias”

(DIAS, *Substituição processual...*, 1989, p.179), provocando o surgimento de diversas teorias a esse respeito, as quais podem ser resumidas da seguinte forma:

Nos domínios do Direito Romano, porque vigorava uma concepção extremamente privatística, o direito de ação não era autônomo, fazendo parte integrante do direito substantivo, conforme o pensamento de romancistas como SAVIGNY e WINDSCHEID, e, assim constituía, como que, o direito substantivo em estado de guerra. Não obstante insistissem BÜLLOW e CHIOVENDA na automatização científica do direito processual civil, já naquela época, a velha doutrina civilista ou privatística romana imperou por bastante tempo.

Entre as mais significativas teorias a respeito da natureza jurídica do ‘direito de ação’ figura a primeira, denominada Civilista, que tem como sustentáculo, o insigne SAVIGNY. Por ela a ação é considerada um direito público subjetivo à tutela jurídica dos direitos materiais privados, e tal direito dirige-se, simultaneamente, contra o Estado, para a obtenção de uma sentença favorável, e contra o demandado, para cumprimento de uma pretensão por este insatisfeita. Segundo esta teoria, a ação é, portanto, o próprio direito material colocado em movimento, e, por conseguinte, não haveria direito sem ação e nem ação sem direito. A influência desta teoria durou muito tempo, imperando até meados do século XIX. E no Brasil, seu domínio foi maior ainda, fazendo-se sentir até bem pouco tempo (OLIVEIRA JÚNIOR, *Curso de direito processual civil*, 1973. v.1, p.61-63).

*“Em 1929, v. g., CUNHA GONÇALVES escrevia deste jeito no seu tratado de direito civil, volume I, p.291: “O direito subjectivo tem uma estrutura complexa, pois compõe-se de diversos elementos, a saber: a) um sujeito activo; b) um sujeito passivo; c) uma relação entre os dois sujeitos; d) um objecto; e) e uma acção”. E logo adiante se acrescentava que “a acção não é autónoma [...], mas sim a parte integrante, a energia íntima do próprio direito subjectivo, a qual se conserva num estado latente ou potencial” (apud. SOARES, *Tópicos...*, 1991. v.1, p.82-83).*

A teoria de SAVIGNY, na qual prevalecia a fusão dos dois direitos, o substantivo e o de ação em um só, foi discutida entre, aproximadamente, 1856 e 1880, por grandes nomes como BERNHARD WINDSCHEID, THEODOR MUTHER e ADOLPH WACH, demonstrando este último ser insustentável a tese da “*imanência do direito de*

ação ao direito subjetivo material, pois existem direitos de ação independentes dos direitos subjetivos privados que devem ser protegidos por aqueles. Basta ter-se em vista a ação declaratória negativa”, na qual se busca a declaração de inexistência de determinado direito subjetivo material.

MUTHER admite a existência de um direito de agir processual, tanto exercitável contra o Estado, como contra o obrigado, para a satisfação de um outro direito (substantivo material) pleiteado. Já WINDSCHEID entendia que ação é um meio de defesa de um direito, senão que o próprio direito; é o poder de agir contra outrem (*apud*. GOMES, *Teoria geral...*, 2002. p.96, 97 e 99).

Essa interpretação perdurou por cerca de quarenta anos depois da conferência de CHIOVENDA em 1903⁹. E como consequência dessas discussões, no atual Código de Processo Civil (1973), em seu artigo 4º, no inciso I, ainda existe a previsão deste tipo de ação declaratória negativa. Entretanto, dessas idéias surgiram várias outras de igual relevo, em torno do tema; tais estudos, que partiram de WINDSCHEID (1856), como primeiro crítico a SAVIGNY, enriqueceram em muito a doutrina processual, perdurando, sem qualquer resistência, suas conclusões na doutrina processual brasileira até, aproximadamente, 1933¹⁰.

A teoria seguinte à de SAVIGNY, do ponto de vista cronológico, foi a denominada Direito Abstrato de Ação, isto é, ação considerada como direito abstrato; entretanto, por ser esta qualificada pelos doutrinadores como a mais avançada delas, geralmente fala-se sobre a mesma ao final, e dessa forma também aqui se procederá.

Assim, a teoria ora posta em segundo lugar para exame foi a denominada Teoria do Direito Concreto de Ação, conferindo-se, portanto, à ação, natureza jurídica de direito concreto. Prevalece, neste ponto, a idéia de WACH, que entendia que, embora autônomo, à medida que não nasce juntamente ao direito material, nem deste, por vezes,

⁹ Em 03/02/1903 sustentou sua teoria na conferência de Bolonha “*L’ azione nel sistema dei diritti*”.

¹⁰ Quando então, se reuniu em Paris o Instituto Internacional de Filosofia do Direito e de Sociologia Jurídica, com a presença de sábios e filósofos do Direito, afim de fixar, como primeira tarefa, o sentido da expressão ‘fonte do direito’, tendo certamente sido um momento de se repensar toda a Ciência do Direito (TORNAGHI, *Comentários...*, 1974, v. I, p.14-15).

decorra (como na ação declaratória negativa), o direito de ação somente compete a quem é titular de um interesse real, e não imaginário (GOMES, *Teoria geral...*, 2002. p.105).

Condicionava WACH a ação, ao direito subjetivo material (exceção única quanto à ação declaratória negativa), que só poderia conduzir a uma sentença favorável. Daí resultou WACH impor três 'condições da ação': a existência de direito violado ou ameaçado de violação, o que legitima o interesse real (não-imaginário); a legitimação, que depende do direito, violado ou ameaçado, ser próprio; e, por fim, a possibilidade jurídica do pedido, que se materializa em fatos-tipo previamente determinados (GOMES, *Teoria geral...*, 2002. p.104 e 105). Como consequência da relevância destes estudos, podem-se ver previstas, ainda hoje, tais condições no atual direito processual civil brasileiro, no artigo de lei 267, inciso VI do Código de Processo Civil que está em vigor desde 1973.

A crítica que se faz a esta Teoria do Direito Concreto de Ação revela-se no fato de que: se a ação liga-se ao direito à sentença favorável, ter-se-á que conferi-la também ao réu, e este, como se sabe, não age, senão reage (GOMES, *Teoria geral...*, 2002. p.105). Isso torna, portanto, inexplicável o fenômeno da ação improcedente, uma vez que a sentença será sempre favorável, se cumpridos os requisitos. Pergunta-se então: e no caso de improcedência da ação, qual seria a natureza do direito exercido pelo autor para exigir a tutela jurisdicional? Assim, só haverá ação se houver, em favor do autor, um direito subjetivo correspondente, como queria A. WACH? Tais perguntas não estão sistematicamente respondidas pelos próprios criadores desta teoria, parecendo uma lacuna difícil, senão impossível de ser preenchida. O que se pode afirmar é que o direito a uma sentença favorável só pode existir no momento em que o juiz, formado seu convencimento, prolata a decisão. Por conseguinte, esse direito inexistente antes e durante o curso da demanda.

Da Alemanha, a discussão passou para os doutrinadores italianos, tendo GIUSEPPE CHIOVENDA como principal representante de uma das variações dessa segunda teoria agora abordada. CHIOVENDA entendia que a ação deveria ser considerada um Direito Potestativo¹¹; assim, mercê da ação o autor interfere, em seu proveito, na esfera

¹¹ Direito potestativo é um poder jurídico, ao qual não corresponde qualquer obrigação, contrariando, portanto a doutrina clássica, o que tornou essa teoria de difícil aceitação. (OLIVEIRA JÚNIOR, 1973. p.66).

jurídica do demandante, querendo fazer valer a sua pretensão, portanto, colocando aquele num estado de sujeição. Dessa forma “*el adversário no está obligado a nada ante este poder; solamente está sujeto a él, la acción desaparece com su ejercicio, sin que el adversário pueda hacer nada para impedir-la ni para satisfacerla*”¹² (CHIOVENDA, *Principios de...*, Madrid, 2000. t.1, p.70)¹³.

Nesse caso volta-se à clássica norma *ius et obligatio sunt correlata* (direito e obrigação são correlatos). O direito de ação é considerado direito concreto atual existente antes do processo, como uma *Potestad* jurídica para obter, contra o adversário, um resultado favorável no processo. E os efeitos da ação correspondem à aplicação da vontade da lei, a qual se submete o réu ou adversário. Portanto, pode-se incluir CHIOVENDA no grupo de adeptos da Teoria Concreta do Direito de Ação, apesar da diferença com o pensamento de A. WACH quanto ao sujeito passivo da relação processual, visto que, para WACH, a relação processual é de natureza pública, e, para CHIOVENDA, tanto poderá ser de natureza pública como privada, dependendo do interesse que a move (GOMES, *Teoria geral...* 2002. p.106). Como principais seguidores desta teoria, podem ser apontados BETTI, CALAMANDREI, LIEBMAN E REDENTI (SOARES, *Tópicos...*, 1991.p.83-84), cada qual acrescentando, a esta, suas contribuições próprias.

Já entre os críticos de tal teoria, destaca-se ALFREDO ROCCO, que a questionava no sentido de que se o réu não tem qualquer obrigação frente ao exercício de um direito potestativo por parte do autor; isto gera, segundo ROCCO, uma relação jurídica defeituosa, com um só termo. Para esse crítico, o que CHIOVENDA chamou de direito autônomo e direito potestativo nada mais é que a ‘faculdade’ jurídica, naquele direito compreendida, do titular respectivo iniciar o exercício do direito, por meio de expressa declaração de vontade (GOMES, *Teoria geral...*, 2002. p. 107). Ademais, completa-se a crítica devendo-se ponderar que, contrariamente ao que afirma CHIOVENDA, a ação não é movida contra ou em relação ao adversário, mas é ela endereçada ao Estado, ao qual o autor pede tutela jurisdicional (OLIVEIRA JÚNIOR,

¹² Trad.: “o adversário não está obrigado a nada frente a este poder; somente está sujeito a ele, a ação desaparece com seu exercício, sem que o adversário possa fazer nada para impedi-la nem para satisfazê-la”.

¹³ “Principios de derecho processal civil” edição 2000, em espanhol.

Curso de..., 1973. v. I. p.67) e o qual tomou para si o dever de dirimir os conflitos, ao impedir a autotutela.

Criticando a doutrina de CHIOVENDA, apontando falhas e acertos, TORNAGHI assevera que:

“Supõe Chiovenda que ação é direito contra o adversário e afirma que o próprio Wach e, antes dele, Muther, tiveram de reconhecê-lo como direito contra o adversário, ou seja, direito de exigir desse que tolere os efeitos da tutela jurídica. [...] Esta é, aliás, uma contraprova do equívoco de Chiovenda. Conceber a ação como direito contra o adversário, consistente em produzir em face dele o efeito jurídico da atuação da lei, é reduzir o Estado a mero instrumento, máquina posta nas mãos do particular. É inverter os valores.[...] Ao contrário, a assertiva de que a ação é direito contra o Estado e não contra o adversário, vem confrontar as conclusões do próprio Chiovenda de que “a ação é um poder em face do qual o adversário não está obrigado a coisa alguma” e de que “à ação não corresponde nenhum dever processual do adversário, mas pura e simplesmente sua sujeição aos efeitos jurídicos a que ela tende”. De sorte que a concepção de Chiovenda está certa nesse ponto.[...] Chiovenda toma como direito de ação o que na verdade é a relação processual” (Comentários..., 1974, v. I, p.85-86).

Outra variação da Teoria do Direito Concreto da Ação vem representada por PIERO CALAMANDREI, que aderiu ao pensamento de CHIOVENDA, mas inserindo caráter relativista ao seu entendimento. Para CALAMANDREI, o conceito de ação depende do ordenamento jurídico que se tem em vista e da sua posição histórica. Entendendo o jurista que a ação pode abarcar tanto o sentido de atividade, como de direito, coexistindo ambos os conceitos e não se excluindo mutuamente. A atividade pertine à relação processual e está pré-ordenada à declaração de certeza do segundo, que só pode chegar após exame pelo juiz (*apud*. GOMES, *Teoria geral...*, 2002. P.107-108). Na verdade, as idéias de CALAMANDREI não contrariam a do seu mestre CHIOVENDA, antes, completam-nas.

Enfim, o que ocorre com essa teoria, que considera a ação um direito concreto de agir, é que ela resvala-se na antiga doutrina romanista, pela qual o direito de ação equivale concretamente a cada direito subjetivo material positivado, significando

um retrocesso na doutrina, uma vez que foi desenvolvida cronologicamente após a Teoria do Direito Abstrato de Ação, sobre a qual se discorrerá a partir daqui.

Lançada pelo alemão HEINRICH DEGENKOLB (obra em 1877) e pelo húngaro A. PLÓSZ (obra em 1876)¹⁴ simultaneamente nos respectivos países de origem, apoiava-se a Teoria do Direito Abstrato de Agir, na doutrina de OSCAR VON BÜLLOW¹⁵ quanto à autonomia do processo como relação jurídica diversa daquela submetida à apreciação do órgão jurisdicional. Entretanto, criticam BÜLLOW por deixar de dar a esta relação uma base concreta e própria. Para BÜLLOW, o processo encerra uma relação jurídica dinâmica, de natureza pública, não decorrente exclusivamente do direito subjetivo alegado pelo autor. E o processo exige, para sua formação: sujeitos, objeto e a causa.

Já para DEGENKOLBE e PLÓSZ¹⁶, o direito de ação é o direito subjetivo público que se exerce contra o Estado e em razão do qual sempre se pode obrigar o réu a comparecer em juízo. Ou seja, é o direito de agir diferente do direito privado argüido pelo autor, e, portanto, pode ser concebido com abstração de qualquer outro direito, pois, preexiste à demanda, que é só meio pelo qual pode ser exercido (GOMES, *Teoria...*, 2002, P.108-109). Dessa forma, compete a qualquer cidadão invocar a proteção de uma norma legal em benefício do interesse alegado, já que a autotutela não pode ser efetivada, e, somente por ação judicial o direito será concedido.

Alguns nomes da doutrina italiana se destacam como seguidores dessa Teoria da Ação como Direito Abstrato de Acionar ou Agir; são eles ALFREDO ROCCO E FRANCESCO CARNELUTTI¹⁷. Para o primeiro, o direito de ação é direito subjetivo público

¹⁴ DEGENKOLB produziu o *Einlassungszwang und Urtheilsnorm* – Ingresso forçado e norma judicial – publicado em Leipzig em 1877. Embora a doutrina se refira a DEGENKOLB antes de PLÓSZ, a obra deste foi escrita no ano de 1876 – *Beiträge zur Theorie des Klagerechts* – Contribuição à teoria do direito de queixa – mas tal obra só foi traduzida para o alemão em 1890.

¹⁵ Obra considerada marco inicial da nova ciência do processo – *Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungn* (Giessen, 1868), traduzida para o espanhol sob o título – *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos processales* (Buenos Aires, 1964, EJEJA).

¹⁶ “Plosz e Degenkolb puseram em relevo a independência do direito de ação, mas o segundo deles se equivocou ao supor que a boa-fé é requisito de existência desse direito autônomo” (TORNAGHI, *Comentários...*, 1974, v. I, p.88).

¹⁷ Obra marcante de CARNELUTTI na qual expõe tais idéias é aquela intitulada “Sistema de direito processual civil”, volume I, escrita em 1936.

do cidadão contra o Estado, tendo por conteúdo substancial o interesse secundário e abstrato à intervenção do Estado, para eliminar o obstáculo a que a incerteza ou inobservância das normas válidas, no caso concreto, possam opor à realidade dos interesses tutelados.

Assim também pensava UGO ROCCO, que entendia que o direito de ação era um direito pré-processual e processual de agir, por pertencer ao autor antes e durante a demanda. Por outro lado, para CARNELUTTI, ação é o direito subjetivo público de obter uma sentença sobre a lide deduzida no processo, seja essa favorável ou não (GOMES, *Teoria...*, 2002, p.110-111). Dessa forma, não é necessário que o autor tenha razão para vir a juízo, podendo, inclusive, estar de má-fé, uma vez que todas as pessoas, por serem titulares de direitos, possuem o ‘direito de ação’.

“A lei protege interesses de maneira abstrata e genérica. Para que o juiz seja chamado a concretizar essa proteção, basta que o interesse em causa esteja protegido pelo Direito em tese, isto é, de maneira abstrata e genérica. Nada mais se exige para a provocação do juízo, para a ação. Pensar que ela pressupõe a proteção em concreto, na hipótese, é supor a desnecessidade da jurisdição. Falece, pois, razão a Wach e a Chiovenda, quando se referem a um direito concreto de agir. [...] A ação é o direito subjetivo público que tem qualquer pessoa de exigir do Estado a prestação jurisdicional” (TORNAGHI, *Comentários...*, 1974, v. I, p.88-89).

O quarta e última teoria apontada pela doutrina para explicar a natureza jurídica do direito de ação é aquela que busca compreendê-lo numa zona comum entre a Teoria Abstrata e a Concreta, o que parece ser tarefa impossível, restando, em sua abordagem, mais perguntas que respostas, em relação ao entendimento do que vem a ser o ‘direito de ação’.

Denomina-se essa derradeira corrente Teoria Eclética do Direito de Ação, e as chamadas condições da ação, juntamente com os conceitos de mérito e jurisdição, constituem sua pedra angular e esteio, todas essas expressões entendidas segundo a concepção de ENRICO TÚLIO LIEBMAN¹⁸, que sustentou que são três as condições para

¹⁸ LIEBMAN expôs sua concepção em conferência pronunciada na Universidade de Torino, em 1949, estando reproduzida em várias obras, entre as quais destaca-se “*Problemi del processo civile*”, editada em 1962.

que o autor não seja julgado carecedor de ação. São elas: a possibilidade jurídica do pedido (não podendo ser atendido pedido juridicamente impossível); o interesse de agir (pressupondo um conflito de interesses e a necessidade da tutela jurisdicional para solucioná-lo), e, por fim, a legitimidade *ad causam*, havendo nessa condição a necessidade de o autor, sujeito ativo da relação jurídica processual (para a Teoria Eclética), ser um dos titulares da relação substancial posta à apreciação do Juiz. Sobre essa última condição é que pesam as maiores críticas a essa teoria, uma vez que, assim sendo, percebe-se que LIEBMAN acabou por cair na concepção privatística do processo.

Mérito, para esse doutrinador, identifica-se com lide, incluindo-se nele todas as questões que se refiram à controvérsia entre as partes, e tenham sido submetidas ao Juiz, cuja solução poderá ser favorável ou não ao autor. Entende LIEBMAN, por jurisdição, a atividade do Poder Judiciário que viabiliza, na prática, a realização da ordem jurídica, mediante aplicação do direito objetivo refletido na decisão de mérito. Entretanto, para esse jurista, não compreende decisão de mérito aquela relacionada ao exame das condições da ação, portanto, também não seria essa uma atividade jurisdicional. Diante disso, questiona a crítica: que tipo de atividade estatal poderia ser então, uma vez que não se encaixa na judiciária, nem na legislativa e nem na executiva? Fica a pergunta sem resposta, considerando LIEBMAN o exame das condições da ação tratar-se de “joeiramento prévio”¹⁹ não tendo nada de jurisdicional (*apud*. GOMES, *Teoria...*, 2002, p.117).

A conseqüência mais séria desse entendimento refere-se ao fato de que, se a atividade do exame das condições da ação não tem natureza jurisdicional, então o provimento do juiz a tal respeito não será acobertado pela coisa julgada, deixando em aberto a própria certeza da existência da relação jurídica entre os litigantes, ou seja, da própria ação. Essa dúvida perturba até os dias de hoje, visto que não se tem um entendimento claro a respeito da natureza jurídica da sentença que julga o pedido pela carência de ação, poder ser ou não considerada de mérito (prevê o artigo 267, inciso VI do CPC que não seria de mérito)²⁰.

¹⁹ Isto é, filtragem ou saneamento do processo.

²⁰ Para GALENO LACERDA é possível que se tenha uma sentença de carência de ação, com julgamento de mérito, em ‘*Despacho saneador*’, La Selle, 1953, p.82.

O que se pode observar é que, assim como CHIOVENDA não soube explicar a natureza da atividade do juiz nas hipóteses de ação improcedente, também na Teoria Eclética não se conseguiu defini-la para os casos da chamada 'carência de ação'. Por outro lado, não se deve admitir a possibilidade de criação de um quarto poder acrescentado aos três já institucionalizados, apenas com o objetivo único de examinar condições para que a ação se desenvolva validamente, uma vez que é no processo, ou seja, dentro da relação processual formada, e, portanto, com eficácia de ato jurisdicional, que se deverá decidir sobre qualquer dúvida ou incerteza resultante deste mesmo processo, inclusive a respeito da existência ou não das condições da ação.

Para o idealizador da Teoria Eclética, não se pode ainda entender a ação como competente a qualquer pessoa abstratamente, mas, segundo ele, a abstração estaria relacionada ao conteúdo do julgamento do pedido que englobaria as hipóteses (juízos hipotéticos, abstratos) nas quais for considerado o julgado procedente ou improcedente. Foge, portanto, esse entendimento de LIEBMAN, à original idéia de abstração apontada pela Teoria Abstrata do Direito de Ação, que parece ser a mais próxima da realidade do direito processual contemporâneo, visto que prima pela facilitação do encaminhamento de todo tipo de conflito, de natureza privada ou pública, ao judiciário. Considerando ainda que, caso os conflitos sejam de natureza privada, uma vez levados ao judiciário para a solução, passam a ser de interesse ou natureza também pública, já que apenas a solução do conflito atenderia à função primordial do judiciário como pacificador social.

O acesso ao judiciário é um dos fundamentos processuais que se elevaram, na atualidade, à categoria superior de garantia constitucional dentro do ordenamento jurídico brasileiro, merecendo ser efetivado sem limitações, principalmente se essas forem de natureza processual.

Numa tentativa, inafastável, de compatibilizar o Direito Constitucional com o Direito Processual, a doutrina chega a dividir o 'direito de ação' em dois planos: o plano do direito constitucional e o plano do direito processual, tendo o primeiro um maior grau de generalidade. Assim, comenta GRECO FILHO:

"Sob este aspecto, o direito de ação é amplo, genérico e incondicionado, salvo as restrições constantes da própria Constituição Federal. Sua definição encontra-se no já referido

art. 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Já o chamado direito processual de ação não é incondicionado e genérico, mas conexo a uma pretensão, com certos liames com ela. O direito de ação não existe para satisfazer a si mesmo, mas para fazer atuar toda a ordem jurídica...” (Direito processual..., 1996, v. I, p.76).

Por outro lado, esta vinculação já vinha anunciada anteriormente pela doutrina de EDUARDO COUTURE ao afirmar este que: a ação constitui uma forma típica do direito constitucional de petição. *“O direito de ação ou ação judiciária é uma espécie da qual o direito de petição é o gênero, ou seja – um direito de petição configurado com traços peculiares” (Introdução ao Estudo do Processo Civil, trad. port. de Russomano, 1995, p.17).* COUTURE, ao se referir ao direito de petição, previsto constitucionalmente, o compreendeu como o ponto do qual emerge o direito de ação ou ação judiciária.

Foi este seguido em sua opinião por ARRUDA ALVIM NETTO, para quem *“dois são os tipos de ação: a) uma de cunho eminentemente originário do direito constitucional: é o direito de petição (art. 153, § 4º, da Constituição); b) outra – que é a processual – estudada no processo, mas nasce do próprio direito de petição” (Código de Processo Civil Comentado, v. I, 1975, p.315).*

Estas equiparações consideram o supracitado artigo constitucional, que não tem ligação direta, imediata, com o atual sentido dado ao dispositivo que regula o denominado ‘direito de petição’²¹.

O artigo 153, § 4º da Constituição da República de 1969, dispunha:

“A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual” (CR/1969, Legislação Mineira: s/d, p.70-71).

²¹ CR/ 88, Art. 5º, inciso XXXIV- “são a todos assegurados, independente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder...”, tendo antes equivalência, tal dispositivo, com o direito de acesso à informações de caráter público, do que com o direito de acesso ao Judiciário.

Na Constituição da República de 1988, conforme já foi transcrito, o art. 5º, inciso XXXV, refere-se ao dispositivo equivalente, do qual foi suprimido o termo 'individual' por se haver ampliado, de forma quase irrestrita, tal direito, ultrapassando a esfera individual.

Na verdade, há um movimento universal em relação à viabilização do acesso à justiça.

*"Em 1975, CAPPELLETTI e alguns professores ingleses e norte-americanos (J. Gordley, E. Johnson Jr., J. A. Jolowicz) iniciaram a publicação de uma série de trabalhos de Direito Comparado relacionados com o denominado "Projeto de Florença", que tinha como tema o acesso à Justiça" (THEODORO JÚNIOR, *Direito e processo...*, 1997, p.52).*

Todavia, a doutrina processual nacional ainda está, em grande parte, comprometida com aquela teoria de LIEBMAN²², que morou no Brasil, em São Paulo, por volta de 1940, influenciando fortemente a liderança intelectual do país. Entre seus seguidores estão ALFREDO BUZARD; JOSÉ FREDERICO MARQUES, MACHADO GUIMARÃES e muitos outros. Esse fato atingiu em cheio, portanto, a adoção da Teoria Eclética da Ação e a própria elaboração do Código de Processo Civil Brasileiro, no qual se vêem refletidas, inevitavelmente, as idéias de LIEBMAN, fundamentando inclusive parte de seu conteúdo (v.g. artigos 267, inciso VI; 301, inciso X; 268 todos do CPC).

Todas as teorias que buscam identificar o 'direito de ação' no contexto jurídico processual são certamente passíveis de críticas, mas esse fato não deve impedir que se busque uma delimitação de seus contornos, dentro dos necessários moldes contemporâneos para que sua concepção esteja em harmonia com sua aplicabilidade (efetividade).

Retomando aqui as idéias de COUTURE, é de se verificar que o Direito Processual, assim como todos os outros ramos do Direito, não pode se isolar ou se afastar dos princípios constitucionais que o fundamenta. A Constituição da República do Brasil de 1988 tem que ser o norte das demais leis infraconstitucionais, e aquela,

²² CELSO AGRÍCOLA BARBI em seu *Comentários ao CPC*, 1998, p.22-23, analisa que embora a doutrina em regra admita que o nosso CPC tenha adotado integralmente a doutrina de Liebman, existe uma série de contradições no próprio CPC que afasta essa conclusão.

como se sabe, ao menos na expressão de seus dispositivos, parece estar tão avançada quanto os institutos que abriga. “*A Constituição é a fonte geradora de toda a ordem jurídica que dela extrai seu fundamento de validade*” (RIBEIRO BASTOS, *Curso de direito...*, 1995, p. 113). Também no direito comparado é a Carta Magna nacional festejada como diploma modelo²³.

Neste passo é relevante a observação de Dinamarco, ao relacionar o processo à Constituição, inicialmente como “*dois sentidos vetoriais das relações*”, justificando sua colocação na seguinte esteira:

“a) a Constituição dita regras fundamentais e princípios observados na construção e desenvolvimento empírico da vida do processo (tutela constitucional do processo); b) o processo é, por sua vez, instrumento para preservação da ordem constitucional, seja mediante a chamada “jurisdição constitucional” (inclusive a “jurisdição constitucional das liberdades), seja através da sua utilização cotidiana, em que, ao dar atuação às normas legais ordinárias, está, em última análise, valendo como penhor da observância dos valores constitucionalmente amparados e nelas refletidos. [...] O processo é miniatura do Estado democrático (ou “microcosmos do Estado-de-direito), por ser construído em clima de liberdade e com abertura para a participação efetiva dos seus sujeitos, os quais são tratados segundo as regras da isonomia” (A instrumentalidade..., 1996, p.312).

Não é inteligente limitar-se à submissão das idéias postas, sem ao menos questioná-las; o que se deve buscar é o aprimoramento e adaptação à realidade dos acontecimentos sociais que impõem alterações, senão legais, ao menos no âmbito da interpretação das leis em vigor, uma vez que são estes os meios apropriados, institucionais ou jurídicos para solução de conflitos, cumprindo, assim, o Estado, o papel ao qual chamou para si quando monopolizou a jurisdição.

Enfim, tendo em vista a exposição feita até aqui, pode-se dizer que existe, até por razões históricas, uma multiplicidade de sentidos para explicar o vocábulo ‘ação’, (ainda que se restrinja seu conteúdo à esfera unicamente processual) sendo este

²³ BARBOSA MOREIRA, *A ação civil...*, 2002, p.345.

usado geralmente de forma pouco didática²⁴, tanto por autores estrangeiros²⁵, como por autores nacionais. Geralmente, confunde-se seu conceito ora com o próprio direito²⁶, ora com pretensão²⁷, interpretações com as quais se pede *venia* por discordância. Apesar de se compreender que tais entendimentos têm fundamento e influência do tempo e espaço em que foram concebidos, não se pode, entretanto, negar a tais concepções, no mínimo, o caráter de historicamente clássicas.

Segundo a doutrina mais atualizada, a ação não pode ter seu conceito confundido nem com um direito, nem com uma pretensão, menos ainda com outros vocábulos relacionados ao direito processual (tais como processo e procedimento). ‘Ação’ é expressão que possui entendimento próprio, por isso, um conceito específico deve ser adotado para explicá-la; assim sendo, pode-se então afirmar que “*ação é o exercício de um direito pré-existente*” (GOMES, *Teoria...*, 2002, p.94) e não o próprio direito. Já

*“a pretensão é de direito material, como a “actio”; o obrigado acarreta com as conseqüências da violação, como “plus” ao que resulta da pretensão do credor” [...] Demanda = “ação” (no sentido só processual). Por isso, pode haver demanda, “ação”, e decidir-se que o autor não tem ação (no sentido do direito material) ou que não tem ação nem pretensão, ou que não tem ação, nem pretensão, nem direito. Quem exerceu ação declarativa, e perdeu, teve afirmativação de que não tinha o direito, a pretensão ou ação que disse ter” (MIRANDA, *Comentários...*, 1997, prólogo, p. XIX-XX).*

Certamente todos, senão a maioria dos equívocos cometidos em relação à conceituação do termo ‘ação’, surgem da dificuldade que a evolução histórica da doutrina processual impôs aos estudiosos do tema, em separar os dois planos em que o direito pode e deve ser analisado, ou seja, o plano material e o plano processual. Ora se

²⁴ “Só para se ter uma idéia, Pekelis, em excelente estudo que mereceu aplausos até por parte daqueles que dele discordavam, apontou 15 (quinze) acepções diversas para a palavra “ação” (“Azione”, *Nuovo Digesto Italiano*, t. 2, p. 92). Garcia Valdés encontrou 23 (vinte e três) definições de “ação” (“Teoria de las acciones y de su acumulación”, *Rev. de Der. Proc. Esp.* 1945, p. 133)”, conforme alerta GOMES, 2002, p. 93-94.

²⁵ “Ação é um direito subjetivo...” FERNANDO LUSO SOARES, em *Tópicos e sumário de processo civil*, v. I, 1991, p.86.

²⁶ “Dissemos que a ação é um direito”, por MOACYR AMARAL SANTOS, *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. I, 1993, p.143; WALDEMAR MARIZ DE OLIVEIRA JÚNIOR, em *Curso de processo civil*, v. I, 1973, p. 69; e outros mais.

²⁷ “La acción es, en nuestro concepto, el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales...” EDUARDO COUTURE, em *Fundamentos del derecho procesal civil*, Depalma, 3 ed., p.57.

verifica entre os juristas uma disputa de hierarquia e importância entre esses planos (Teoria Civilista e Concreta), ora se vislumbra uma preocupação em focá-los em uma zona comum (Teoria Eclética). Vale aqui suscitar uma observação inteligente apontada pelo jurista mineiro AROLDO PLÍNIO GONÇALVES:

“A descoberta das semelhanças não aparentes e das relações existentes entre os conceitos com que a ciência do Direito Processual Civil trabalha tem sido retardada, talvez porque o Direito Processual Civil tenha se acomodado nos progressos que já obteve, dando por encerrada sua reflexão sobre a adequação de seu próprio instrumental técnico para capturar o objeto de sua investigação. [...] As teorias que trabalham com os antigos conceitos de relação jurídica e de Direito subjetivo, na clássica acepção, são ainda predominantes na ciência do Direito Processual” (GONÇALVES, *Técnica...*, 1992, p.71-72).

O que não se pode permitir é que as clássicas concepções impeçam, ou sirvam de barreiras, frente à necessidade de uma atualização e reformulação dos conceitos da ciência processual. Fato que é imprescindível tanto para sua evolução como ciência, quanto para atender sua função teleológica, ou seja, de efetivo método de solução dos conflitos sociais contemporâneos.

Um reexame dos conceitos que formam a base do Direito Processual Civil ainda está em curso e as dificuldades advindas das múltiplas teorias da ação precisam ser superadas.

“O ordenamento jurídico, naturalmente, não aguardou pela autonomia do Direito Processual Civil para incidir sobre os fatos sociais.[...] O instrumental teórico do Direito Processual Civil foi elaborado sobre o que havia de disponível no campo do conhecimento e da realidade jurídica. Em sua resposta aos problemas que deveriam encontrar solução no plano da racionalidade, as doutrinas nascentes utilizaram os conceitos construídos no curso da história” (GONÇALVES, *Técnica...*, 1992, p.190).

O descaso da doutrina processual em relação a alguns conceitos fundamentais dentro dessa ciência tem agravado o nível de equívocos nas construções doutrinárias; ou não se dá o devido crédito aos fenômenos que ocorrem no âmbito do direito material; ou, por vezes, utilizam-se de conceitos pertinentes a esse plano para

explicar os fenômenos processuais. Acredita-se que o isolamento de certos conceitos dentro da teoria processual seja necessário neste momento e, inicialmente, conforme a proposta do tema estudado neste capítulo, buscar-se-á identificá-los nos planos em que se encontram.

Os termos: direito subjetivo, pretensão e ação, compõem, num primeiro momento, o grupo que se pretende enquadrar no reexame teórico proposto.

Assim, no plano do direito material, entende-se por direito subjetivo aquele correspondente a uma situação favorável de alguém frente a outrem, por força da incidência do direito objetivo sobre a relação, fato esse de natureza estática, refletindo o estado inerte do direito subjetivo. A pretensão configura-se como o estado de se poder exigir do outro alguma prestação positiva ou negativa (MIRANDA, *Tratado das ações*, 1970, p.52, *apud*. GOMES, *Teoria...*, 2000, p.130), mediante fato concreto de descumprimento de acordo entre os envolvidos, sem com isso, agir contra o direito.

A chamada 'ação de direito material' existirá a partir do momento em que aquele premido a cumprir o acordo não se manifesta espontaneamente, havendo aí a possibilidade do prejudicado agir contra o infrator, executando-lhe privadamente bens para satisfação de seu crédito, fato que poderia ocorrer se não houvesse o monopólio da jurisdição e a proibição da justiça pelas próprias mãos impingida pelo Estado aos cidadãos.

Para OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, a doutrina processual costuma negar relevância científica, quando não, a própria existência da ação de direito material, alegando que o monopólio da jurisdição pelo Estado fez com que ela fosse transformada na ação processual (*apud*. GOMES, *Teoria...*, 2002, p.130).

Entretanto, o exemplo que se pode lembrar aqui, para evidenciar a existência de ação de direito material em nosso direito, é a hipótese prevista no artigo 502 do Código Civil de 1916, e referendada no atual Código Civil, em vigor a partir de 2003, no seu artigo 1210 § 1º, pela qual permite-se ao titular do direito subjetivo (material) violado, ou ameaçado de violação, agir por suas próprias forças, no caso de turbação ou esbulho, sem propor necessariamente ação processual.

No plano processual, os fenômenos acima estudados recebem tratamento específico. O direito subjetivo tem caráter público e se refere àquele do qual é titular todo e qualquer cidadão frente ao Estado, em decorrência da proibição da autotutela, ou do pressuposto da sua vedação, pelo que o Estado tornou-se devedor da jurisdição. A pretensão processual, nem tão diferente do contexto de direito material, ainda é o estado de que o direito se reveste a partir do momento em que se torna exigível. No entanto, no plano processual, mais que a efetivação da exigibilidade, vê-se a pretensão “*como encaminhamento que deflagrará a ação, ou seja, o estágio intermediário entre o direito subjetivo, enquanto estado inerte, e o efetivo exercício do mesmo perante o Estado*” (GOMES, *Teoria...*, 2002, p. 131), revelando o estado dinâmico do qual se reveste o direito processual.

E, finalmente, a ação corresponde ao agir ou àquela atitude daquele que antes pretendeu, e que a partir do momento em que impulsiona o Estado a se pronunciar, se torna ‘autor’. Assim, pode-se afirmar que a ação é o exercício do direito preexistente, e não o direito em si. “*Não haverá dificuldade em se vislumbrar, portanto, que pode haver direito subjetivo desprovido de pretensão; e que essa não pode ser confundida com ação*” (BAPTISTA DA SILVA, *Direito subjetivo...*, p. 103).

A confusão entre ação e pretensão leva a se conferir, como fizeram os adeptos da Teoria Eclética, a ação também ao réu, quando na realidade a situação de réu é daquele que apenas reage, defendendo-se através da contestação, por isso ocupa o pólo chamado passivo na relação processual. À parte se deve analisar as hipóteses de Reconvenção proposta pelo réu, que aí sim, tem natureza jurídica de ação, havendo inversão das posições processuais.

Isolados os conceitos supracitados em seus respectivos planos, pode-se concluir que a existência dessa interpretação não faz com que haja anulação de sentidos, antes focaliza a existência do significado próprio de cada fenômeno.

A ação de direito material não desapareceu nem foi substituída, apesar de ser exercida, na maioria das vezes, através da ação processual. E assim, o titular do direito subjetivo público (processual) pode não se confundir com o de direito subjetivo privado (material).

As duas relações têm sujeitos, causa e objeto próprios. “*E a causa na relação processual não se confunde com as ‘condições da ação’, como pretende o Prof. Galeno Lacerda; a causa é justamente o monopólio da jurisdição pelo Estado*” (GOMES, *Teoria...*, 2002, p.132)²⁸.

Por outro lado, como não foi encontrado um meio de só se admitir o ingresso de partes legítimas em juízo, pleiteando apenas pedidos juridicamente possíveis, e com fundado interesse na tutela jurisdicional, o único caminho é a proposição da ação processual na qual o juiz examinará tais vícios, como passo inicial do exercício de sua função jurisdicional.

O que se quer esclarecer com a exposição feita até aqui, é que as denominadas comumente ‘condições da ação’, inclusive positivadas no Código de Processo Civil Brasileiro de 1973 (artigos 3º, 267, VI e 301, X; dispendo o *caput* do 267: “*Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito: [...] VI – quando não ocorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse processual*”; e o art. 301 dispõe que: compete ao réu, “*antes de discutir o mérito, alegar: [...] X- carência de ação*”), na realidade integram, ou seja, se referem à relação jurídica de direito material, mas que, inegavelmente, serão apreciadas de forma preliminar, podendo a existência destas ser ou não confirmada posteriormente, dependendo do encaminhamento da causa, pelo juiz da ação.

Daí a discussão doutrinária quanto à pertinência ou não de se manter fidelidade às mesmas, como reais e indispensáveis ‘condições para o exercício do direito de ação’, embora tal dúvida não modifique a realidade expressada na lei, que continua a exigir que sejam verificadas cada uma destas condições como essenciais à própria existência do processo.

²⁸ FÁBIO GOMES refere-se nesta passagem entendimentos de G. LACERDA na obra *Ensaio de uma teoria eclética da ação*.

2.2. Críticas ao Apego Legal Quanto às Condições da Ação.

A atual doutrina já vem discutindo sobre a insubsistência e os prejuízos decorrentes das denominadas 'condições da ação' frente à relação jurídica processual. Apesar da resistência de muitos doutrinadores, é de se considerar que tal discussão é importante para a evolução do Direito Processual, especialmente no que se refere à Teoria Geral do Processo.

Ao se analisar qualquer das chamadas condições da ação, é possível demonstrar que elas se referem à relação de direito material (GOMES, *Teoria...*, 2002, p.124-129), e alguns defendem que isso ocorre de forma exclusiva, descartando a necessidade de sua verificação após a formação da relação de direito processual, o que parece ser, em certa medida, questionável.

O próprio conceito do termo 'condição', pela concepção do professor PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA, deve ser restrito ao Direito Privado, conforme citação feita (página 25 deste trabalho).

No pertinente à possibilidade jurídica do pedido, buscar-se-á fundamento para a crítica de desconsideração de sua classificação e exigência como condição para o exercício da ação, na lição do jurista CALMON DE PASSOS, que afirma não existir qualquer distinção entre a impossibilidade da tutela em abstrato e a pretendida no caso concreto. Cita ele, como exemplo, uma ação de usucapião em que o autor declinasse na inicial estar na posse de determinado imóvel há 4 (quatro) anos, com ânimo de dono, requerendo ao final que o Juiz o declarasse proprietário. Nesse caso, pela previsão do Código, seria julgado carecedor da ação, já que ausente a previsão legal nesse sentido, além do que, não se poderia também falar em julgamento do mérito.

Entretanto, segundo CALMON, se este mesmo autor houvesse ingressado com a mesma ação, alegando estar na posse a mais de 10 (dez) anos e invocasse o artigo 156, § 3º (da Constituição da República de 1946), estaria presente a referida condição da ação, mesmo que ficasse comprovada, durante a instrução do feito, a posse de apenas 4 (quatro) anos. Todavia, nessa última hipótese, não haveria carência de ação e sim julgamento de improcedência. Na prática, não haveria nenhuma diferença entre as duas

decisões, portanto, do ponto de vista processual não se pode falar que houve alteração no julgamento do caso concreto²⁹ (PASSOS, *Em torno...*, 1961, p.61-62).

Concluindo-se com as palavras de CALMON:

“a impossibilidade jurídica, bem examinada, é um problema e não incidência, por conseguinte, um problema de mérito, de acolhimento ou rejeição da res in iudicio deducta, indevidamente erigido em condição da ação, por se tratar de uma forma de improcedência prima facie” (PASSOS, *Em torno...*, 1961, p.63)

Pode-se então dizer que existe uma tendência à exclusão, ou redução dos casos, e esta condição assim deverá ser qualificada como requisito ao exercício do ‘direito de ação’³⁰, apesar de permanecer mantida entre as normas do CPC Brasileiro em vigor (art. 267, VI, do CPC). Da seguinte forma se expressa a doutrina:

“Constitui tendência contemporânea, inerente aos movimentos pelo acesso à justiça, a redução dos casos de impossibilidade jurídica do pedido (tendência à universalização da jurisdição). Assim, p. ex., constituindo dogma a incensurabilidade judiciária dos atos administrativos pelo mérito, a jurisprudência caminha no sentido de ampliar a extensão do que considera aspecto de legalidade desses atos, com a consequência de que os tribunais os examinam.

No processo penal, o exemplo de impossibilidade jurídica do pedido é, na doutrina dominante, a ausência de tipicidade. Mas essa hipótese parece configurar um julgamento sobre o mérito, levando à improcedência do pedido” (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, *Teoria geral...*, 1996, p.259-260).

Acompanha este entendimento DONALDO ARMELIN, que, opinando no plano exclusivamente científico, aponta:

“no sentido da existência de tão-somente duas condições genéricas no processo de conhecimento: a legitimidade das partes e o interesse para agir. A possibilidade jurídica do

²⁹ Embora o exemplo e os dispositivos legais mencionados estejam ultrapassados, a citação pretendeu fidelidade ao encadear das idéias e raciocínio do autor.

³⁰ Em nota de rodapé de nº 10, p. 21, v. I, 1998, CELSO AGRÍCOLA BARBI, na obra *Comentários ao CPC*, afirma que “Liebman não mais inclui entre as condições da ação a possibilidade jurídica do pedido”, conforme abordagem feita por ele em seu *Manual*, v.I, nº74, 1984. Confere com AROLDO PLÍNIO GONÇALVES, *Técnica processual e teoria do processo*, 1992, p. 139.

pedido no plano exclusivamente doutrinário, como se verá mais adiante, ou constitui matéria de mérito, ou pode ser reduzida às duas precitadas condições” (Legitimidade..., 1979, p.40).

Discute-se, também, o fato de atribuir-se a qualidade de ‘condição da ação’ ao requisito do interesse de agir, uma vez que tal interesse implica necessariamente perquirir a respeito da ameaça ou da violação do direito alegado, direito esse pertinente à relação substancial.

Aqui se recorre ao exemplo de PONTES DE MIRANDA ao apontar determinado credor propondo uma ação de cobrança contra um devedor e este alegar que o autor tem em seu poder valor suficiente para compensar o crédito; verificada a desnecessidade de fazê-lo judicialmente, restaria ausente o interesse processual (MIRANDA, *Comentários...*, 1973, t 1, p.157).

Portanto, não se está, neste caso, diante de uma questão pertinente à relação processual, e sim à substancial; restaria dispensada a exigência do interesse como requisito para agir, e é esse o entendimento de alguns doutrinadores³¹.

Entretanto, as críticas a essa condição nem sempre tomam o mesmo rumo na doutrina quanto ao entendimento de inutilidade da determinação do interesse de agir, sendo defensor da manutenção deste, como condição da ação, o inesquecível Mestre Processualista CELSO AGRÍCOLA BARBI (*Comentários ao código...*, v. I, 1998, p.26-29).

Na expressão do artigo 3º do Código de Processo Civil Brasileiro de 1973: ‘Para propor ou contestar ação, é necessário ter interesse e legitimidade’. No CPC anterior, de 1939, artigo 2º, estava assim disposto: “*Para propor ou contestar ação, é necessário legítimo interesse econômico ou moral*”.

O que se pode verificar da comparação desses dois artigos é que, em 39, o interesse de agir ainda se confundia com aquele interesse nuclear do direito subjetivo a

³¹ C. A. BARBI aborda na obra supra citada as posições de MORTARA, CHIOVENDA, CARNELUTTI e CALAMANDREI os quais insistem em desprestigiar o requisito, p.26-29, não concordando com tal entendimento, afirma: “... o conceito de interesse de agir não é inútil, supérfluo, mas sim da mais alta relevância, sendo adotada, por praticamente todos os processualistas modernos”(sic - adotado). Ainda pela inutilidade desta condição SERGIO LA CHINA, *L’esecuzione forzata e le disposizioni generali del codice di procedura civile*, Milão, Ed. Dott. A. Guiffre, 1970, p. 389.

ser protegido, visto que tais direitos têm sempre um interesse econômico ou moral em sua base. Mas, uma vez reconhecido que o interesse de agir, na concepção atual, é aquele que visa à necessidade do uso da via judicial na proteção dos direitos, não mais se justificam aqueles qualificativos. Por isso é que o Código de Processo Civil Italiano, no artigo 100 (*“Interesse ad agire. – Per proporre una domanda o per contraddire alla stessa è necessario avervi interesse”*³²), já usava puramente a expressão ‘interesse’, no que foi seguido pelo artigo 3º do atual CPC Brasileiro/1973 (BARBI, *Comentários ao...*, 1997, p.26).

Assim, verifica-se que

“o termo ‘interesse’ comporta dois sentidos básicos, sendo um subjetivo, que é de “conotações psicológicas” por envolver impulsos, desejos, motivações; e um sentido objetivo, como o que é ou se torna relevante, vantajoso, importante a um sujeito. [...] Esses interesses como uma possibilidade de vantagem a ser atingida, tomados dentro de uma perspectiva de direito material, e desde que tenham sido juridicamente regulados, são relevantes para o direito, carecendo de proteção. Negada a satisfação dos interesses juridicamente tutelados no plano material, nasce o interesse de agir no plano processual” (MACIEL JÚNIOR, *Direito e interesse*, 2002, p.1-2).

DONALDO ARMELIN apóia a manutenção desta referida condição, buscando respaldo em DINAMARCO³³, esclarecendo assim seu pensamento:

“A utilidade da atuação do Judiciário, para obtenção de certeza jurídica objetiva, no caso concreto, caracteriza a presença do interesse de agir. [...] Essa utilidade, porém, é de ser aferida objetivamente, não só sob a ótica do autor da ação e titular do interesse de agir, como também, sob a angulação da atividade jurisdicional, jungida ao princípio de economia processual, cuja atuação pressupõe a maximização dos resultados processuais com a minimização de esforços e de dispêndio de tempo e dinheiro. Neste particular, a acertada visão de Cândido Rangel Dinamarco, no sentido de que o interesse de agir “se traduz na coincidência entre o interesse do Estado e o do particular pela atuação da vontade da lei, e se apresenta analiticamente como a soma dos requisitos acenados acima:

³² Trad.: “Interesse para agir. – Para propor uma demanda ou para contradizê-la é necessário se ter interesse”.

³³ *Execução civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 141, *apud*. ARMELIN.

necessidade concreta do processo e adequação do provimento e procedimento desejados” (ARMELIN, Legitimidade..., 1979, p.59).

Após comentários mais abrangentes, ARMELIN sugere, então, um conceito mais interessante dessa condição da ação denominada ‘interesse de agir’, dissociando-a de seu sentido material, ou seja, buscando seu isolamento processual.

“Sugere-se conceituar o interesse de agir como resultante da idoneidade objetiva do pedido, para o autor, de provocar uma atuação potencialmente útil da jurisdição. Esta idoneidade pressupõe uma causa petendi também idônea, sem o que o pedido careceria de condição de provocar aquela atuação útil da jurisdição” (ARMELIN, Legitimidade..., 1979, p. 64).

O interesse de agir deve ser sempre jurídico; se verificado, no curso do processo, que tal interesse realmente não era desta natureza, incorrerá a dita condição, tendo-se como exemplos desta situação, quando se confirmar: que o autor, em conluio com o réu, iniciar um processo simulado; quando o processo se iniciar meramente pelo *animus iocandi* do autor ou por propósitos ilícitos; e quando o autor usar da ação como arma de coação ou para outros fins, em manifesto abuso de direito. Para estes casos há previsão legal de punição no artigo 129 CPC/73³⁴, que veda o processo simulado.

Assim compreendido o interesse de agir como preceito processual, ou inerente ao plano processual, é de se defender a sua manutenção, como uma das condições para o exercício do direito de ação, conforme disposto na lei processual vigente (art. 3º) (GONÇALVES, *A ação civil pública...*, 1994, p.1227).

Entretanto o que pode ser acrescentado ao estudo do ‘interesse processual para agir’ é a circunstância de poder este também existir independente de estar atrelado a um único sujeito (direta e pessoalmente), descartando-se a sua personificação. Seria esta uma forma de dar espaço e condição para o exercício do direito de ação aos entes intermediários nas ações coletivas *lato sensu*. Identificando o interesse processual

³⁴ Art. 129 CPC/73: “Convencendo-se, pelas circunstâncias da causa, de que autor e réu serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei, o juiz proferirá sentença que obste aos objetivos das partes”.

quando se trate da tutela de interesses metaindividuais, MANCUSO sugere dois possíveis caminhos.

“... ou se alarga o conceito de direito subjetivo, admitindo que nele se incluem, implicitamente, as situações por ele pressupostas ou que com ele sejam conflitantes; ou, 2. se admite que o universo dos bens e valores merecedores de tutela jurisdicional é mais amplo do que aquele constituído pelos direitos subjetivos, hipótese em que se dará igual guarida jurisdicional aos interesses, desde que legítimos (Interesses..., 1997, p.136).

Entendem-se por legítimos aqueles interesses socialmente relevantes, como é o caso dos coletivos *lato sensu*, visto que pertinem a mais de um pessoa ou categoria de pessoas, quando não extrapolam a esfera pessoal, atingindo dimensão universal (meio ambiente, por exemplo). Parecendo que o autor supracitado vê, na segunda hipótese, a solução mais viável e condizente com a evolução do próprio direito, visto que seria *“penoso o recurso de se tentar aproximar os interesses difusos dos direitos subjetivos”* (Interesses..., 1997, p.144), principalmente quanto às dificuldades que surgiriam das construções jurídicas que esta interpretação extensiva causariam.

Quanto à condição da legitimidade para a causa ou para agir, já foi esclarecido que as partes, na relação de direito processual, nem sempre se confundem com os sujeitos denominados titulares da relação de direito material levada a juízo, no que acreditavam os adeptos da Teoria do Direito Concreto de Ação, entendimento este que não mais pode vigorar.

Daí porque não proceder a crítica feita por parte da doutrina quanto à falta de caráter processual da condição da legitimidade para agir, tornando-a dispensável, vez que referida à relação de direito material (exclusivamente). Assim, acrescenta ARMELIN, na defesa de seu caráter processual e, portanto, da necessidade de sua verificação:

“A legitimidade ad causam, embora vinculada ao direito material e excepcionalmente processual que dá a estrutura jurídica da lide sub iudice, resulta exclusivamente de atos processuais que dão o perfil de cada lide no processo. [...] A titularidade do direito, supedâneo de legitimidade direta, se processualiza em razão de vários fatores, de tal sorte que sua mera alegação incontroversa ou controversa quantum satis

enseja a discussão da existência ou inexistência de um direito, cuja titularidade, para efeitos processuais, já foi admitida, mesmo que aquele direito seja a final declarado inexistente” (Legitimidade para..., 1979, p.87)

Pode-se ainda afirmar que o caráter processual da legitimidade para agir também está fundado no fato de a lei processual poder, por si só (conforme seu sistema), conferir legitimidade àquele que não possui, originariamente, a titularidade do direito (é o caso do substituto processual, por exemplo). Inegável, portanto, o caráter de condição para o exercício do direito de ação processual (ou condição de admissibilidade da ação como sugerido por ARMELIN), conferido à legitimidade para agir.

Desta forma, justifica-se considerar ‘parte’ um conceito de direito processual, com o qual se identificam autor e réu, não havendo como falar em parte processual ilegítima; a própria identificação das partes exige, como pressuposto, um processo pendente. Aliás, ninguém discute que só por negação chega-se ao conceito de terceiro, e que não se confundem o terceiro frente à relação de direito material e frente ao processo (CARNEIRO, *Intervenção...*, 2000, p.49).

“Não se deram conta os seguidores de Liebman que, quando falam em parte ilegítima, na realidade afirmam que a referida parte não é parte, como também que a verdadeira parte não é sujeito do processo” (GOMES, Teoria..., 2002, p.126).

Certamente que é indispensável o exame da legitimidade para agir no processo, como requisito para a proposição da ação; por outro lado, a legitimação para a ação poderá ser verificada no decorrer deste processo, considerando-se a diferença entre as duas espécies de legitimidade (para a causa e a processual³⁵).

Assim se manifesta SIQUEIRA, a respeito deste tema:

“Talvez seja esta a condição de maior reflexo no aspecto instrumental do direito de ação, para sua existência não é

³⁵ Afirma TORNAGHI comentando o artigo 3º- do CPC/73: *“A legitimação de que trata este dispositivo é para a causa, é a titularidade do direito de ação. Nada tem que ver com legitimatio da processum, que é a capacidade para ir a juízo” (Comentários..., 1974, v. I, p.100).* Apresenta-se então a seguinte distinção: a legitimação para a causa é condição da ação, examinada em cada caso concreto, segundo o direito material, e, portanto, requisito para a existência da ação. Legitimação processual é pressuposto processual, para o desenvolvimento válido do processo, sendo examinada em abstrato.

imprescindível haver violação a direito; mas, ao provocar a tutela jurisdicional, o autor deve demonstrar ser ele sujeito participante da relação jurídica subjacente ao processo, cuja existência se afirma. Não se exige, é certo, para a jurisdição iniciar sua atuação, a prévia demonstração da existência do direito lesado” (A defesa no processo civil..., 1997, p.76).

Pode-se ir adiante, afirmando que nem sequer a condição de parte legítima, especialmente no pólo passivo da relação processual, será exigida a comprovação *a priori*. Fato que também provoca críticas por parte da doutrina quanto à impropriedade do termo ‘legitimidade’ (art. 3º do CPC) considerada em ambos os pólos da relação jurídica, visto que daí surge o defeito de abranger expressamente a legitimidade da parte passiva como condição da ação, o que poderá não ficar provado no processo. Este assunto especificamente será retomado mais adiante.

Pode haver, ainda, discussão quanto à qualidade com que o sujeito participa no processo, podendo esta variar conforme cada caso concreto. Se está, nesse ponto, a fazer referência às diversas formas de participação de terceiros, como por exemplo, dos casos de sucessão, representação, e em especial, da possibilidade de ocorrer a situação processual da legitimação extraordinária (nesta última, com evidência na espécie de substituto processual, originário ou superveniente, passivo ou ativo, autônomo (exclusivo ou concorrente), e na posição de defensor de direito individual, e para alguns também de direito coletivo.

Trazida a discussão em torno das condições para o exercício da ação, é fácil verificar que seu conceito é essencialmente relativizado. E que, apesar das críticas em relação a tais condições, por parte da doutrina, o Código de Processo Civil Brasileiro vigente não só as institucionalizou, como também reforçou a possibilidade do julgamento por carência da ação, além de deixar claro, para muitos, que as três categorias mencionadas no artigo 267, item VI, não esgotam tais hipóteses (WALTER BAETHGEN,³⁶ *apud* GOMES, *Teoria...*, 2002, p. 128).

Tudo isso reflete na prática processual, que demonstra, cada vez mais, que a maioria dos casos de extinção do processo, geralmente, estão fundados na carência da

³⁶ *As condições da ação e o novo CPC*, Rev. da Consultoria Geral do Estado, Porto Alegre, 1974, nº 49, p. 100.

ação. Na hipótese do julgamento por carência da ação, entendem alguns não ter havido juízo de mérito, vez que assim determina a norma processual civil em vigor (*caput* do artigo 267 CPC). Entretanto, não parece ser esta a tendência na orientação das atuais doutrinas do direito processual, fato que vem gerando, inclusive, inovações legais.

Para os que consideram as questões referentes às ‘condições da ação’ pertinentes ao mérito, é correto que o Tribunal conheça, desde logo, os demais pontos, ainda que a sentença não os tenha julgado por inteiro, como, aliás, expressamente prevê o parágrafo 1º do artigo 515 do CPC Brasileiro³⁷: “§ 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro” (CPC, 2002, p. 107).

A Lei 10.553, de 26 de dezembro de 2001, vem introduzir inovações nos artigos 515 e 530 do CPC de 1973.

No artigo 515, acrescentou-se o § 3º, autorizando o Tribunal de Apelação a julgar desde logo a lide em grau de recurso, ainda que a sentença não tenha examinado o mérito. Esta inovação poderá ensejar questionamentos por aparentar a supressão de um grau de jurisdição. Por outro lado, a alteração é válida, pois, na maioria dos casos de julgamento por carência da ação, o juiz, por não examinar apenas hipoteticamente as chamadas condições da ação, acaba por julgar o mérito, ensejando agora o citado § 3º - o afastamento de uma inadequação presente na praxe forense, como se pode observar de sua leitura:

“§ 3º Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condição de imediato julgamento” (CPC, 2002, p. 107).

A alteração prescrita no artigo 530 do CPC em vigor, que restringe o cabimento do recurso de embargos infringentes às hipóteses de reforma, por maioria, da sentença de ‘mérito’, enfatiza mais uma vez a importância da compreensão do conceito de mérito.

³⁷ Dispositivo acrescentado pela Lei nº 10.352, de 26/12/2001, bem como, tal Lei também modificou a redação do art. 530 do CPC.

“...desimporta, para a constatação de haver sido examinado o mérito, a mera afirmação do juiz em um sentido ou no outro; tal definição emergirá do conteúdo do ato decisório. Assim sendo, mesmo que o juiz afirme na sentença estar extinguindo o processo sem julgamento de mérito por ausência de uma das condições da ação, de sentença de mérito se tratará se o respectivo exame não for apenas hipotético” (GOMES, Teoria..., 2002, p.129).

Não se estenderá mais em tal discussão, sobre ser ou não tal questão decisão quanto ao mérito, visto que necessitaria ser objeto de aprofundados estudos, desviando-se do tema ora proposto.

Ademais, a própria legislação inovada não demonstra se perder nesta preocupação, contanto que se efetive o processo dentro dos princípios constitucionais e processuais que lhe são peculiares.

Destarte, as condições para o exercício do direito de ação, em especial o interesse e a legitimidade para agir, continuam sendo objeto de calorosas discussões e de indispensável análise em todos os processos, exatamente por consistirem requisitos para o exercício regular do direito de ação, resultando da sua falta a necessidade de extinção do processo.

A discussão a que se propõe este estudo está diretamente relacionada com a matéria da legitimação para agir, mas no âmbito das ações coletivas *lato sensu*, nas quais quem exerce o direito de ação não é necessariamente o titular do direito subjetivo, e sim os ‘entes intermediários’, aos quais a lei confere tal legitimação. Sendo, portanto, indiscutível a legalidade e, conseqüentemente, a legitimação, com que tais entes fazem atuar a vontade da lei. Todavia, o que vem causando polêmica na doutrina, é o fato de se identificar a que título estes ‘corpos intermediários’ agem, e é isto o que se pretende determinar.

2.3. Concepção do Exercício do 'Direito de Ação' pela Doutrina Processual Atual.

Ao que parece, a doutrina atual, ainda que de forma tímida, vem buscando os caminhos da renovação dos conceitos que, há muito tempo, se firmaram nas clássicas doutrinas, além de investir numa interpretação mais favorável da lei processual, na tentativa de sua adaptação à necessidade premente de efetivação do processo, principalmente, como regulador dos conflitos de massa que hora se impõem.

“Talvez haja chegado o tempo de se tentar visualizar o direito de ação sob outros prismas, que permitam uma maior aproximação das novas conquistas da teoria do Direito e da realidade do sistema jurídico, que tem sua unidade e o seu fundamento no sistema constitucional” (GONÇALVES, Técnica..., 1992, p.143).

Considerando os pontos acima discutidos, pode-se então afirmar que o direito subjetivo público de ação nasceu a partir do estabelecimento do monopólio da jurisdição pelo Estado; não podendo ter outra natureza que não a pública, visto o caráter igualmente público da relação jurídica processual que se forma ao se levar um conflito de interesses para solução pelo juiz, uma vez que é esse (atividade estatal) o seu objeto.

Assim sendo, deve-se conceituar ação como o exercício do direito subjetivo público perante o Estado, com o objetivo de que este preste a tutela jurisdicional, da qual detém o monopólio. Evidenciando, este entendimento, o caráter de Garantia Constitucional que reveste o poder de agir dos cidadãos que tenham seus direitos violados ou ameaçados de violação, individual ou coletivamente.

O 'direito de ação' foi incluído entre os direitos constitucionalmente garantidos em muitos ordenamentos jurídicos, como ocorreu com o Direito Português (SOARES, *Tópicos...* 1991, p.85) e Italiano (GONÇALVES, *Técnica...*, 1992, p.138-139), tendo-se hoje textos normativos que lhe conferem até dignidade internacional. A exemplo das seguintes disposições: no artigo 10º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10.12.1948³⁸; no nº 1 do artigo 6º da Convenção Européia para a

³⁸ “X. Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ela”, TRINDADE, *A proteção...*, 1991, p.75

Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 4. 11.1950³⁹; no artigo 14º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 16.12.1966⁴⁰; no artigo XVIII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, Bogotá, de 2.05.1948⁴¹; e no artigo 8º das Garantias Judiciais da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Costa Rica, de 22.11.1969⁴².

No Brasil, esta preocupação é percebida desde a Constituição de 1946, no artigo 141, § 4º, que dispunha: “*A Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual*”. Passando ainda pela Constituição de 1967, com a Emenda de 1969, no artigo 153, § 4º, prevendo que:

“A Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido” (BRASIL, *Constituição de 17 de outubro de 1969...*, 1969, 86 p.)

E na Constituição da República Federativa do Brasil em vigor desde 5 outubro de 1988, ficou disposto no artigo 5º, item XXXV: “*A Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”.

³⁹ “6º, nº 1: Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, em um prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, estabelecido por lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela...”, TRINDADE, *A proteção...*, 1991, p.405.

⁴⁰ “14, nº 1: Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil...”, TRINDADE, *A proteção...*, 1991, p. 100-101.

⁴¹ “XVIII: Toda pessoa pode recorrer aos tribunais para fazer respeitar os seus direitos. Deve poder contar, outrossim, com processo simples e breve, mediante o qual a justiça a proteja contra atos de autoridade que violem, em seu prejuízo, qualquer dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente”, TRINDADE, *A proteção...*, 1991, p.329.

⁴² “8, nº 1: Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”, TRINDADE, *A proteção...*, 1991, p.359.

Nas Constituições anteriores não mencionadas, não há dispositivos semelhantes nas declarações de direitos (GONÇALVES, *Técnica...*, 1992, p.135-136, nota de rodapé nº 197).

Analisando os requisitos e o conceito do poder processual das partes de agir, verifica-se que é a ação entendida no direito contemporâneo, como garantia constitucional de exercício de um direito preexistente. E é este direito preexistente que é subjetivo, porque constitui uma posição pessoal das partes parciais na relação processual.

É também autônomo, visto que não tem necessariamente equivalência com a relação subjetiva material, razão inclusive que viabiliza a existência da figura da substituição processual, como também de outras situações jurídicas a esta assemelhadas.

É abstrato, visto que existe como tutela geral dos direitos materiais, além dos direitos e interesses constitucionalmente tutelados.

É direito à jurisdição, porque destinado a obter desta a prestação jurisdicional, da qual o Estado detém o monopólio.

É, ainda, direito público, porque um dos sujeitos é o juiz (o imparcial), funcionário estatal revestido de *ius imperii*.

Enfim, além da invocação da tutela jurisdicional (que em princípio é neutra diante do conflito de interesses dos litigantes) o exercício do direito de ação revela a pretensão do autor (sujeito ativo), por meio da qual este quer subjugar um interesse antagônico ao do réu (sujeito passivo).

“O conceito de ação continua sendo objeto de interesse dos estudiosos, mas deixou de ser considerado importante para a solução de problemas processuais. A ação é tida como direito pré-processual, anterior ao processo e não objeto dele. Esse é, mais propriamente, a pretensão processual. Neste sentido os modernos processualistas alemães, entre os quais Rosemberg (Lehrbuch, § 88) e Lent-Jauernig (Lehrbuch, § 26). Nikishch quase não se ocupam do direito de ação (Zivilprozessrecht, págs. 5, 6 e 9) e, na Áustria, Petschek-Stagel tratam do assunto apenas inicialmente (Der Österreichische Zivilprozess, p'g. 12). Na Espanha, Pedro Aragoneses se limita à exposição das

doutrinas (Proceso y Derecho Procesal, § 228 a 231), enquanto Jaime Guasp se inclina para expelir o problema da ação do Direito processual e acompanha os autores modernos que vêem, não ação mas pretensão processual, o objeto do processo (Derecho Procesal Civil, t. I, págs. 211 e segs.). Na França, além dos trabalhos de Jean Foyer e Gérard Cornu, apareceu, no corrente ano de 1973, importante ensaio de Henri Motulsky nos Études et notes de procédure civile (págs. 84 a 100)” (TORNAGHI, Comentários..., 1974, v. I, p.89-90).

ARMELIN considera o exercício do direito de ação:

“como um direito subjetivo a um pronunciamento sobre o pedido do autor, ou seja, sobre o mérito do processo, gerando, assim, a res iudicata, consubstanciadora da imutabilidade caracterizadora da atuação jurisdicional na sua expressão máxima, ou, ainda, como um direito subjetivo público, a satisfação de um direito encarnado em um título executivo” (Legitimidade..., 1979, p.36).

Com a entrada dos direitos e interesses de natureza coletiva *lato sensu* no ordenamento jurídico, fica difícil imaginar o direito de exercício da ação nos estreitos limites do direito subjetivo das partes, de forma individualizada. O fato de existirem hoje ‘entes intermediários’ com o poder de agir, ou seja, com legitimação para atuar em nome de uma coletividade, determinada ou não, faz com que o conceito de ação se amplie até atingir a proteção de interesses desta natureza.

Assim, há um alargamento das dimensões deste direito, que passa a ser, além de meio de proteção a direitos subjetivos, ou seja, o principal meio, também, deverá ser quanto à proteção aos interesses públicos, isto é, o interesse da coletividade como um todo⁴³. Entendidos estes, portanto, como os direitos de terceira geração, representados pelos direitos de solidadriedade, decorrentes de interesses sociais ou interesse de massa.

Desta forma, reveste-se, atualmente, o direito de exercício da ação, de maior vigor como interesse ou direito de natureza pública, ou seja, voltado para a defesa de interesses públicos.

⁴³ MAZZILLI considera a expressão ‘interesse público’ a mais abrangente, descoincidindo-o com o interesse do Estado (*A defesa dos interesses difusos em juízo...*, 1992, p.19).

“A tarefa do Poder Judiciário, hoje, não é apenas de solucionar tecnicamente os conflitos de interesses. Ganha importância cada vez maior o seu papel político, qual seja, o de aliviar as tensões sociais e de estabelecer adequado controle de poderes, no plano político, social e econômico” (FILOMENO, Da política nacional..., 2001, p. 53).

Delimitados os contornos conceituais do termo ‘ação’ pela doutrina contemporânea, importa agora conceituar-se ‘parte’, para posteriormente se verificar como ocorre o fenômeno da substituição processual dentro deste contexto. Relembrando-se aqui que, a legitimidade para agir, como condição para o exercício regular da ação, é uma qualidade jurídica que se agrega à parte, habilitando-a a ver resolvida, no mérito, a lide em julgamento.

2.4. O Conceito de Parte e os Pressupostos Processuais Subjetivos.

Os pressupostos processuais subjetivos são assim chamados por se referirem aos sujeitos principais da relação processual, isto é, juiz e partes. Com respeito aos juízes, os pressupostos são: investidura da jurisdição; competência, originária ou adquirida; e imparcialidade. Apenas serão abordados, aqui, os pressupostos pertinentes às partes parciais da relação processual, atendendo-se à pertinência da abordagem pretendida nesta pesquisa.

Historicamente, pode-se afirmar que *“o conceito de direito subjetivo deu origem ao de relação jurídica”* (GONÇALVES, *Técnica...*, 1992, p. 76); esse fato por sua vez afetou todos os demais conceitos processuais, entre eles o conceito de parte e suas variações (parte legítima, parte vencedora, parte capaz, etc.).

As idéias em torno desse estudo passaram por nomes de elevado valor na doutrina jurídica, tais como os de: VON HERING, DABIN, JELLINEK, tendo sido aperfeiçoadas por WINDSCHEID, MUTHER E WACH, e, posteriormente saíram do campo do direito privado para o do direito público, caminho este trilhado também por doutrinadores italianos como CARNELUTTI, CHIOVENDA, LIEBMAN e outros.

O conceito de 'parte' na clássica concepção (enquanto o próprio conceito de 'direito de ação' ainda não tinha se firmado de forma autônoma), se determinava no plano do direito substancial ou material, todavia, na doutrina atual não há mais dúvidas sobre o fato de que tal conceito seja de natureza eminentemente processual.

A partir do momento em que o Direito Processual demonstrou sua autonomia científica, isto é, revelou-se detentor de objeto, causa e sujeitos próprios (nem sempre coincidentes com os mesmos elementos do direito material), não faz mais sentido usar o termo 'parte' fora do contexto processual. E mesmo dentro desse prisma, o termo é usado com mais de uma conotação, ora correspondendo a uma porção do todo, isto é, um quinhão integrante de um todo maior; ora para indicar aquele sujeito que participa, que toma parte, no caso de se formar uma relação jurídica processual. É esta última acepção que interessa à pesquisa sobre substituição processual e a legitimação ativa dos entes intermediários nas ações coletivizadas.

E, se fugindo a melhor doutrina, se quiser falar de parte no sentido material, dir-se-ia ser *"aquele que afirma ser o titular da relação jurídica de direito material discutida em juízo, ou em face de quem se afirma essa titularidade"* (RODRIGUES, *Elementos...*, 2000, p.224, nota), ainda assim se correria o risco de se tornar, este, um conceito inócuo. Alguém pode, por exemplo, afirmar-se titular de uma pretensão e ficar demonstrado, pelo desenrolar da discussão em juízo, que sua pretensão não tem fundamento; nesse caso, não será concedido o direito alegado por ele. Dessa forma, do ponto de vista material, esse alguém não poderá ser considerado parte, não obstante, do ponto de vista processual, o entendimento ser diverso, visto que independe de ser ter ou não razão aquele que se disse titular da pretensão, para ser considerado parte na relação processual.

Apesar da evolução da ciência processual ainda se vê, no próprio CPC Brasileiro, resquícios dessa antiga noção privatística da qual o direito processual vem tentando se desvencilhar. Exemplo destes vestígios pode ser conferido, no exame do artigo 588 do CPC, que dá o nome das partes no processo de execução, utilizando as expressões 'credor' e 'devedor', as quais só têm sentido concreto no direito material. Haja vista que o devedor (direito material) poderá ser o autor (direito processual) num procedimento pelo qual pretenda desobrigar-se da dívida; então melhor teria feito o

legislador se denominasse exequente e executado, para designar as partes do processo desta natureza.

CARNELUTTI comunga os dois sentidos, dizendo que partes são sujeitos da lide (partes em sentido material), as quais se tornam sujeitos processuais (partes em sentido processual) quando instaurada a relação processual (*apud.* FREDERICO MARQUES, *Instituições...*, 2000, p.146). *Data venia*, essa tentativa de comunhão também parece limitada, uma vez que se pode falar em sujeito ou parte, na ação processual sem correspondente de direito material (como nos casos em que a substituição processual se efetiva de forma originária, ou seja, desde o nascimento do processo, por exemplo).

O que não se pode negar, é que “*o sentido (e escopo) do direito processual vigente foi posto em relevo, desde ADOLF WACH (Handbuch, I, 11), como independente daquilo que têm por fito as partes; portanto, acima do próprio intuito de pacificação*” (MIRANDA, *Comentários...*, 1997, prólogo, p. XVII).

A propositura da ação faz nascer o processo e, com a citação válida, forma-se a relação jurídica processual, a qual ficou provada pelos estudos de DEGENKOLB, PLÓSZ e WACH, que se trata de relação de direito público, não cabendo insistir dar sentido material aos participantes desta relação, que por ter sido levada a juízo, já se tornou de natureza pública. Por isso o conceito de parte deve ser encarado como fenômeno exclusivamente processual.

A busca da expansão dos conceitos basilares do Direito esbarram na necessidade de harmonia sistemática entre as ciências autônomas que o compõem, e, em especial, com aquelas regras fundamentais que o norteiam, quais sejam, aquelas de Direito Constitucional.

O acesso ao processo, regulamentado pelo Direito Processual, deve ser compreendido mais como uma garantia do que como um direito, apesar de direito também o ser. Essa concepção faz parte do entendimento constitucional nacional já de algum tempo. Conforme abordagem feita no capítulo anterior, ao menos a partir de 1946, reincidindo na Constituição de 1967, com a Emenda de 1969, e na de 1988.

Na relação entre sujeitos, em que um deve uma prestação negativa ou positiva que o outro pode exigir, inicialmente prevalecia o 'princípio da autonomia da vontade'. Entretanto, o direito passou a ser concebido num sentido mais amplo, e inspirado nas idéias de DURKHEIM, passa a prevalecer nas relações 'o princípio da solidariedade social' como fundamento da norma social (*La division du travail social*, 1891, *apud* GONÇALVES, *Técnica...* 1992, p. 79, nota de rodapé nº 118).

Vê-se, assim, que o Direito contemporâneo privilegia o princípio da solidariedade social, deixando para as páginas da história o princípio da autonomia da vontade; isso se reflete inclusive nas regras de direito processual, como ramo do Direito Público que é.

Então, se é objetivo teleológica do processo a paz social, não se tem mais como proceder a julgamentos voltados para a satisfação individual. Por outro lado, a função pacificadora do processo existe, mas é mediata; imediata é a função realizadora do direito objetivo, aplicando-se, através do processo, a regra jurídica ao caso concreto.

"Toda regra social torna-se norma jurídica quando penetra na consciência da massa de indivíduos, componentes de determinado grupo social, a noção de que o grupo pode intervir, ou o próprio grupo ou aqueles que detêm a força mais concentrada dentro dele, para reprimir a violação daquela regra" (LEÓN DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, Éditeurs, 1927, v. I, pp.65-116, *apud*. GONÇALVES, *Técnica...* 1992, p.79, nota de rodapé nº 118).

Talvez não fosse demais afirmar que, a partir das idéias supracitadas por DUGUIT, as quais obviamente sofreram críticas e rejeições na época de seu lançamento, fundamentam-se as bases do Direito Contemporâneo. Ocorrendo que, a estreiteza e a limitação das concepções privatísticas tradicionais, apesar de reinarem por longo período de tempo, hoje estão superadas, o que facilitou sua substituição no campo doutrinário, uma vez que já desempenharam seu papel como supedâneo à dinâmica processual.

Assim, verificada a necessidade de afastar conceitos privatísticos da doutrina processual, também esse fato se reflete na evolução do conceito de 'parte', o que traz conseqüências de ordem interpretativa a respeito de sua natureza, além de

ampliar, significativamente, a possibilidade de sua atuação por meio de entidades que ajam em favor de grupos de pessoas.

Pode-se dizer, no campo do direito processual, que no século XX se principiou a adoção da convicção de que deve vir primeiro a preocupação com a realização do direito objetivo, e não a composição das partes. Tal descoberta resultou da maior atenção prestada aos fatos, por parte de pessoas que já podiam ver a antítese “estatal” à tese “individualista”, a partir do começo do século XIX (MIRANDA, *Comentários...*, 1997, prólogo, p. XVIII). E hoje, no século XXI, pode-se verificar que o conceito de parte está, mais do que nunca, vinculado à noção de coletividade.

De regra se diz que a relação jurídica processual se forma entre os sujeitos principais do processo: juiz, autor e réu, numa relação triangular, na qual esses se encontram vinculados reciprocamente. Estes sujeitos podem ser interessados (parciais) e desinteressados (imparciais-juiz) na lide. Partes são os sujeitos parciais da relação jurídica processual (CARNEIRO, *Intervenção...*, 11ª ed., 2000, p.3).

“São aqueles que ‘lutam’, buscando fazer prevalecer o interesse que defendem em juízo” (RODRIGUES, *Elementos...*, 1998. v.1, p.186.). Assim, a ação das partes (parciais) postula a jurisdição do juiz (parte imparcial - Estado) e todos eles postulam o processo, que tem por objetivo a justa composição da lide, aplicando-se o direito objetivo.

PONTES DE MIRANDA afirma que partes são

“os pólos ativo e passivo da relação jurídica processual em ângulo, ou da relação jurídica processual em linhas, convergindo para o Estado, como se dá na pluralidade subjetiva das ações em ângulo”, a citação do réu perfaz a dita relação, completando-se a angularidade necessária (Comentários ao..., 1997, t. I, p. 215).

Já CHIOVENDA considera parte *“aquele que demanda em seu próprio nome a atuação de uma vontade da lei, e aquele em face de quem essa atuação é demandada”* (*Instituições de direito...*, 2000, v. II, p. 278)

PIERO CALAMANDREI entende que:

“La cualidade de parte se adquire, com abstracción de toda referencia ao derecho substancial, por el solo hecho, de natureza exclusivamente procesal, de la proposición de una demanda ante el juez; la persona que propone la demanda, y la persona contra quien se la propone, adquierem sin más, por este solo hecho, la cualidade de partes del proceso que com tal proposición se inicia, aunque la demanda sea infundada [...] circunstancia que poderá tener efecto sobre el contenido de la providencia”⁴⁴ (Instituciones de..., s/d, v.2, p.297, apud. SIQUEIRA, A defesa no..., 1997, p. 107).

Para MONACCIANI, citado por FREDERICO MARQUES (*Instituições...*, 2000, p.147-148):

“ser parte significa encontrar-se na situação formal mais genérica do processo. 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. A posição de parte se adquire pelo fato de figurar alguém em seu próprio nome, em uma causa, como sendo aquele pelo qual ou contra o qual se pede a decisão do juiz” (Azione e legittimazione, 1951, pp. 246 e 248).

Na doutrina alemã, também se verifica a preocupação de se conceituar ‘parte’ exclusivamente sobre dos parâmetros processuais: *“partes são aquelas pessoas que solicitam e contra as quais se solicita, em nome próprio, a tutela jurídica estatal”* (LEO ROSENBERG, *Tratado de derecho processual civil*, t. 1, p. 211, apud. SIQUEIRA, A defesa no..., 1997, p.107).

E para ADOLF SCHÖNKE, *“partes são as pessoas por quais ou contra as quais se pede em nome próprio a tutela jurídica”* (*Derecho procesal civil*, 1950, p. 85, apud. SIQUEIRA, A defesa no..., 1997, p.107). Na doutrina comparada, alguns outros nomes se destacam como adeptos também a esta concepção do termo ‘parte’⁴⁵.

⁴⁴ Trad.: “A qualidade de parte se adquire, com abstração de toda referência ao direito substancial, por este só feito, de natureza exclusivamente processual, da proposição de uma demanda ante o juiz; a pessoa que propõe a demanda, e a pessoa contra quem se a propõe, adquirem sem mais, por este só feito, a qualidade de parte do processo que com tal proposição se inicia, ainda que a demanda seja infundada [...] circunstância que poderá ter efeito sobre o conteúdo da providência”

⁴⁵ Na portuguesa: ARTUR ANSELMO DE CASTRO, *Direito processual civil declaratório*, v. 2/98, nº 41; VARELA-BEZERRA-NORA, *Manual...*, nº 37, p.101. Na doutrina espanhola: ANDRES DE LA OLIVA SANTOS, *Lecciones...*, v. 2/122. Na doutrina italiana: MICHELI, *Diritto processuale civile*, v. 1/171, nº 49;

É oportuno traçar aqui a compreensão renovada de ELIO FAZZALARI ao conceito de ação, o qual passa pela idéia de legitimação para agir, caindo na abordagem que ora se pretende a respeito do conceito de parte dentro da sistemática do direito processual contemporâneo.

Para esse autor, o “conceito de ação” ainda é útil, enquanto que a idéia de “relação jurídica processual” deve ser de todo repudiada (FAZZALARI, *Istituzioni di diritto...*, 1994, p.99).

FAZZALARI repudia o entendimento do processo como relação jurídica e reelabora o conceito de ‘direito de ação’; para tanto, toma como critério a legitimação para agir, que não pode ser concebida como atribuída apenas ao autor, antes se estendendo a todos os sujeitos do processo.

*“Entretanto, a legitimação para agir, trabalhada pelo Direito Processual Civil, é espécie do gênero legitimação, que é um conceito geral do Direito, e é por esta base que desenvolve o argumento, no qual procede o reexame da ação.” A legitimação em gênero é contemplada por FAZZALARI sob um duplo aspecto: o da “situação legitimante” e o da “situação legitimada”. (GONÇALVES, *Técnica...*, 1992, p.144).*

FAZZALARI explica seu ponto de vista doutrinário da seguinte forma:

“Chiamiamo situazione legittimante il punto di aggancio della legittimazione ad agire, fuor di metafora la situazione in base alla quale si determina qual’è il soggetto che, in concreto, può e deve compiere un certo atto, e situazione legittimata il potere, o la facoltà, o il dovere – o una serie dei medesimi-che, di conseguenza, viene a spettare al soggetto individuato, val dire il contenuto della legittimazione, ciò in cui essa consiste”⁴⁶ (Istituzioni..., 1994, p. 314).

CRISANTO MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, Turim, 1975, v. 1/158, nº 44; ANDREA PROTO PISANI, *Parte nel processo*, p. 917-942; todos autores pesquisados por ARAKEN DE ASSIS, *Manual do processo de execução*, 2001, p.223.

⁴⁶ Trad.: “Chamamos de situação legitimante o ponto de ligação da legitimação para agir, sem metáfora a situação baseada naquela em que se determina qual é o sujeito que, na verdade, pode e deve cumprir um determinado ato, e a situação legitimada o poder, ou a faculdade, ou o dever ou uma série dos mesmos – que, conseqüentemente, refere ao sujeito individualizado, vale dizer o conteúdo da legitimação, naquilo que ela consiste”

Para FAZZALARI, a situação legitimante é uma situação constituída, perante a qual um poder, uma faculdade ou um dever são conferidos ao sujeito, e permite a indicação de quem pode atuar como sujeito em um processo concretamente considerado. Essa *“situação legitimante da parte é constituída por dois elementos logicamente encadeados: o da medida jurisdicional requerida e o dos sujeitos que serão por ela alcançados, que sofrerão seus efeitos”*.

Assim é que se observa que a concepção de parte tem sua origem deslocada do pedido (aquele que pede) para o destinatário do provimento, tendo, por isso, as partes (autor e réu, partes ativa e passiva respectivamente), garantia de participação no processo, uma vez que poderá ser seu o patrimônio alcançado por esse provimento, favorável ou não ao pedido (GONÇALVES, *Técnica...*, 1992, p.147).

Partindo desse entendimento contribuiu FAZZALARI, alertando a doutrina quanto à necessidade de renovação também do conceito de processo.

Conclui assim o Professor AROLDO PLÍNIO GONÇALVES a respeito do assunto:

*“Na concepção de processo como procedimento realizado em contraditório entre as partes, renova-se, também, o conceito de ação como série de “posições subjetivas compostas”, atribuída às partes, no processo, em todo o curso do processo, em correlação com a atividade do juiz, no exercício da função da jurisdição” [...] Ação e Função: o agir no processo, no curso do processo, com as garantias do processo e sob a disciplina do processo, em uma situação de legitimação” (GONÇALVES, *Técnica...* 1992, p.194).*

Atualmente só é possível efetivar o processo, considerando o seu conceito renovado, que com cientificidade foi investigado e sistematizado por FAZZALARI, qual seja, aquele conceito que compreende o processo como um procedimento realizado em contraditório entre as partes, do qual poderá emanar uma sentença participativa, e por isso mesmo mais próxima da justiça.

Na verdade, apenas as pessoas que participam no processo como elementos componentes da controvérsia deverão ser designadas como partes, reservando para os demais que atuam no processo, não como integrantes da lide, a denominação de terceiros. Esse esclarecimento e verificação é de muita importância, uma vez que só as

partes serão atingidas pela coisa julgada, nunca os terceiros que hajam participado da relação processual (BAPTISTA DA SILVA, *Teoria geral...*, 2002, p.135-137).

Não se pode ter um conceito restrito de parte, como sendo aquele que pede contra outro uma determinada consequência legal, restringindo-se tal conceito apenas ao processo contencioso. Se entretanto, entender-se como ‘partes’ aqueles que participaram como sujeitos da relação processual, “*não seria impróprio dizer que o tutor ou o curador do incapaz foram ou são partes no pedido de venda ou arrendamento de bem de incapaz*” (BAPTISTA DA SILVA, *Teoria geral...*, 2002, p.140). Embora não sejam estes os destinatários dos efeitos do provimento final.

Outra consequência do conceito de parte ser considerado fenômeno exclusivamente processual, e, portanto, formal, refere-se ao fato de que não terá a menor influência, para sua determinação, a circunstância de ser, a pessoa que formula o pedido ao juiz, ou não ser, realmente, titular da relação de direito material descrita por ele como existente. Sobre o tema, leciona FREDERICO MARQUES:

“Deve-se reconhecer a posição de parte a todo aquele que formula uma pretensão e pede a aplicação jurisdicional do Direito, independentemente da indagação sobre a existência de legitimatio ad causam ou sobre a existência do direito material em que descansa a referida pretensão” (MARQUES, *Instituições...*, v. II, 2000, p.147).

Assim o é, visto que, só a partir da formação da ação, e já dentro do processo, que se examinará a questão da legitimidade como um gênero, incluindo entre suas espécies a legitimação para a causa, para o processo e para postular em juízo, e as demais possibilidades de atuação no processo, previstas pela lei.

Pelo que foi exposto, pode-se afirmar, na esteira do pensamento de RIBEIRO DE VILHENA, e com certa perplexidade, que o conceito de parte, como a própria doutrina ensina, revela-se, na verdade, “*provisório, contingente ou meramente inaugural*” considerado em sua acepção processual ou formal, conceito este que deve prevalecer. Não se pode dizer, em termos absolutos, quem realmente foi ou não foi parte no processo, a não ser após seu encerramento (*Direito e processo...*, 1994, p.396).

Entretanto, alguns autores não fazem distinção entre legitimidade para a causa e legitimidade para o processo, insistindo na vinculação do direito processual com direito material.

“A legitimidade de parte indica a posição desta no tocante à lide ou pretensão, posição que dá ao sujeito processual o direito à prestação jurisdicional invocada com o julgamento do litígio deduzido. [...] A legitimação implica uma comparação entre a lide e o poder de estar em juízo e o de ser parte, visto que a legitimatio ad causam é a idoneidade da pessoa para figurar como sujeito processual, tendo em vista uma relação de direito material” (MARQUES, *Instituições...*, 2000, v. II, p. 148-149).

Em geral a doutrina, ao se referir a este tema, faz uma distinção, e ao mesmo tempo uma equivalência, entre as expressões: capacidade de ser parte numa lide, equivalendo, tal capacidade, à *legitimatio ad causam*; a capacidade para estar em juízo, como equivalente à *legitimatio ad processum* e a capacidade para a prática dos atos processuais, equivalendo ao *ius postulandi*.

Essas três categorias de capacidade são denominadas de pressupostos processuais referentes às partes por AMARAL SANTOS (*Primeiras linhas...*, 1993, p.347), assim como pela maioria dos doutrinadores nacionais⁴⁷.

No entanto, algumas questões em torno desse estudo permanecem dissonantes na doutrina processual até os dias de hoje, apesar da inegável evolução da ciência processual.

Primeiramente, quanto ao fato de todas as espécies de legitimação serem consideradas pressupostos processuais. Esse entendimento não é exclusivo, havendo aqueles que, inicialmente, não consideram que a *legitimatio ad causam* possa ser classificada como pressuposto processual, e sim “*elemento do fundo da demanda (mérito), como a prescrição (exceção!), razão por que há de ser julgada improcedente, se tal legitimação faltar à ação proposta*” (MIRANDA, *Comentários...*, 1997, prólogo, p. XXVI).

⁴⁷ THEODORO Jr., *Curso de...*, 1999, v. I, p59-60; CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, *Teoria geral...*, 1996, p.291-292; CARNEIRO, *Intervenção...*, 2000, p.11, diferenciando a capacidade de ser parte (aptidão

Também defendem tal interpretação WAMBIER, ALMEIDA e TALAMINI, ao afirmarem que

“a legitimidade é condição da ação, e não pressuposto processual. As condições da ação consubstanciam-se numa categoria muito mais próxima ao mérito, cuja existência e regularidade devem ser examinadas pelo juiz depois dos pressupostos processuais” (Curso avançado..., 1999, p. 222)⁴⁸.

Em segundo lugar, também, entendendo-se esse tipo de legitimidade como ‘condição da ação’, pode haver dissonância entre legitimidade para a causa e legitimidade para o processo, sem que isto, entretanto, inviabilize-o, conforme já mencionado anteriormente.

“O normal, no sistema do CPC, é que aquele que tem legitimidade para a causa tenha, exatamente por isso, a legitimidade processual. Só excepcionalmente, e por disposição legal expressa, pode-se fazer essa dissociação, atribuindo-se a pessoas diferentes a legitimidade ad causam e a legitimidade ad processum. [...] Exemplo expressivo da dissociação de ambas as figuras é o do art. 42, do CPC: alienada a coisa litigiosa no curso do processo, ainda que aquele terceiro que a adquiriu fosse aquele que devesse figurar no pólo passivo, por causa do princípio da perpetuatio jurisdictionis, remanesce réu aquele contra quem a ação foi originalmente proposta, que só tem, depois da alienação, legitimidade ad processum” (WAMBIER, ALMEIDA E TALAMINI, Curso avançado..., 1999, p.222).

E, por fim, existem ainda doutrinadores que não entendem ser equivalentes as expressões ‘capacidade’ e ‘legitimidade’. Todavia, é comum se ver, na doutrina processual, a sobreposição dos conceitos de capacidade processual e legitimidade processual⁴⁹, e das demais formas de capacidade, conforme se observou acima, e tal confusão, para alguns estudiosos do tema, não deveria ocorrer.

para praticar os atos jurídicos processuais) em relação à *legitimatío ad causam* (coincidência em tese entre a pessoa do autor e a pessoa a quem a lei atribui, em tese, a titularidade da pretensão).

⁴⁸ Nesta mesma obra, tais autores classificam como pressupostos processuais de validade, além da petição inicial apta e de órgão jurisdicional competente, a CAPACIDADE de ser parte e a de estar em juízo. E a CAPACIDADE postulatória entre os pressupostos de existência, ao lado da petição inicial, jurisdição e citação (1999, v. 1, p.206).

⁴⁹ CARNEIRO, *Intervenção...*, 2000, p.17: “A *Legitimatío ad processum*, isto é, a capacidade de exercício dos atos jurídicos processuais...”

Capacidade é sempre a atribuição de uma qualidade pelo direito de uma pessoa, em função de suas características pessoais; enquanto a legitimidade se origina de circunstâncias exclusivamente jurídicas, sendo aquela, em princípio, atribuída em caráter declaratório, e esta, em caráter constitutivo (ARMELIN, *Legitimidade para...*, 1979, p.18).

Outro autor, reafirmando este entendimento, diz ser traço diferenciador o fato de que:

“na capacidade, apreciam-se as qualidades do sujeito em si, e na legitimação, as qualidades do sujeito em relação a um objeto ou a outros sujeitos.[...] Na capacidade, o pressuposto estabelecido com abstração do ato; na legitimação, ao revés, em função dos objetos, sujeitos e campo de interesses em que o ato incide” (MARQUES, *Instituições...*, 2000, v. II, p.149).

Comunga desta opinião também: LUIZ WAMBIER, FLÁVIO DE ALMEIDA e EDUARDO TALAMINI, transcrevendo, em obra conjunta, da seguinte forma.

“A capacidade é pressuposto processual positivo de validade. [...] Trata-se de conceito do tipo intransitivo, ou seja, que prescinde de complemento. Pode-se dizer que A é capaz, sem que se explique para quê, já que a capacidade confere a A aptidão absolutamente genérica. [...] Diferentemente ocorre com a legitimidade, que é conceito por excelência transitivo e reclama um complemento. Isso significa que, quando se diz que B tem legitimidade, essa sentença carece de sentido se não se esclarece para quê. [...] Tem-se legitimação com relação a um sujeito e a um objeto, ou seja, a uma relação jurídica. A legitimidade, portanto, não pode ser aferida em abstrato, mas única e exclusivamente em função de um contexto. Diferentemente ocorre com a capacidade: o juiz, sem nem mesmo conhecer a lide, tem condições de aferir se a parte tem capacidade ou não. No entanto, desconhecendo o pedido, não há como saber se a parte tem ou não tem legitimidade” (Curso avançado..., 1999, p. 221-222).

Segundo a lição de TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER:

“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, e § 2) 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 processual outorga a alguém a possibilidade de exercer concretamente sua capacidade processual, em relação a determinada situação” (ALVIM WAMBIER, Nulidades..., 1997, p.35).

Sugere, a citada doutrinadora, mais adiante, que se deve, por coerência, se referir à capacidade postulatória, não como ‘capacidade’, genericamente, mas como legitimidade postulatória, como pressuposto processual de existência, visto que a habilitação do advogado para a causa depende de procuração do autor, portanto, só assim estaria ele legitimado em face da situação concreta (ALVIM WAMBIER, *Nulidades...*, 1997, p.37).

Assim, pode-se dizer que qualquer bacharel habilitado com carteira profissional, atendendo a todos os critérios determinados pelo Estatuto do Advogado, tem capacidade postulatória. Entretanto, a legitimidade para atuar em uma determinada causa só lhe seria conferida mediante procuração da parte para representá-la em juízo, naquele caso.

Ainda que se possa estabelecer diferença entre os termos ‘capacidade’ (como fenômeno inerente a qualquer pessoa: física, jurídica ou formal, em conformidade com os requisitos determinados na lei civil) e ‘legitimidade’ (como fenômeno exclusivamente processual, sempre relacionado a uma determinada demanda, e que pressupõe as respectivas capacidades cíveis (autor, réu e mandatário)), o que importa é a utilização desses termos de forma tecnicamente correta.

Então, ao se referir genericamente aos pressupostos processuais, cabe bem o uso do termo capacidade; no entanto, ao se discutir sobre uma determinada demanda, vê-se a necessidade de se falar do exame da legitimidade de seus participantes, uma vez que a capacidade, tanto para ser parte, quanto para estar em juízo, e também a postulatória, deveriam ser inerentes aos que já integraram a demanda, como autor, réu e advogados deles. Aí, neste caso, conforme abordagem feita anteriormente a respeito do conceito dos termos ‘pressuposto processual’, ‘requisito’ e ‘condição’, não seriam de todo criticável afirmar, então, que a legitimidade, em suas variações, não pode ser

enquadrada entre os pressupostos, visto que a própria lei processual lhe qualifica de condição da ação (art. 267, VI, do CPC); só poderia assumir o rótulo de “*requisito de admissibilidade da demanda*” (ROSENBERG – SCHWAB, *Ziviprozessrecgt*, § 46, p. 215-216, *apud*. ARAKEN DE ASSIS, *Manual do processo...*, 7. ed., 2001, p.224).

Restringindo-se a análise às partes parciais no processo e seus mandatários, quanto à capacidade ou legitimidade postulatória, pode-se ainda dizer que esta é reservada àqueles que se prepararam academicamente para exercer o ofício que os habilita a falar em nome das partes no processo, mediante uma procuração por estas outorgada, tendo em vista a complexidade da técnica de abordagem das questões levadas ao juízo, e das inúmeras dificuldades da mesma ordem que podem surgir no curso do processo.

Conceitua bem a capacidade postulatória ADOLFO SCHÖNKE (*Derecho procesal civil*, 1950, p.91, *apud*. MARQUES, *Instituições...*, 2000, p.166) como a “*capacidade de realizar atos processuais com eficácia jurídica*”. E ainda, como a capacidade de “*dar a expressão devida a esses atos*”, a fim de que não falte às partes a assistência técnica devida.

A partir da Constituição da República de 1988, mais do que uma necessidade técnica, a capacidade daquele que postula em juízo tornou-se garantia assim prevista no artigo 133, deste diploma: “*O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei*” (e Lei 8.906/94, Estatuto da Advocacia e da OAB).

Já a capacidade de ser parte é aquela determinada pela capacidade jurídica, ou de gozo, regulada pelo direito civil, abrangendo às pessoas naturais, jurídicas e formais (certas massas patrimoniais como espólio, massa falida e herança jacente ou vacante), estando as regras de reconhecimento desta capacidade estipuladas entre os artigos 2º, 3º e 4º do Código Civil de 2002, além do artigo 12, itens III, IV e V do Código de Processo Civil de 1973.

No que se refere à capacidade de estar em juízo, esta não se identifica com a capacidade de ser parte, antes esta é o seu pressuposto. Todavia, uma pessoa capaz de

ser parte pode não estar processualmente legitimada, não tendo, por isso, capacidade de estar em juízo. É o que se dá com os loucos de todos os gêneros e com os menores de 16 anos, por exemplo.

É importante lembrar também que, se não existir a capacidade processual por parte dos integrantes da lide, geralmente, haverá possibilidade de ser esta integrada, conforme disposição legal, evitando-se, com isso, possíveis barreiras no acesso ao Judiciário, acarretadas pela falta de legitimidade para agir no processo. Este assunto será tratado mais adiante.

No direito processual civil espanhol, afinado quanto à matéria com o direito brasileiro, faz-se interessante a abordagem neste ponto, no que se refere à doutrina contemporânea, quanto à capacidade de ser parte conferida a outros entes sem personalidade jurídica, levando-se a concluir que a personalidade não é necessariamente pressuposto da capacidade de ser parte. Dito de outro modo: *“actualmente no puede ya afirmarse que la capacidad para ser parte es la transposición procesal de la personalidad jurídica”* (SAMANES ARA, *Las partes en el...*, 2000, p.13).

Pode isso ocorrer, conquanto a lei assim determine, e a lei espanhola equipara às pessoas jurídicas, entre outros entes, o grupo de consumidores e usuários afetados por um eixo danoso, quando os indivíduos que o compõem estejam determinados ou sejam facilmente determinados (SAMANES ARA, *Las partes en el...*, 2000, P.19).

No direito processual civil brasileiro, igual interpretação pode ser feita, uma vez que o artigo 12, inciso VII do CPC, entre outros diplomas legais, prevê a representação em juízo, ativa e passivamente, inclusive às sociedades sem personalidade jurídica, através da pessoa do administrador de seus bens.

A doutrina, ao falar de capacidade processual, aborda também o sentido de ‘parte legítima’ como sendo:

“aquela que tem direito a uma decisão sobre o mérito. Trata-se de conceito situado entre o de parte no sentido processual e o de parte vencedora. Parte é todo aquele que aparece como sujeito processual com direito a um pronunciamento qualquer

do órgão jurisdicional; enquanto que parte vencedora é aquela que obteve decisão definitiva (id est sobre o mérito) favorável a seus interesses. Figura, porém, como parte legítima a pessoa que tem direito a uma decisão sobre o meritiu causae, qualquer que ela seja (favorável ou desfavorável)” (LUIGI MONACCIANI, pp. 261-266, apud. FREDERICO MARQUES, Instituições..., 2000, v. II, p. 148).

É relevante lembrar, ainda neste ponto, quanto às partes equiparadas ou consideradas como tal, ou seja, aquelas as quais se conferiu tal posição frente à situação legitimante, e que participaram do procedimento em contraditório, da sua formação até o provimento final.

No âmbito processual civil, ainda que eventualmente, é possível se falar da ocupação de posições atuantes no processo, além das de autor e réu, que seriam as formas ordinárias de atuação.

Fala-se, aqui, de outras formas de atuação como a dos litisconsortes, dos intervenientes, do Ministério Público, abrangendo, ainda, possíveis fenômenos processuais que podem afetar as prerrogativas das partes, como ocorre com o revel e com aquele que ocupa a posição conferida pela ‘legitimação extraordinária’, especialmente, todas estas situações previstas na lei processual.

Sem se aprofundar em todos os temas acima mencionados, sob pena de se estender em demasia o assunto em foco, apenas se tratará aqui, quanto à parte revel ‘substituída’(representada) pelo Ministério Público ou advogado dativo; e sobre a doutrina da ‘legitimação extraordinária’ em geral, considerando especificamente o fato de que poderá também estar a cargo do Ministério Público como parte legítima, na posição de substituto processual dos prejudicados (representante para outros), em especial, nas ações denominadas coletivas. Além daqueles casos em que a substituição processual (legitimação extraordinária) ocorre no curso do processo, pela transmissão da coisa ou direito em litígio.

Inicialmente, há de se observar que, quanto ao revel, dentro da sistemática atual, não resta senão considerar revogado o artigo 322 do Código de Processo Civil⁵⁰, de 1973, em conexão com a Constituição da República de 1988, em seu artigo 5º, LV, por contrariar o princípio constitucional do contraditório e ampla defesa. Elevado à categoria de garantia, o acesso ao Judiciário sob a proteção do 'devido processo legal', não seria de se admitir, diante à falta do contraditório e da ampla defesa, o julgamento e posterior condenação do revel (GONÇALVES, *Técnica...*, 1992, p.148-149).

A revelia pode se dar por diversas circunstâncias, mas a incidência de seus efeitos (artigo 302 e 319 CPC/1973) é que pode comprometer a legalidade do processo. A previsão legal de presunção de veracidade dos fatos não impugnados pelo réu derruba sobre esse o ônus de sua defesa; entretanto, se não estiver informado de que contra ele corre demanda judicial, como poderá se defender? Nesse caso específico encontra-se parte do tema que aqui se pretende discutir, visto que a própria lei processual determina a substituição processual daquele réu que se tornou revel, tendo sido citado por edital ou hora certa, considerando-se incerta tal citação quanto ao seu objetivo específico.

Assim, prevê a lei, para a defesa do réu que se tornou revel nestas circunstâncias, que será nomeado curador especial (artigo 9º, II do CPC 1973). Configura-se esta situação jurídica uma espécie de legitimação que o órgão do Ministério Público poderá assumir quando intervém em favor desse réu revel.

Quanto à 'legitimação extraordinária' propriamente dita, tema relevante nessa pesquisa, o Professor AROLDO PLÍNIO GONÇALVES, citando a doutrina também de FAZZALARI, ressalta a importância deste estudo, não por constituir inovação, mas pelos efeitos sociais que podem se dar, tendo em vista medidas jurisdicionais em processos recentemente regulados (GONÇALVES, *Técnica...*, 1992, p.148).

Complementando o estudo sobre o conceito de parte, será interessante traçar os princípios processuais inerentes às partes, considerando que estas têm os mesmos

⁵⁰ Artigo 322 do CPC: 'Contra o revel correrão os prazos independentemente de intimação. Poderá ele, entretanto, intervir no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontra'.

direitos processuais e as mesmas garantias, mas, têm também os mesmos deveres, e tal fato reflete o princípio constitucional básico de que ‘todos são iguais perante a lei’.

Assim, como sujeitos parciais da relação processual, as partes têm direitos e deveres, os quais devem ser regidos pelos princípios, tanto de ordem constitucional, quanto de índole processual, que estão enumerados a seguir.

2.5. Princípios Processuais e Constitucionais Relativos às Partes Parciais do Processo.

Do seu conceito formal ou processual emanam algumas diretrizes para se identificar os princípios processuais relativos à ‘parte’, e, pela doutrina⁵¹ em geral, são apontados, pelo menos, quatro: o princípio da dualidade de partes; o da igualdade das partes e os princípios do contraditório e da ampla defesa.

A esses três, acrescenta ABELHA RODRIGUES o princípio da probidade processual, pelo qual a parte terá o dever de agir de forma clara, com verdade, lealdade e boa-fé (artigo 14 do CPC), tendo o magistrado o dever de ofício à condenação do litigante de má-fé (artigo 273 do CPC) (RODRIGUES, *Elementos...*, 2000, v. I, p.229-230).

Estudando a etimologia da palavra ‘princípio’, verifica-se consistir este, segundo DESCARTES, na busca das causas primeiras,

*“e estes princípios devem ter duas condições; uma, que sejam tão claros e evidentes que o espírito humano não possa duvidar de sua validade [...]; a outra, que seja deles que dependa o conhecimento das outras coisas, de sorte que possam ser conhecidos sem elas, mas não reciprocamente elas sem eles” (Princípios da filosofia, prefácio)” (apud. JAPIASSÚ ET MARCONDES, *Dicionário...*, 1996, p.220-221).*

⁵¹ AMARAL SANTOS, *Primeiras linhas...*, v. I, p. 343-344; FREDERICO MARQUES, *Instituições...*, v. II, p.149-151; GUSMÃO CARNEIRO, *Intervenção...* p. 9-10, OLIVEIRA JÚNIOR, *Curso de...*, v. I, 1973, p.213; por exemplo.

Pelo princípio da dualidade, há a necessidade da presença de duas partes distintas completando a angularidade necessária à formação da relação processual; decorre daí a necessidade de tratamento igual perante a lei para ambas as partes (artigo 125, I do CPC). Não constitui, entretanto, afronta a tal princípio, o disposto no artigo 188 do CPC Brasileiro, quanto à contagem de prazo em quádruplo para responder e em dobro para recorrer, em se tratando da Fazenda Pública e do Ministério Público, tendo em vista que, os desiguais também precisam ser tratados, considerando tal característica, ou seja, as dificuldades decorrentes da burocracia administrativa que envolve tais entidades. Assim, *“a regra básica da igualdade das partes é, portanto, regulada mediante normas procedimentais adequadas à posição da parte e à natureza do processo”* (CARNEIRO, *Intervenção de...*, 2000, p. 8-9).

De acordo com o princípio da dualidade, em todo processo há sempre duas partes pelo menos (autor e réu), podendo, entretanto, acontecer que vários autores e vários réus estejam juntos num mesmo processo, dando lugar à formação do litisconsórcio (ativo ou passivo, conforme o pólo ocupado pela pluralidade de partes, ou haver pluralidade em ambas as posições). O que deve existir é a distinção entre as partes, conforme afirma ROSENBERG, citado por OLIVEIRA JÚNIOR. *“Não se concebe que alguém litigue contra si mesmo, nem sequer como representante de outra pessoa ou como litisconsórcio ou interveniente adesivo de seu próprio adversário; tampouco ninguém pode executar-se a si mesmo”* (Curso de..., 1973, p.213).

Embora, sempre em posições distintas, autor e réu possam receber denominações diferentes destas, conforme os procedimentos ou ações (executado-exeqüente; reivindicante-reivindicado; requerente- requerido; etc.) em que atuam.

Entretanto, é de se admitir que pode existir relação processual íntegra, sem que haja necessidade de ocorrer a angularidade.

“Apenas na jurisdição voluntária (que, como vimos alhures, não é, na opinião majoritária, uma verdadeira jurisdição) poder-se-á admitir uma relação processual íntegra, embora apenas linear: autor/juiz tão-somente (assim, v. g., quando alguém postula em juízo a retificação de seu nome, inexistindo qualquer outro interessado a ser citado). Na jurisdição

contenciosa, a relação processual torna-se íntegra com a citação do demandado” (CARNEIRO, Intervenção de..., 2000, p. 7).

Quanto ao princípio da igualdade, este assegura aos litigantes o mesmo tratamento processual, sendo a posição jurídica das partes idêntica sob o aspecto formal. Todavia, sob o aspecto qualitativo, esta posição não reflete equivalente igualdade, uma vez que resulta das possíveis posições no processo, vantagens e desvantagens para os litigantes, sem, é claro, que isto constitua qualquer afronta ao princípio da igualdade, conforme já se observou a respeito do prazo para o Ministério Público e Fazenda Pública.

O autor, salvo algumas exceções⁵², escolhe o momento para agir e o foro competente, nos casos dos artigos 94, § 1º, 95, segunda parte, e 107, do Código de Processo Civil, não podendo, jamais, ser condenado a pagar qualquer prestação, exceto as custas e honorários advocatícios, porquanto, “*conforme ensina ROSEMBERG, o direito processual moderno não reconhece mais a iudicia duplicita*” (apud. OLIVEIRA JÚNIOR, *Curso de...*, 1973, p.214).

O réu, por sua vez, tem as vantagens de ser demandado no foro de seu domicílio (art. 94, do CPC), a de falar em último lugar (art. 454 do CPC), e a de ter em seu favor a presunção de encontrar-se no gozo do direito invocado pelo autor, o que acarreta a este a obrigação de provar o que alega (*ei incumbit qui dicit, non qui negat*) (OLIVEIRA JÚNIOR, *Curso de...*, 1973, p.214; AMARAL SANTOS, *Primeiras linhas...*, 1993, p.344).

Por fim o princípio do contraditório, pelo qual se garante a ambas as partes que não serão condenadas sem serem ouvidas (artigo 213, 214 e 302 do CPC), e por isso deve-se, sempre que se fala em contraditório, mencionar também o princípio da ampla defesa.

A ocorrência da defesa, na verdade pode não se efetivar; entretanto, será suficiente a sua oportunidade, para que o contraditório se faça presente, recaindo sobre a parte regularmente citada, o ônus da sua defesa. Não há que se falar em afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa, caso regular e efetivamente citada e/ou

⁵² Artigo 302, incisos II e III do CPC.

intimada, a parte contrária não compareça para contestar as alegações que contra ela foram levadas ao judiciário. Certamente que tal fato prejudicará sua defesa, isto é, se realmente houver fundamento legal para tanto, e se os fatos alegados pela parte contrária não forem devidamente impugnados, se farão aí presentes os efeitos da revelia (art. 319 e 322 do CPC), sempre sob o olhar atento do juiz quanto suas conseqüências (art. 324 do CPC).

Completando-se a compreensão do alcance dos princípios do contraditório e ampla defesa, como fundamentais à atuação das partes no processo, torna-se necessário apresentar sua conceituação mais atual.

DINAMARCO, referindo-se ao contraditório processual, afirma ser indispensável que os atos, tanto do juiz, dos seus auxiliares e da parte contrária devem ser comunicados para possível e adequada resposta e reação da outra parte.

“É indispensável, também, que entre as partes e o juiz se instale no processo um diálogo construtivo, no sentido de melhor instrução daquele para decidir”. Daí porque se compreender, hoje, que *“o princípio do contraditório envolve a triplíce garantia do conhecimento, diálogo e prova. [...] Evitar surpresas para as partes é, também, assegurar-lhes o diálogo e, conseqüentemente, o contraditório processual”* (A instrumentalidade..., 1996, p.305, nº 8)

Inegavelmente, todos estes princípios apontados acima só serão possíveis de ser observados dentro de uma demanda posta em juízo, não se podendo furtar-se, neste ponto, de se mencionar, inicialmente, dois princípios processuais constitucionais, primordiais, apontados na doutrina de ROCHA, também como relativos às partes. São estes: o princípio do acesso à jurisdição (CR/88, art. 5º-, XXXV), como garantia das partes de acesso aos órgão jurisdicionais; e o princípio do devido processo legal (CR/88, art. 5º-, LIV e LV).

“Não basta às partes terem o direito de acesso ao Judiciário. Para que o socorro jurisdicional seja efetivo, é preciso que o órgão jurisdicional observe um processo que assegure o respeito aos direitos fundamentais” (ROCHA, Teoria geral..., 1996, p.51).

Outro importante princípio fundamental do próprio direito processual civil, que dá suporte aos demais, é aquele que representa, em particular, a presença e a atuação das partes na condução do processo, do qual são os maiores interessados, portanto, considerando o conceito atualizado de 'parte'. Refere-se aqui ao princípio dispositivo, que *"diz respeito ao poder que as partes têm de dispor da causa, seja deixando de alegar ou provar fatos a ela pertinentes, seja desinteressando-se do andamento do processo"* (BAPTISTA DA SILVA, *Curso de...*, 2000, v. I, p.63), ou mesmo da propositura da ação em reparo a direito ofendido. O exercício do direito de ação é um poder, mas também uma faculdade da parte.

"Segundo este princípio, o juiz deve julgar a causa com base nos fatos alegados e provados pelas partes (iudex iudicare debet allegata et probata partium), sendo-lhe vedada a busca de fatos não alegados e cuja prova não tenha sido postulada pelas partes. Tal princípio vincula duplamente o juiz aos fatos alegados, impedindo-o de decidir a causa com base em fatos que as partes não hajam afirmado e obrigando-o a considerar a situação de fato afirmada por todas as partes como verdadeira" (BAPTISTA DA SILVA, *Curso de...*, 2000, v. I, p.61).

Este princípio vigora no direito brasileiro como regra fundamental do processo, ou como simples princípio diretivo, sujeito, todavia, à severas limitações previstas pelo legislador, não interferindo, entretanto, tal fato, na sua importância, como forma de viabilizar a participação efetiva das partes quanto ao futuro provimento emanado do juiz incumbido de dar solução ao conflito.

Por outro lado, *"se os direitos não forem reclamados por seus titulares, não há sequer possibilidade do próprio exercício da função jurisdicional"* (PLÍNIO GONÇALVES, *Poder Judiciário*, 1994, p. 30).

Marca-se, pelo exposto, o princípio da iniciativa das partes, que entretanto, assim como o dispositivo, sofre limitação, a qual está contida na regra do artigo 262 do CPC/73, que dispõe sobre o princípio do impulso oficial. Por este último entende-se que, embora o processo só comece por iniciativa da parte, desenvolve-se por impulso oficial, estando nos artigos 130 e 131, do CPC/73, a outorga de amplo poder ao juiz na determinação e avaliação da prova.

Assim, a participação de ambas as partes no processo, em contraditório, com igualdade e probidade, é o que pode garantir o devido processo legal proclamado na Constituição da República do Brasil.

MAURO CAPPELLETTI toca neste assunto em brilhante conferência proferida em Curitiba em 1991, tendo sido esta publicada na Revista Forense. Segundo sua fala, é essencial saber distinguir, quanto à função jurisdicional incorporada pelo juiz, imparcialidade e passividade, devendo este ser imparcial quanto ao conteúdo da controvérsia, mas não com respeito à relação processual.

“Emerge aqui a distinção entre o “princípio dispositivo em sentido substancial ou próprio”, a ser respeitado – deixando exclusivamente às partes a iniciativa de instaurar o processo e de determinar-lhe o conteúdo, a res iudicanda, o que inclui a alegação dos fatos essenciais à determinação da causa petendi – e o “princípio dispositivo em sentido processual ou impróprio”, que, ao contrário, não tem razão de ser, constituindo precisamente obrigação do juiz controlar, repito, o regular, leal, rápido desenvolvimento do processo, com a possibilidade, para tanto, de impor prazos e sanções...”
(CAPPELLETTI, *Problemas de...*, 1991, p.120-121).

Adverte o citado autor sobre a necessidade, nos dias de hoje, de ser o juiz independente, e é por isso que poderá ser imparcial; mas dentro desta independência, que ele seja responsável quanto ao seu papel perante a sociedade. A função social do juiz deverá aparecer refletida no desempenho de suas responsabilidades, que poderá ser de vários tipos: jurídica, penal, administrativo-disciplinar e também civil (*Problemas de...*, 1991, p.127). E às partes será dada oportunidade de participação na formação da decisão do juiz quanto aos seus direitos e interesses.

Até agora apenas se está buscando formar as bases teóricas, por meio da abordagem, dentro da Teoria Geral do Processo, de conceitos, distinções e princípios fundamentais, necessários à posterior compreensão do sentido contemporâneo do instituto da substituição processual.

3. NULIDADES NO PROCESSO E A CAPACIDADE DAS PARTES

Tratando-se da capacidade e suas variações (de ser parte, de estar em juízo e postulatória) de pressupostos processuais, não se pode ignorá-las, como essenciais ao desenvolvimento válido e regular do processo.

A importância é tanta, que existem, dentro das próprias regras processuais, formas de integração de capacidade daqueles que não a possuem, a fim de que não sejam estes barrados no caminho da reparação de injustiça, ameaça ou violação em seus direitos.

A falta de capacidade ou de sua integração poderá trazer conseqüências processuais diversas, conforme relacionem ao autor, réu ou terceiro, e entre estas a decretação de nulidade do processo, quando recair sobre o autor o vício de incapacidade.

Antes porém, de se abordar o tema, necessário se faz, ainda que brevemente, mencionar as regras básicas da teoria geral das nulidades na sistemática processual nacional.

3.1. Aspectos Básicos da Teoria Geral das Nulidades no Processo

O estudo sobre nulidade comporta o conhecimento da evolução de seu sentido na história do direito. VALLE FERREIRA discorre com clareza sobre o tema, fixando, em princípio, uma compreensão fundamental a respeito desse sentido. Diz ele: *“a nulidade nasce sempre da violação da lei, de maneira que devemos sempre concluir pelo caráter negativo do conceito de nulidade”*¹ (FERREIRA, *Subsídios...*, 1963, p.30).

¹ FERREIRA, Valle. *Subsídios para o estudo das nulidades*. In Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, Ano XIV, nº 3 (Nova fase) – outubro de 1963, p. 30.

Assim considerada, pode-se dizer que o entendimento de nulidade não se contrapõe ao de anulabilidade. Continua FERREIRA:

“atos nulos e atos anuláveis são igualmente imperfeitos, padecem de imperfeições mais ou menos graves, mas o certo é que têm a mesma existência irregular e precária. Nesta matéria, em verdade, só se encontram dois conceitos antagônicos: validade e invalidade” (FERREIRA, *Subsídios...*, 1963, p. 30).

Historicamente, falava-se em ‘nulidade de pleno direito’, expressão que, como todo o resto dos institutos de direito processual, sofreu a influência do sistema privatístico herdado do direito romano, e por tanto tempo imperou na doutrina processual.

FERREIRA analisa a evolução desse instituto partindo, como deve acontecer, de suas origens.

“Não há nulidade de pleno jure, tudo porque, mesmo inquinado do vício mais grave, o ato quase sempre conserva uma aparência de regularidade, que só pode ser destituída pela declaração do juiz. Esta presunção de regularidade, este respeito pelas aparências, é um dos grandes princípios da organização civil, cuja aplicação mais brilhante e freqüente, segundo assinalou De Page (I, n° 96), encontra-se na posse, um estado aparente de direito de propriedade, que às vezes é protegido até mesmo contra o versus dominus.

A idéia de uma nulidade radical, ou de pleno direito, é peculiar ao fraseado romano, num tempo em que podia ser invocada a intervenção pretoriana para abrandar os rigores da lei. Assim, ainda formalista ao exagero, embora já em fase de desenvolvimento, o Direito Romano decidia pela nulidade e negava qualquer efeito ao ato jurídico, quando não fossem observados os requisitos da forma que a lei recomendava. Apenas neste caso de desobediência, poder-se-ia questionar a invalidade; fora daí, não se aplicava o princípio da nulidade, mesmo na hipótese de estar o ato inquinado de outro vício ou defeito.

Nesta emergência, consoante informa todos os historiadores, a doutrina romana, para abrandar as soluções rigorosas e radicais do jus civile, então radicais e por isso mesmo contrárias à equidade natural, admitiu que também em outros casos a eficácia dos atos podia ser paralisada pela autoridade do Pretor, uma vez que este costumava conceder as seguintes restrições enumeradas pelos romanistas: ob aetatem, ob dolum,

ob metum, ob errorem. Neste caso, sim, eram espécies de nulidades por via de ação, em oposição às nulidades de pleno direito, também chamadas radicais.

A explicação, assim, parece bem simples: além da nulidade civil, ou legal, que se afirmava de pleno direito e existia desde o princípio, tínhamos a nulidade pretoriana, ou judiciária, porque supunha o exercício de uma ação e sentença. A anulabilidade, portanto, apareceu depois e apenas significa o resultado de um processo engenhoso de proteção, rigorosamente peculiar àquela fase de evolução do Direito Romano” (FERREIRA, Subsídios..., 1963, p.31-32).

Do direito romano passou o sentido de ‘nulidade de pleno direito’ e ‘nulidade por via de ação’ para o direito francês, no qual vigoravam simultaneamente. No período medieval, a França reconhece a distinção entre nulidades de pleno direito e nulidades dependentes de rescisão; assim, quando a norma pertencia ao Direito nacional, sua violação produzia a invalidade do ato, mas se a norma violada era do Direito Romano, “o juiz só podia anular o ato depois que os interessados, mediante pagamento de taxas, conseguissem, da Chancelaria do Rei, a necessária carta de rescisão”. Com a unificação do direito, a distinção perdeu o sentido (GONÇALVES, *Nulidades...*, 1993, p.78).

Dessa forma, a doutrina processual brasileira mais antiga também foi influenciada por essas ponderações. No Código Comercial e no Regulamento 737, viam-se referências freqüentes às nulidades de pleno direito e às nulidades dependentes de rescisão, o que gerou conclusões, por vezes, imprecisas a respeito do tema.

*“O equívoco se reflete na interpretação dos efeitos produzidos pela declaração de nulidade, sendo freqüente a distinção entre nulidade e anulabilidade pela afirmação de que, naquela, o efeito da sentença opera ex tunc, e nesta se produz ex nunc” (GONÇALVES, *Nulidades...*, 1993, p.80).*

Pode-se concluir, do exame do trabalho de VALLE FERREIRA, que no direito moderno não tem lugar a denominada nulidade de pleno direito, uma vez que inexistente a invalidade que decorra diretamente do ato viciado. Ao contrário, é necessário que a validade ou invalidade do ato seja reconhecida por autoridade pública que tenha competência para tanto.

Não é outro o entendimento a respeito do tema apresentado pelo Professor AROLDO PLÍNIO GONÇALVES, em importante e completa obra intitulada “*Nulidades no Processo*”, na qual analisa o instituto dentro da Teoria Geral do Direito e da Teoria Geral do Processo, criticando a idéia de nulidade como consequência jurídica inerente ao ato viciado. Enquadra, este autor, a nulidade no processo, como consequência jurídica situada no quadro das sanções, previstas para o ato praticado em desconformidade com a lei que o rege, consistindo na supressão dos efeitos jurídicos que ele se destinava a produzir (GONÇALVES, *Nulidades...*, 1993, p. 12).

“A nulidade de pleno direito não pode ser concebida de forma coerente no Direito contemporâneo, e é realmente surpreendente que tenha atingido o campo do Direito Processual, onde deveria encontrar a mais forte resistência, porque nega o próprio objeto de que ele se ocupa. Admiti-la é o mesmo que se admitir que o ato se valora a si mesmo, e que a partir dessa valoração desencadeia automaticamente o efeito de se auto-amular. Mas a força da nulidade, como sanção, não está na força do vício. O vício deve ser apreciado por quem detém competência para aferir a validade do ato, para que a nulidade possa ser declarada [...] Qualquer ato existente no processo só se torna ineficaz para operar os efeitos a que estava destinado depois que a decisão judicial sobre ele faz incidir a sanção da nulidade” (GONÇALVES, *Nulidades...*, 1993, p.81-82).

É ainda importante ressaltar que toda sanção jurídica se distingue das sanções de outras formas normativas por ser juridicamente organizada, ou seja, é sempre predeterminada, sendo sua aplicação regulada pela ordem jurídica, que prevê as hipóteses e o procedimento de sua incidência no caso concreto. Entretanto, por razões de política legislativa e de ordem lógica, em algumas hipóteses a sanção da nulidade é prevista caso a caso, visto que, catalogar todos os defeitos possíveis de ato anômalo acabaria por limitar o alcance dos vícios do ato, além de parecer tarefa impossível de ser cumprida. Dessa forma, fala a doutrina em nulidades cominadas (previstas por lei) e outras não-cominadas (caso a caso), mas a lei fixa os critérios gerais em que podem ser alegadas e que justificam sua aplicação (GONÇALVES, *Nulidades...*, 1993, p.16-17).

Não é recente o entendimento da natureza jurídica da nulidade como sanção processual, já escrevia em 1941, HUGO ALSINA: “*la nulidad es la sanción por la cual la ley priva a un acto jurídico de sus efectos normales cuando ensu ejecución no se han*

*guardado das formas prescriptas por aquélla*² (*Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, v. I, p. 718; *apud.* MARQUES, *Instituições...*, 2000, p.368).

Então, HENRI e LÉON MAZEAUD, na tradução de FREDERICO MARQUES completam:

“a nulidade é uma sanção que atinge um ato não-conforme com as condições de validade (de forma ou de fundo) impostas pela regra de Direito. O ato, porque contrário ao Direito, é então considerado como se não tivesse existido, e as partes retornam, na medida do possível, ao estado anterior a esse ato” (*Leçons de droit civil*, 1955, tomo I, p.367; *apud.* MARQUES, *Instituições...*, 2000, p.368).

Na verdade, no Brasil, existem várias doutrinas a respeito das nulidades processuais, umas mais apegadas à idéia de um processo vinculado ao direito material, e outras mais próximas da interpretação moderna do instituto, na qual se valoriza a autonomia do Direito Processual.

Exemplo de doutrina questionável, e porque não dizer, *data venia*, ultrapassada, pois exposta na vigência do Código de Processo Civil de 1939, é aquela lecionada por GALENO LACERDA³, da qual compartilha ANTÔNIO JANYR DALL’AGNOL JÚNIOR⁴.

Buscando fundamentos na doutrina de CARNELUTTI, que adotava a distinção entre nulidades absolutas, relativas e anulabilidades⁵, GALENO LACERDA as distinguia da seguinte forma:

“O ato relativamente nulo, ao contrário do absolutamente nulo, que não produz efeito algum, pode produzi-lo, desde que se

² Trad.: “a nulidade é a sanção para a qual a lei priva a um ato jurídico de seus efeitos normais quando em sua execução não tenha sido observado as formas prescritas por aquela”.

³ Na obra intitulada *Despacho saneador*, Porto Alegre: La Salle, 1953, e que foi divulgada por EGAS MUNIZ DE ARAGÃO, já na vigência do CPC de 1973, na sua obra “*Comentários ao CPC*”, que já está em sua 9ª edição, publicada no Rio de Janeiro, pela Forense, 1998, v. II.

⁴ Na obra intitulada *Comentários ao Código de Processo Civil*, Porto Alegre: La Jur, 1985, v.III.

⁵ Tanto na doutrina processual nacional como na estrangeira, vê-se essa tripartição na classificação das nulidades. Nestes termos, com relação ao direito espanhol, por exemplo, FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ trata da nulidade absoluta (= insanável), relativa (=sanável) e da anulabilidade (= dependente de arguição do interessado, como a incompetência relativa) *apud.* TESHEINER ob. cit. p.93, nota nº 119.

realize determinada condição; em outras palavras, ao contrário da nulidade absoluta, a nulidade relativa significa que a eficácia do ato está sujeita à condição constituída pelo evento que sane o vício. Essa condição é suspensiva. Diz-se, então, que o vício convalesce. [...] Enquanto o ato relativamente nulo está sob condição suspensiva da confirmação ou da aquiescência, o ato anulável está sob condição resolutiva da reação. A conduta transcendente para a eficácia do ato, no primeiro caso, é comissiva; no segundo, omissiva. Na anulabilidade, 'não cabe dizer que os efeitos do ato se suspendam até a produção da reação, mas que eles se produzem desde logo, apesar do vício. Portanto, a reação não os constitui, mas os extingue. Isto significa que a conditio iuris age não como suspensiva, senão como resolutiva' (LACERDA, Despacho saneador, divulgado por MUNIZ DE ARAGÃO, em Comentários..., p. 264, apud. TESHEINER, Pressupostos..., 2000, p.93).

AROLDO PLÍNIO GONÇALVES, analisando a doutrina de CARNELUTTI sobre o tema, a qualificou de engenhosa,

"entretanto, é artificial e irreal a admissão de que a eficácia do ato sujeito à convalidação, característica da nulidade relativa, seja suspensa até que se realize o evento que sana o vício. Nenhum vício impede automaticamente a eficácia do ato no processo. Se isso fosse possível, o vício o paralisaria e o procedimento não poderia prosseguir. O ato processual produz efeitos imediatos, ainda que eivado de irregularidades" (GONÇALVES, Nulidades..., 1993, p.86).

Na crítica à doutrina de G. LACERDA, esclarece AROLDI PLÍNIO que este doutrinador estabeleceu vinculação entre o regime das nulidades e a natureza da norma violada⁶.

"Se nelas prevalecerem fins ditados pelo interesse público, a violação provoca a nulidade absoluta, insanável, do ato. Vício dessa ordem deve ser declarado de ofício e qualquer das partes o pode invocar. Quando, porém, a norma desrespeitada tutelar, de preferência, o interesse da parte, o vício do ato é sanável. Surgem aqui as figuras da nulidade relativa e da anulabilidade. O critério que as distinguirá repousa, ainda, na natureza da norma. Se ela for cogente, a violação produzirá nulidade relativa. [...] A anulabilidade, ao contrário, é vício resultante

⁶ O que se pode entender como ponto original de sua doutrina.

da violação de norma dispositiva” (GONÇALVES, Nulidades..., 1993, p. 92).

Assim, enquanto dispositiva, uma norma não pode ser violada, já que permite disposição em contrário, não cabendo se falar em sanção de nulidade por sua violação. Quanto à violação de norma cogente, caberá decretação, ‘de ofício’, da nulidade. Tal distinção não é compatível com a natureza do processo, considerado como procedimento realizado em contraditório com o fim do ato imperativo do Estado, que é a sentença, visto que o processo é disciplinado por normas exclusivamente de ordem pública.

“A participação garantida no processo daqueles que irão suportar os efeitos da decisão não constitui matéria de interesse particular, mas é essencialmente questão de ordem pública, tanto que, hoje, no Brasil, fez-se objeto de proteção da norma constitucional” (GONÇALVES, Nulidades..., 1993, p.92-93).

CARNELUTTI distinguia interesse público e interesse privado e teve uma visão correta quando ressaltou que há base para a anulação do ato viciado quando o vício do ato atingir o interesse da parte, prejudicando-a.

“Se o vício do ato praticado contra a norma não trouxe prejuízo, não se anula o ato, ainda que a parte interessada por quaisquer motivos na nulidade a requeira. É evidente que o vício do ato e as conseqüências que ele possa produzir não descaracterizam a norma processual, nem transformam sua natureza” (GONÇALVES, Nulidades..., 1993, p.93-94).

Poder-se-ia fazer, nesse ponto do discurso, um estudo mais profundo sobre as diversas doutrinas a respeito das teorias quanto às nulidades no processo, existentes no Direito Processual; entretanto, estar-se-ia correndo o risco de desvio do tema central. Porém, cabe, nesse momento, a fim de se concluir sobre tais teorias, um último comentário envolvendo os princípios que devem nortear a declaração de nulidade no processo. Para tanto serão usadas como base duas posições doutrinárias relevantes no estudo do tema⁷. A primeira a ser apresentada, e na qual são ampliados ao extremo os

⁷ Há variação na doutrina quanto a determinação de tais princípios. Para FÁBIO GOMES, por exemplo, as regras e princípios informadores da teoria das nulidades são quatro: da relevância das formas (como imperativas, sob pena de contaminação do ato, prevalecendo, entretanto, a instrumentalidade); da causalidade (contaminação dos atos praticados subseqüentemente ao ato nulo e dele dependente); do

princípios que cercam a matéria, é a doutrina de TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER. E a segunda posição, mais direta, restrita e não menos completa, será aquela revelada pela doutrina de AROLDO PLÍNIO GONÇALVES.

TERESA WAMBIER enumera os princípios atinentes às nulidades no processo, seguindo os próprios dispositivos previstos pelo CPC Brasileiro, alertando que se lá estão, seria porque o legislador os havia acolhido, devendo por isso servirem de base para a formulação das regras que tratam das nulidades e anulabilidades no processo civil nacional (*Nulidades do processo e da sentença*, 1997, 110-222). Seguindo a enumeração desta autora, deverão ser observados os seguintes princípios e regras para a declaração de nulidade:

1. *O processo é forma: art. 156 e 157;*
2. *As formas têm caráter instrumental: arts. 154; 214, § 2.º; e 244;*
3. *Não há nulidades sem prejuízo: arts. 249, §§ 1.º e 2.º; 250, parágrafo único;*
4. *Nulidades instituídas precipuamente no interesse das partes, ainda que absolutas, são sanáveis: arts. 284; 13;*
5. *Nulidades instituídas no interesse público são insanáveis: art. 113, parágrafo único;*
6. *Economia processual: art. 245;*
7. *Nulidades relativas só podem ser argüidas pelo interessado: art. 245;*
8. *Princípio da interdependência: arts. 248; 249;*
9. *Princípio do contraditório: art. 398;*
10. *Princípio da proteção: art. 243, última parte;*
11. *Princípios da conservação e aproveitamento: art. 250;*
12. *Princípio da celeridade: art. 245;*
13. *Princípio da comunicação: arts. 247; 214;*
14. *Princípio da especificidade: art. 246;*
15. *Princípio da eficácia do ato viciado: art. 485”.*
16. [...] *“Toda vez que estiverem presentes dois ou mais vícios num processo, o regime jurídico seguido deve ser o mais rigoroso (o do vício mais grave)” (Nulidades..., 1997, p.150 e 359).*

prejuízo (aliado ao princípio da finalidade já que o ato ainda que viciado, se atingir sua finalidade não causará prejuízo processual) e finalmente, o princípio da convalidação do ato nulo e pronunciamento da nulidade (aliado também ao princípio da finalidade, assim, atingido o fim, o ato nulo convalida e a nulidade não será pronunciada), em *Teoria geral do processo civil*, 2002, p.234-238.

A amplitude com que tratou a matéria pode ter levado o discurso acima a certos equívocos, havendo, por exemplo, tratamento igual a situações nem tão equivalentes. Examinando-se os princípios apontados nesse rol, vê-se, dentro da mesma categoria, vícios que podem provocar a nulidade do ato, e noutros, a nulidade do próprio processo (itens 14, art. 246 do CPC: “*é nulo o processo, quando o Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir*”). As conseqüências processuais advindas nesse caso são relevantes, pois, trata-se de caso de inexistência do processo e não de nulidade de ato processual.

Ainda que se possa verificar o esforço imprimido pela citada autora na tentativa de sistematização do tema, *data venia*, parece que se está diante sim, de regras a serem analisadas quando da verificação da necessidade ou não de declaração de nulidade no processo, e não de princípios considerados como, apenas ou tão-somente, “fundamentos normativos que estão na base estrutural de um sistema” (GONÇALVES, *Nulidades...*, 1993, p. 58).

A própria autora TERESA WAMBIER, mais à frente em sua obra sobre nulidades do processo e da sentença, ao abordar o tema, sob o título “*funções dos princípios no plano pragmático*”, restringe, de certa forma, os princípios, àqueles que mais são invocados quanto à possibilidade de sanação dos eventuais vícios ocorridos nos atos processuais. Por outro lado, a autora defende, além da aplicação dos princípios, também a verificação das regras:

“Cumpre, entretanto, lembrar-se de que a aplicação destes princípios não desfigura as regras, pois se em uma determinada hipótese são, aqueles e estas, aplicáveis (e o sentido destas ligeiramente alterado), noutra hipótese diferente, podem ser aplicadas somente as regras. A combinação das regras e dos princípios é, portanto, o instrumento principal a garantir um mínimo de previsibilidade, de que se falou anteriormente” (*Nulidades...*, 1997, p.193).

Mais adiante, aponta a citada autora os princípios que mais freqüentemente aparecem na base das decisões que não acolhem, quer as nulidades, quer as anulabilidades, entre os quais: o da ausência de prejuízo (como mais citado); o da

instrumentalidade das formas (apesar de se apresentarem com outras denominações nos acórdãos); do aproveitamento e o princípio que determina que o processo é forma.

Conclui a autora sua pesquisa, afirmando que: sobre este último princípio, ele *“só se aplica no momento anterior à elaboração da lei, e para a elaboração dela, quando o legislador cria formas rigidamente tratadas, para determinados atos. Este rigor se deve a que, por meio destas formas, pretende-se assegurar a eficácia do ato”*. Quanto ao princípio da instrumentalidade das formas ou da finalidade, indica a autora como um dos mais invocados. Sendo que, por fim, afirma que o princípio, segundo o qual não se decreta nulidade sem que haja prejuízo, é o mais invocado, aplicando-se conjugado com os princípios do aproveitamento e da instrumentalidade das formas, tanto às nulidades quanto às anulabilidades, para não se acolherem as arguições (*Nulidades...*, 1997, p.206).

Reduzindo-se à compreensão do termo ‘princípio’ acima exposta, foi que o professor AROLDO PLÍNIO GONÇALVES se limitou a fechar o sistema estrutural das nulidades no processo em apenas dois: o princípio da finalidade e o da ausência de prejuízo. Desta forma se fixou este doutrinador, no estudo do tema, aos limites de uma Teoria Geral do Processo, estendendo, inclusive, tal classificação para além do processo civil (arts. 244, 249, §§ 1º e 2º do C. Pr. Civil), ao processo trabalhista (art. 794 da CLT) e ao processo penal (art. 563 do C. Pr. Penal).

Pelo artigo 794 da CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas): *“Nos processos sujeitos à apreciação da Justiça do Trabalho, só haverá nulidade quando resultar dos atos inquinados manifesto prejuízo às partes litigantes”*; e o artigo 797 completa: *“O juiz ou Tribunal que pronunciar a nulidade declarará os atos a que ela se estende”*. Previsto no artigo 57 do Projeto de Legislação Processual do Trabalho, de CARLOS ALBERTO BARATA SILVA e JOSÉ LUIZ VASCONCELOS, está que *“não decretará a nulidade argüida pela parte que lhe tenha dado causa, não decretando, em nenhuma hipótese, a nulidade da qual não tenha resultado prejuízo”* (GONÇALVES, *Nulidades...*, 1993, p.59).

Pelo artigo 563 do Código de Processo Penal (CPP): *“Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a*

defesa". Critica nesse ponto o Professor AROLDO PLÍNIO GONÇALVES a impropriedade da linguagem usada pelo legislador,

"pois empregou o termo nulidade em lugar do vício ou da irregularidade do ato passível de ser declarado nulo. [...] Não é raro que os processualistas se refiram ao "ato nulo" identificando-o ao ato viciado, o que de forma alguma é correto, pois nem todo ato que contém vício é efetivamente declarado nulo" (Nulidades..., 1993, p.59).

As confusões podem nascer da forma relapsa com que se empregam os termos técnicos processuais; assim, ensina o supracitado autor que

"quando a nulidade é cominada e a norma jurídica diz "é nulo o ato...", a linguagem normativa se traduz em "deve ser" declarada a nulidade. [...] O que preexiste à declaração de nulidade é o ato viciado ou irregular, e não a própria nulidade que, como sanção, só torna o ato nulo depois de aplicada" (Nulidades..., 1993, p.60).

No Código de Processo Civil Brasileiro vigente, o artigo 244 disciplina parte do assunto, dispondo que: *"Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, alcançar-lhe a finalidade"*. Completa o § 1º do artigo 249 do CPC, determinando que: *"O ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte"*. E, por fim, prevê o parágrafo único do artigo 250 deste diploma: *"Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados, desde que não resulte prejuízo à defesa"*.

Pelo que se vê, a finalidade e o prejuízo são conceitos que se entrelaçam no processo e isto foi demonstrado na brilhante doutrina apresentada pelo Professor AROLDO PLÍNIO GONÇALVES. *"A finalidade do ato processual é de construir o processo válido para que se possa ser, validamente, emanado o provimento" (Nulidades..., 1993, p.61).*

Considerando-se o processo como procedimento realizado em contraditório entre as partes, *"a finalidade do ato importa, conseqüentemente, em inexistência de prejuízo na participação das partes"* (Nulidades..., 1993, p.61). Por isso para que seja declarada a nulidade do ato há de haver prejuízo processual, portanto, para a regularidade do processo conforme modelo legal.

“A aplicação da sanção, como consequência normativa, requer a apreciação do ato, dos efeitos de sua irregularidade no processo e das condições legalmente prevista para a sua arguição. É pelos efeitos do vício do ato sobre o procedimento e sobre a participação das partes que o cumprimento da finalidade do ato processual e a ausência do prejuízo podem ser aferidas” (GONÇALVES, *Nulidades...*, 1993, p. 65-66).

Por essa doutrina simples, porém consistente, ficam determinados os indispensáveis princípios que devem nortear a declaração de nulidade do ato processual.

Importante também referir-se nesse momento a respeito do ato inexistente, expressamente mencionado no artigo 37 do CPC Brasileiro vigente, em seu parágrafo único: *“os atos, não ratificados no prazo, serão havidos por inexistentes, respondendo o advogado por despesas e perdas e danos”*. Entretanto, pode-se falar que o ato será tido como inexistente sempre que, na dinâmica seqüencial dos atos do processo, haja ocorrido omissão destes, afetando essencialmente o modelo legal do procedimento. E na doutrina concludente de AROLDO PLÍNIO GONÇALVES:

“Obviamente não se pode anular ato inexistente, mas a inexistência do ato, quando essencial ao desenvolvimento válido do procedimento, pode levar à nulidade do processo [...] O ato inexistente não poderá ter seus efeitos suprimidos porque nunca os possuiu e não pode ser considerado válido, como o ato passível de nulidade, que, entretanto, não chega a ser decretada, porque a lei não lhe confere qualquer efeito. Se a inexistência atinge a própria sentença, por falta de requisito essencial, esta não passa em julgado, porque se é juridicamente inexistente, não pode produzir efeitos no Direito” (*Nulidades...*, 1993, p. 75-75).

Assim, pode-se dizer que existem categorias distintas de vícios que podem atacar o processo como um todo, sendo relevante o reconhecimento diferenciado dessas categorias, pois, influenciam diretamente no procedimento. EGAS D. MONIZ DE ARAGÃO⁸ agrupa os vícios resultantes da infração do modelo traçado na lei processual em três categorias:

“O mais grave de todos é a inexistência do ato; o menos grave, a simples irregularidade. Em posição intermediária se situa a

⁸ *Apud.* PLÍNIO GONÇALVES, *Nulidades...*, p.69, que nos remete à obra de origem.

nulidade, que comporta, por sua vez, idêntica distinção: a mais grave de todas é a nulidade absoluta, a menos grave, a anulabilidade. Em posição intermediária se situa a nulidade relativa” (Comentários..., 1992, v. II, p. 360-361).

Tal tentativa de reduzir os vícios a uma categoria, classificando-os pela gradação de sua gravidade, para daí se extrair a classificação das nulidades, é prontamente criticada pelo doutrinador mineiro AROLDO PLÍNIO GONÇALVES, segundo o qual tal gradação *“encontra dificuldades insuperáveis, pois a própria nulidade não é um vício, e não pode ser conceituada como defeito do ato” (Nulidades..., 1993, p.69).*

Para AROLDO PLÍNIO GONÇALVES:

“a gradação do vício é, pois, uma questão afeta à política legislativa, que reserva conseqüências jurídicas mais severas ou menos severas à inobservância dos imperativos legais. [...] É neste sentido, considerando-se não o vício, mas a conseqüência que a lei reservou aos atos que se afastaram de seu modelo normativo, que se pode buscar a diferenciação entre o ato inexistente, as espécies de nulidade e as simples irregularidades” (Nulidades..., 1993, p.70).

Lembrando-se de que nem do ponto de vista do direito material se pode falar em graduação entre tais espécies de atos, uma vez que diferenciados entre si.

“Não há gradação de invalidade entre ato inexistente, o nulo e o anulável. Ao negócio jurídico inexistente opõe-se o negócio existente (este é que pode ser nulo, anulável ou válido)” (AZEVEDO, Inexistência, invalidade e ineficácia, In: Enciclopédia Saraiva de Direito, v. 44, s/d, p.112, apud. JOSÉ RAIMUNDO GOMES DA SILVA, Pressupostos processuais, condições..., 1995, cap. 32, p.599-618).

Apenas para fechar as idéias acima expostas, é bom lembrar que na maioria da doutrina processual contemporânea, de regra, não se fala mais em anulabilidade, estando esta contida na denominada nulidade relativa⁹.

⁹ Exemplos desse entendimento: THEODORO JÚNIOR, *Curso de Dir. Proc. Civil*, 1999, v. I, p.284; FÁBIO GOMES, *Teoria geral...*, 2002, p.223; TERESA WAMBIER, *Nulidades...*, 1997, p.116; entre outros. Entendimento oposto no qual diferem ato relativamente nulo e ato anulável, porque a validade do primeiro está subordinada a uma condição suspensiva, e a do segundo, à uma condição resolutiva, é defendido por GALENO LACERDA, em *Despacho saneador*, 1953, p. 125; e por EDUARDO COUTURE,

Na verdade, conclui a doutrina de AROLDO PLÍNIO GONÇALVES, que a única distinção que realmente existe entre as nulidades não está nas conseqüências que produzem ou no caráter das normas que disciplinam o processo. Apenas a nulidade dita absoluta se refere àquela cominada, que o juiz pode declarar de ofício, em qualquer fase do processo, e a parte pode alegar, no momento processual oportuno.

E a nulidade relativa que é a não-cominada, podendo ser declarada “*apenas em razão da alegação da parte que não concorreu para o ato viciado e que, em razão do vício, tenha prejudicada sua atuação no procedimento*” (Nulidades..., 1993, p 99-100), sendo essa a distinção que guiou as normas contidas no CPC Brasileiro quanto ao tema.

Por outro lado, “*muitas regras jurídicas do Código de Processo Civil, como de todos os Códigos de Processo, são apenas ordenamento regulamentar, sem conseqüências processuais se alguma infração ocorre*” (MIRANDA, Comentários..., 1976, t. IX, p.325), razão pela qual tais infrações são denominadas de ‘irregularidades’, que embora sejam defeitos, não acarretam a invalidade do ato.

Da falta ou da perda do pressuposto processual subjetivo referente à legitimação das partes no processo, pode resultar a decretação de nulidade deste, caso não seja sanado o vício, se for possível saná-lo.

Assim sendo, tem lugar o fenômeno da integração da capacidade ou legitimação dos participantes do processo, que deverá ocorrer conforme ditames legais, evitando a incidência da sanção da nulidade do processo como conseqüência, sendo tal processo extinto ‘sem julgamento de mérito’¹⁰ (art. 267 caput, IV e VI do CPC), na expressão da lei.

Fundamentos del derecho procesal civil, 1951, p. 274 e 275, conforme menciona FREDERICO MARQUES em sua obra *Instituições de direito processual civil*, 2000, v. II, p.373. É esse último entendimento fundado na classificação das nulidades apresentada por CARNELUTTI (*Sistema del diritto processuale civile*, 1938, v. II) distinguindo nulidade relativa e a anulabilidade em razão da condição que subordina a eficácia do ato (*apud*. AROLDO PLÍNIO GONÇALVES, *Nulidades...*, 1995, p. 85)

¹⁰ Observa-se que nem todos os doutrinadores concordam em que tal julgamento não tenha implicado em exame do mérito, uma vez que o processo se desenvolveu independente do vício.

3.2. A Integração da Capacidade dos Participantes do Processo e os Efeitos da Sua Falta ou Perda.

Vistos brevemente alguns aspectos da teoria geral das nulidades, pretende-se agora analisar as formas de integração da capacidade dos sujeitos parciais e de seus mandatários, além dos efeitos processuais de sua perda ou falta.

Reafirmando tratem-se de pressupostos processuais relativos às partes parciais: a personalidade jurídica (capacidade de ser parte¹¹), a capacidade processual (capacidade de estar em juízo) e a representação por advogado (capacidade postulatória), sendo que, a ausência de qualquer destes poderá afetar o desenvolvimento válido do processo, podendo, em casos em que tal vício não puder ser sanado, levar à decretação de nulidade do processo.

Todavia, essas classificações e denominações, conforme já mencionado em capítulo anterior, nem sempre são usadas de maneira uniforme pela doutrina processual, havendo desencontros tanto no uso, como na compreensão dessas expressões. Questiona-se, por exemplo, a equivalência entre os termos: capacidade ou legitimidade? Pressuposto ou requisito processual? Pressuposto de validade ou existência do processo? E assim por diante.

Tais discussões não serão retomadas neste momento, buscando-se, a partir de agora, apenas trazer, na linguagem adotada pela própria doutrina a ser citada, a classificação por ela apontada.

ARAKEN DE ASSIS, que valoriza o termo 'capacidade' para classificação dos, denominados pelo legislador, pressupostos processuais, simplifica seu pensamento a respeito destes desencontros terminológicos, afirmando que:

"o termo "legitimação", utilizado com outra acepção na doutrina brasileira, é altamente impróprio e, à semelhança do que já se afirmou no tocante aos pressupostos processuais, só se justifica pelo uso corrente. Sob o rótulo de "legitimação", com

¹¹ A expressão 'capacidade de ser parte' foi trazida da doutrina alemã. Já a terminologia 'personalidade processual' corresponde grosso modo, à personalidade apurada no direito material (ORLANDO GOMES, *Introdução ao direito civil*, nº 90, p. 191; FRANCISCO AMARAL, *Direito civil brasileiro*, p. 219-222, *apud* ASSIS, *Manual do...*, 2001, p. 225).

efeito, arrola-se de modo prévio quem, à luz da lei, pode realizar as alegações da inicial e em face de quem podem ser efetivadas” (Manual do processo..., 2001, p.224).

PONTES DE MIRANDA compreende os pressupostos processuais da seguinte forma:

“Capacidade de ser parte que é a “capacidade, ativa ou passiva, de ser sujeito da relação processual. [...] A capacidade de estar em juízo ou capacidade processual é menos do que a capacidade de ser parte. Pode-se ter a capacidade de ser parte, e não se ter a capacidade processual; porém não vice-versa. A capacidade de estar em juízo ou recai sobre atos processuais para efeitos em nome próprio, ou por conta de outrem. É a legitimatio ad processum. (Outra coisa é a legitimatio ad causam – legitimação ativa ou passiva no tocante à pretensão de direito material que foi invocada na demanda, e é o seu objeto). [...] A capacidade postulacional é a de realizar os atos processuais em que haja postulação. A parte presta depoimento de parte, mas, se não tem a faculdade de advogar, não pode postular. Quem postula (quem “aposta”), no sistema processual do Estado, é o advogado, e só ele” (Comentários..., 1997, t. I, p.222-224).

Tanto ATHUS GUSMÃO CARNEIRO, como a doutrina dominante, (*Intervenção de...*, 2000, p.11) também diferencia legitimação para causa de legitimação para o processo. Para este autor, esta última, é equivalente à capacidade de exercício dos atos jurídicos processuais, embora se aproximem à medida que as duas espécies figurarem entre os pressupostos processuais subjetivos referentes às partes, acrescentando a estes dois, ainda, a capacidade de ser parte e a postulatória.

Interessante tal posição de GUSMÃO CARNEIRO visto que, sem discutir expressamente a diferença terminológica entre capacidade e legitimidade, utiliza-se de ambas dentro da mesma classificação quanto aos pressupostos processuais, do que se pode concluir que para ele tal distinção não interfere nesta consideração.

A partir daqui, mais do que se explicar o significado de cada um dos pressupostos processuais referente às partes parciais, estudo já desenvolvido no capítulo 2.2., pretende-se fazer uma análise do significado legal de cada um deles; para tanto, serão mencionados os dispositivos de lei que regulamentam tais pressupostos. Assim

como serão examinadas as formas de integração das três espécies de capacidade e os efeitos da sua falta ou perda.

Quanto à capacidade de ser parte, já alerta a doutrina sobre o fato de traduzir-se melhor pela expressão “*personalidade judiciária*” do que por “*personalidade jurídica*”, visto que podem ser partes no processo, como autores ou réus, também entes que não são pessoas, ou que não possuem personalidade, como a massa falida (TESHEINER, *Pressupostos processuais...*, 2000, p.58) por exemplo. Esta expressão é também respaldada por outras fontes¹², visto que “*dá maior corpo ao conceito, evocando seu fundamento, ou seja, a aptidão para figurar em toda e qualquer relação jurídica*” (ASSIS, *Manual...*, 2001, p.225).

Assim, todo aquele que for capaz de direitos e obrigações possui personalidade civil, que começa com o nascimento com vida, embora a lei salvguarde os direitos do nascituro, desde sua concepção (artigos 1º e 2º do Código Civil Brasileiro de 2002).

As pessoas jurídicas também podem ser partes no processo (artigo 43 do CC/2002), vez que são civilmente responsáveis por seus atos, e tal entendimento também se observa na doutrina processual estrangeira¹³, já que as relações jurídicas se expandiram tanto, que até entes sem personalidade possuem tal capacidade, não se podendo mais alegar a falta de personalidade como argumento de empecilho ao acesso à justiça.

Enfim, todas as pessoas têm capacidade de ser parte (personalidade judiciária); mesmo as que não possuem personalidade, podem assim, estar em juízo, entre estes: a massa falida, pelo síndico; a herança jacente ou vacante, por seu curador; o espólio, pelo inventariante; o condomínio pelo síndico ou administrador e outras que

¹² Entre os autores portugueses se alude a ‘personalidade judiciária’, ante o que dispões o art. 5º do CPC luso: VERELA-BEZERRA-NORA, *Manual...*, nº 37, p. 101; DOMINGUES DE ANDRADE, *Noções elementares...*, nº48, p. 75; FERNANDO LUSO SOARES, *Processo civil de...*, nº 100, p. 427; JOÃO DE CASTRO MENDES, *Direito processual...*, v. 2/13, nº93, autores citados por ARAKEN DE ASSIS, p. 225, em nota de número 165.

¹³ CARMEN SAMANES ARA enumera da letra ‘a’ até ‘d’ os entes sem personalidade que, apesar disso, têm capacidade de ser parte. Diz ela: “La Ley equipara a las personas jurídicas, otorgándoles la capacidad para ser parte, a algunos entes que no siendo personas físicas, tampoco lo son jurídicas, es decir, que no gozan de personalidad”. São identificados tais entes nos seguintes artigos da Ley de enjuiciamiento civil 2000 (LEC) espanhol: art. 6.1.4.º; 6.1.5.º; 6.1.7.º; apartado segundo del art. 6 (*Las partes en el proceso civil*, 2000, p.18-21).

também se enquadrarem na denominação de pessoas formais (artigo 12 do CPC/73). Portanto, do nascituro ao ente sem personalidade, todos podem buscar no Judiciário a proteção de seus direitos e interesses.

Há legislação atual que já faz referência expressa à possibilidade dos entes sem personalidade judiciária acionarem o Estado para a proteção de seus interesses. O Código de Defesa do Consumidor admite, como parte, as entidades e órgãos da administração pública, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos nele protegidos (artigo 82, III, da Lei 8.078/90), evidentemente, por meio das pessoas que a lei autorizar a representá-los ou substituí-los processualmente.

Assim, o que se pode perceber é que a própria lei vem expandindo, cada vez mais, seus domínios, para atender qualquer pessoa, grupo ou ente que precise da prestação jurisdicional e a busque, com vistas à efetivação do princípio constitucional processual de 'acesso ao judiciário'.

LUIZ RODRIGUES WAMBIER (e outros) denomina a capacidade de ser parte, por ele englobando os pressupostos de validade do processo, de 'capacidade de direito' (*Curso avançado...*, 1999, p.220), visto que tem base nas regras de Direito Civil. Tal capacidade, também denominada 'de gozo', existe em abstrato, independente das circunstâncias de qualquer caso concreto (TORNAGHI, *Comentários...*, 1974, v. I, p.104-105).

O professor JOSÉ MARCOS RODRIGUES VIEIRA, em obra recentemente lançada, aborda este assunto partindo da premissa carnelutiana de que os sujeitos da ação devem ter capacidade e legitimação, a primeira inferida de suas qualidades pessoais, e a segunda inferida da sua posição com respeito ao litígio. Continua a reflexão, este autor, da seguinte maneira.

"Embora a coincidência não seja perfeita, pode-se afirmar com o mestre que a capacidade aponta para o interesse na composição do litígio, enquanto a legitimidade, para o interesse em conflito. Verificando-se, entretanto, a possibilidade de atuar em juízo quem não seja o titular do interesse em litígio. Legitimação – no que concordamos – não será mais apenas a qualidade de sujeito do interesse litigioso; mas não aceitamos (e lamentamos divergir do mestre) que haja legitimação do

representante do incapaz. Visto que ele atua em nome deste e não se pode negar que quem atua é o incapaz, sem embargo de que pelo representante. O representante atua por direito alheio e em nome alheio” (Da ação civil, 2002, p.40).

Pode-se afirmar, então, que ao representante não se poderá dar a qualidade de parte, muito menos confundir sua posição com a do substituto processual que atua em nome próprio, apesar de ser para proteção de interesse alheio, e é por isto que este último terá legitimação no processo. O assunto será retomado mais à frente.

Então, àquele que faltar capacidade de ser parte, lhe será permitido a composição do seu litígio por representante legal ou voluntário, se a incapacidade for absoluta; ou por assistente se a incapacidade for relativa.

Por isso se pode afirmar que, para estar em juízo, não basta a capacidade de direito ou de gozo, ou seja, de ser parte; é preciso que também exista a aptidão para a prática dos atos decorrentes dessa capacidade, isto é, para a formulação de pedido ou oferecimento de defesa ante um litígio levado ao Judiciário.

O problema de possuir capacidade de ser parte, sem ter também a de estar em juízo, é solucionado através da representação ou assistência dessas pessoas, previstas pelos artigos 7º, 8º e 9º do CPC Brasileiro. Tal situação gera ainda a necessidade obrigatória da presença também do Ministério Público, sob pena de nulidade do processo, conforme preceitua o artigo 82, I e 84 do CPC Brasileiro. Entretanto, esse órgão, de função dupla, poderá ocupar, nestes casos, tanto a posição de fiscal da lei, como a posição de parte, conforme a lei prevê para casos específicos.

ARAKEN DE ASSIS, referindo-se aos pressupostos gerais da relação processual executiva, afirma, citando exemplo de BARBI (*Comentários...*, nº 148, p. 118) que:

“é vedada a sanção da falta de personalidade jurídica. O defeito se mostra irremovível. Assim, se alguma Comissão Organizadora de Festas, totalmente inidônea para assumir direitos e obrigações, iniciar o processo de execução, ou contra ela se quiser mover ação executória, cabe ao órgão jurisdicional extinguir por sentença o processo (art. 795 do CPC)” (ASSIS, Manual..., 2001, p. 226).

PONTES DE MIRANDA explica a situação da seguinte maneira: “*Não há sanção da nulidade decorrente da incapacidade de ser parte, porque seria admitir a ressurreição do morto, o nascimento – no passado – de pessoa que não existia, ou a retro eficácia de constituição de pessoa jurídica já extinta*” (Comentários..., 1997, t. I, p.238)

Por outro lado, ao se retomar a idéia acima exposta, de que capacidade é atributo pessoal e a legitimação é sempre relacional, no caso, vinculado à relação jurídica processual, pode-se afirmar que a incapacidade prevalecerá; entretanto, o incapaz poderá, ainda assim, pelas formas legais, ser legitimado a atuar em juízo por meio de representante ou assistente, conforme o grau da incapacidade.

A doutrina vem diferenciando a incapacidade de ser parte (ação em nome de animal em extinção), que acarretaria a inexistência jurídica do processo; da incapacidade da parte (ação proposta por absolutamente incapaz), que determinaria sua nulidade se não sanada (TESHEINER, *Pressupostos processuais...*, 2000, p.73).

Na verdade, talvez por um vício comum entre os que se dizem professores, sente-se aqui a necessidade de se buscar, no exemplo, argumentação para as idéias propostas, sendo difícil apontar, atualmente, aquele ente que, em hipótese alguma, possa estar em juízo. Considerando-se, inclusive, a preocupação que se tem nos dias de hoje, em promover o mais amplo acesso ao Judiciário.

Mas, ainda que se tema incorrer em erro ao se usar tal metodologia, será interessante trazer neste passo a doutrina de TESHEINER, quanto a estes possíveis casos concretos.

“Prosseguindo o raciocínio, suponha-se que advogado se dirija ao juiz, como representante de uma espécie animal ou vegetal em extinção, e que o juiz receba a petição inicial, determinando a citação do réu. Nesse caso, como já vimos, há demanda e, pois, um autor, embora este não seja o ente indicado, que juridicamente não existe, mas o advogado, a quem se imputará a iniciativa e as sanções correspondentes. O mesmo ocorre nas hipóteses de ação proposta por advogado de autor inexistente; de ação proposta por advogado sem instrumento de mandato ou em nome de pessoa já falecida, ou de órgão de pessoa jurídica sem poderes para a outorga de procuração” (Pressupostos processuais..., 2000, p.59).

Então, quanto à capacidade de estar em juízo ou capacidade processual, diz-se que esta se vincula ao que no direito civil se denomina capacidade de fato ou de exercício¹⁴. Têm tal capacidade aqueles que podem, por si mesmos, praticar os atos da vida civil, isto é, a capacidade processual pressupõe a capacidade de ser parte (art. 7º do CPC). Dessa forma, pode ser denominada capacidade de exercício de ação processual. Entretanto, é importante afastar o entendimento desse tipo de capacidade, eminentemente processual, da sombra da capacidade como fenômeno de direito civil, visto que, “*ao se tratar dos Estados (Pirk, Der Staat als Prozesspartei, Juristisches Blatt, 1903, 17) e das pessoas jurídicas, logo se percebe que eles têm a capacidade de ser parte, porém não a processual*” (PONTES DE MIRANDA, *Comentários...*, 1997, t. I, p.223-224).

Outros casos, em que existe capacidade de ser parte, mas não a capacidade processual, podem ser apontados, entre eles, o da pessoa desaparecida cujo foro pode ser determinado (considerada processualmente incapaz), havendo, todavia, a possibilidade de integração dessa capacidade ao ser nomeado um defensor público ou representante para o incapaz. E, há casos em que a capacidade processual permanece, apesar da incapacidade física, como o do surdo-mudo que possa se comunicar.

Deve-se verificar então o grau da incapacidade das partes, a qual poderá ser absoluta (artigo 3º, itens I a III do CC/02, tendo lugar a representação) ou relativa (artigo 4º itens I a IV do CC/02, tendo lugar a assistência), para que as soluções jurídicas possam atuar na integração da capacidade processual delas.

Assim, todos os processualmente incapazes serão representados ou assistidos. E sendo capazes de ser parte, eles, e não os representantes, é que são partes, e, por isso, sofrerão diretamente as conseqüências e efeitos do processo.

Enfim, a capacidade de ser parte e a processual serão concedidas às pessoas físicas ou naturais (art. 1º- do CC/02), e, por ficção legal, poderá ser estendida a outros entes.

A complementação deste artigo existia no Código Civil de 1916, art. 3º “*não distinguindo a lei entre nacionais e estrangeiros quanto à aquisição e ao gozo dos direitos civis*”; entretanto, o atual Código em vigor não prevê dispositivo

¹⁴ TESHEINER, *Pressupostos...*, 2000, p.60, tal colocação deve ser analisada com atenção.

correspondente. Também serão concedidas tais capacidades às pessoas jurídicas, tanto de direito público interno e externo, como as de direito privado, e aos entes sem personalidade, dentro das formas determinadas por lei processual, com ou sem necessidade de integração da mesma.

THEREZA ALVIM leciona que:

“A lei processual estipula requisitos (próprios) para que a parte possa ser considerada constituída, a fim de que o processo se possa desenvolver validamente, denominando o preenchimento do que estabelece, de capacidade para estar em juízo” (O direito processual..., 1996, p.12).

Tais requisitos têm correspondência com a Lei Civil, correspondência esta estreitada após a entrada em vigor do CC/2002, e, de acordo com a Lei Processual (artigo 7º do CPC/73), só têm capacidade processual os que se acham no exercício de seus direitos civis.

A Lei nº 7.244 de 1994 (que dispunha sobre a criação e funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas), revogada pela Lei 9.099/1995 (Juizados Especiais Cíveis e Criminais), apresenta dispositivos próprios, que foram mantidos de uma lei para a outra, sobre a capacidade para estar em juízo, os quais merecem ser também comentados.

No artigo 8º, § 2º da citada Lei 9.099 de 1995, pode se verificar que, até antes da vigência do Código Civil de 2002, não havia inteira coincidência entre a regra de lei civil e a processual civil quanto à capacidade de estar em juízo. Visto que admitia que o relativamente incapaz civilmente, depois de 18 anos e antes de 21 anos (como titular dos direitos processuais) tivesse capacidade processual plena, independente de assistência, inclusive para fins de conciliação. Situação que não perdura atualmente.

Por outro lado, o *caput* desse mesmo artigo não admite a integração da capacidade, nos processos disciplinados por tal Lei (9.099/95), do incapaz, do preso, das pessoas jurídicas de direito público, das empresas públicas da União, da massa falida e do insolvente. Assim, tais entes só poderão ser partes com sua capacidade integrada, em processos disciplinados pelo Código de Processo Civil, mas não em ações sob a égide

da Lei 9.099/95 (ARRUDA ALVIM, *O direito processual...*, 1996, p.16). O que, apesar de revelar dissonância entre as leis, é essencial que prevaleça, tendo em vista os riscos que o procedimento sumaríssimo, desenvolvido nos Juizados Especiais, poderia trazer às decisões finais proferidas em tais casos. Na verdade, não se trata aqui de reconhecimento de ilegitimidade da parte, mas apenas de se verificar que, por motivo de ordem subjetiva, a causa não pode ser ajuizada no órgão especialíssimo.

Sobre o tema discorre DEMÓCRITO RAMOS REINALDO FILHO (*Juizados especiais...*, 1999, p.102) que, no que se refere às pessoas de direito público, a Constituição da República (artigo 109, I) atribui competência aos juízes federais para processar e julgar as causas em que sejam partes a União, entidades autárquicas ou empresa pública federal, na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, sendo, portanto, incompatível admitir-se a competência dos Juizados Especiais nesses casos.

*“A massa falida e o insolvente civil também ficaram excluídos do processo especial em razão de sua ligação ao juízo universal da falência (LF, art. 24; art. 762). Já quanto ao incapaz, a vedação se deve ao fato de que, para estar em juízo, precisaria da representação ou assistência, conforme o caso, de seus representantes legais (CPC, art. 8º), sendo necessária, ainda, a intervenção do Ministério Público, além de que a disposição de seus direitos é limitada e sujeita a condições. A exclusão do preso decorre da constatação da dificuldade que acarretaria sua presença perante o juiz, em face da exigência de assistência por curador especial (CPC, art. 9º, II)”. (REINALDO FILHO, *Juizados especiais...*, 1999, p.103).*

Quanto ao fato de, antes do Código Civil de 2002, o denominado ‘incapaz’, (o maior de dezoito anos) ter capacidade processual no âmbito do Juizado Especial, parece fundar-se nas modificações instituídas, nessa seara, pelo Código Civil de 2002, as quais refletem, de imediato, nas regras do Código de Processo Civil, bastando, para seu entendimento, uma simples aplicação da regra de hermenêutica jurídica, que diz, “*quem pode o mais, pode o menos*”. Se o maior de dezoito anos possui capacidade processual para os procedimentos disciplinados no CPC, por que não a teria nas causas de menor complexidade jurídica, objeto das demandas destinadas ao Juizado Especial ?

Existiam outras hipótese, fora do processo civil, em que também se verificava dissonância na determinação de regras para se estar em juízo, como por

exemplo nos termos do artigo 792 da CLT/1943, que dispõe que a capacidade processual plena tem início aos 18 anos, diversamente da capacidade processual civil (De Paula, *Código de processo...*, 1988, p. 40; *apud.* ALVIM, *O direito processual...*, 1996, p.16), nos anteriores moldes do artigo 6º, I e 9º-¹⁵, do CC/1916, atualmente modificado, conforme se confere no artigo 4º, I e caput do artigo 5º do Código Civil¹⁶ de 2002.

Para se harmonizarem as capacidades de ser parte com a correspondente a seu pressuposto, isto é, a capacidade de estar em juízo, é que a lei processual civil disciplina nos artigos 7º ao 13º, as regras a serem aplicadas nos casos de necessidade da integração destas.

“A integração da capacidade só ocorre quando se trata de pessoa física, e tem lugar diante da ausência absoluta de capacidade (art. 5º do Código Civil). A complementação da capacidade, quando se está diante de um relativamente incapaz (art. 6º do CC) se dá através do instituto da assistência. Neste caso assistente e assistido agem em conjunto” (WAMBIER, Curso avançado..., 1999, v. I, p.223).

No artigo 8º do CPC/73, o problema da integração da capacidade dos denominados incapazes (agora considerados os menores de dezoito anos) resolve-se com a representação (caso dos absolutamente incapazes), ou assistência (caso dos relativamente incapazes), por seus pais, tutores ou curadores, na forma da lei civil. Ressalvando-se, ainda, que a incapacidade de qualquer das partes impõe a intervenção do Ministério Público (I, do art. 82 do CPC), sob pena de nulidade (art. 84, do CPC), neste caso absoluta, que deve ser alegada de ofício e pode sê-lo a qualquer tempo.

É possível também que se imponha a necessidade de nomeação de curador especial, por incidência do art. 9º e incisos I e II do CPC, exercendo este, *munus* público (TESHEINER, *Pressupostos processuais...*, 2000, p.60-61).

¹⁵ Artigos 6º-, I: “São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, I), ou à maneira de os exercer: I- os maiores de 16 (dezesseis) e os menores de 21 (vinte e um) anos (art. 154 a 156); e 9º-: “Aos 21 (vinte e um) anos completos acaba a menoridade, ficando habilitado o indivíduo para todos os atos da vida civil.

¹⁶ Artigos 4º-, I: “São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I- os maiores de 16 (dezesseis) e menores de 18 (dezoito) anos; e 5º-: “A menoridade cessa aos 18 (dezoito) anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil”.

Dispõe o art. 9º do CPC: “O juiz dará curador especial: I- ao incapaz, se não tiver representante legal, ou se os interesses deste colidirem com os daquele; II- ao réu preso, bem como ao revel citado por edital ou hora certa”. A integração da capacidade nestes casos é indispensável para que se cumpra os princípios processuais do contraditório e da ampla defesa’ relativos às partes, assim como o princípio constitucional da paridade de tratamento das partes, da isonomia.

Havendo a falta de quem represente o absolutamente incapaz ou assista o relativamente incapaz na proposição da ação, o juiz deve nomear-lhe curador especial; não sendo sanado o vício, decretar-se-á a nulidade do processo (art. 9º e 13 do CPC).

Fala a legislação, ainda, do caso da necessidade de integração da capacidade processual pelo cônjuge nas ações que versem sobre direitos reais imobiliários (art. 10 e 11 do CPC); objetivando a lei, neste passo, a defesa do patrimônio do casal, independente do regime de casamento, visto que fundada na necessidade de preservação dos bens garantidores da subsistência familiar. E do ponto de vista passivo, também nestes casos o cônjuge deverá ser citado.

A falta da outorga poderá ser suprida judicialmente, mas não suprida pelo juiz, sua falta invalida o processo, sendo este extinto, “*pois se trata de pressuposto para seu desenvolvimento válido. [...] Se não corrigida, ou se tem a revelia (quando a providência competia ao réu) ou a extinção do processo (sendo a providência de responsabilidade do autor)*” (CALMON DE PASSOS, *Comentários...*, 1998, v. III, p. 417). Por outro lado, se transformará em hipótese de rescindibilidade, após o trânsito em julgado, por violar literal dispositivo de lei (art. 485, V do CPC).

Observação interessante a respeito traz THEREZA ALVIM quanto à falta de integração da capacidade pelo cônjuge:

“sua invocação não se restringe ao cônjuge ausente, pode ser levantada pela parte contrária, devendo inclusive ser colocada de ofício, se ainda pendente o processo, evitando-se assim, processo e sentença nulos. Até mesmo a parte omissa (cônjuge) poderá invocar essa nulidade por estar em face de norma de ordem pública. Entretanto, nessa última hipótese, arcará com as conseqüências que poderão advir do seu silêncio, do seu agir sem capacidade para estar em juízo, ou seja, por má-fé

processual, além de ficar responsável por perdas e danos advindos de seu agir, inclusive por dano moral” (O direito processual de..., 1996, p. 50).

O artigo 12 do CPC examina outros entes, que não sendo pessoas físicas, gozam da possibilidade de também estar em juízo, efetivada tal capacidade por meio da representação em juízo, ativa e passivamente. Refere-se o artigo às pessoas jurídicas, nacionais e estrangeiras, das sociedades e entidades sem personalidade jurídica. E, tratando-se de matéria ligada à capacidade processual, infringido o art. 12 do CPC, tem-se uma nulidade.

É importante reforçar aqui a idéia de que, nestes casos, não se falará em integração da capacidade das pessoas jurídicas ou despersonalizadas, visto que a representação (ou apresentação) destas foi solução dada especificamente pelo sistema jurídico positivo a uma necessidade criada pela natureza das coisas (WAMBIER, *Curso avançado...*, 1999, v. I, p.223)

O legislador fecha o tema apresentando os efeitos da falta de capacidade processual ou defeito na representação, com o artigo 13 do CPC, que dispõe:

“Verificando a incapacidade processual ou a irregularidade da representação das partes, o juiz, suspendendo o processo, marcará prazo razoável para ser sanado o defeito. Não sendo cumprido o despacho dentro do prazo, se a providência couber: I- ao autor, o juiz decretará a nulidade do processo; II- ao réu, reputar-se-á revel; III- ao terceiro, será excluído do processo”.

No comentário de PONTES DE MIRANDA a respeito do artigo supracitado, pelo menos dois pontos são relevantes para completar a sua compreensão. O primeiro ressalta a necessidade de se estender também as conseqüências neste descritas ao caso de irregularidade na assistência.

“O menor que tem de ser assistido (e não só o que tem de ser representado) precisa de assistente ou de assistência regular. Na falta, cabe ao juiz nomear curador especial, como sucederia se preso o réu. Por isso, havemos de – antes de pensarmos no art. 13 – cogitar no art. 9º. Se o réu é absolutamente incapaz, e o pai ou a mãe o representa, porém o titular do pátrio poder não sana o defeito, tem-se como revel o réu, salvo se o juiz verificar que os seus interesses colidem com os do titular do

pátrio poder. O relativamente incapaz, que é assistido, não pode ser tido como revel se o seu assistente não atendeu, no prazo, ao despacho, mas ele argúi que a culpa do inatendimento foi do assistente. Aí, cabe ao juiz nomear curador à lide” (Comentários..., 1996, T. I, p.331).

MIRANDA elogia a evolução do CPC de 1973 em relação ao de 1939, quanto ao “*apagamento de quase toda distinção*” entre nulidades sanáveis e nulidades insanáveis, tratando-se este do segundo ponto relevante de seu comentário.

“Todas as nulidades, resultantes da falta de representação dos absolutamente incapazes, da assistência aos relativamente incapazes, dos assentimentos entre os cônjuges, da intervenção dos órgãos do Ministério Público, do representante judicial de incapazes e do curador à lide, passaram a ser, sem qualquer graduação, sanáveis” (Comentários..., 1996, t. I, p.331).

Desta forma é tratada a questão da falta da capacidade processual, buscando a sua integração pelos meios legalmente permitidos. O ato apropriado para corrigir defeito concernente à capacidade processual dependerá da natureza do vício, e, em geral, implicará a renovação de atos já praticados que tiverem sido atingidos pelo vício. Feita a emenda, porém, o processo retoma seu curso normal.

Analisadas então as questões referentes à capacidade processual, sua integração e as conseqüências ou defeitos pela falta destas, segue-se com as observações a respeito da natureza do vício da falta ou irregularidade insuprida de capacidade postulatória.

Ainda que exista a personalidade judiciária e a regular capacidade processual, a prática efetiva dos atos processuais, de regra, necessita mediação do advogado. Às partes, pessoalmente, não é permitido praticar atos de instauração e desenvolvimento do processo (art. 36 e 38 do CPC). Atividade esta que compete ao advogado, o qual possui capacidade postulatória, isto é, a função pública e o direito de pleitear em juízo pela parte. Deste modo, “*a capacidade postulatória da parte se expressa e se exterioriza pela representação atribuída a advogado para agir e falar em seu nome no processo*” (AMARAL SANTOS, *Primeiras linhas...*, 1993, p.356) conforme já esclarecido anteriormente.

Examinando então o caso de uma ação ter sido proposta por advogado com procuração outorgada por absolutamente incapaz não-representando legalmente, haverá nulidade absoluta do instrumento do mandato. Assim como, se o advogado peticionar sem prova da outorga do mandato, e tais atos, posteriormente, não forem oportunamente ratificados, reputar-se-ão inexistentes os atos praticados, respondendo o advogado por perdas e danos (artigos 36 e 37, parágrafo único do CPC). “*O que ocorrerá, na verdade, é a ineficácia da sentença em relação a quem poderia ter ratificado, mas não ratificou a inicial; ineficácia declarável a qualquer tempo, independente de ação rescisória*” (TESHEINER, *Pressupostos processuais...*, 2000, p.60), e em qualquer grau de jurisdição conforme os termos do art. 267, § 3º do CPC.

Ao seu turno, o art. 4º da Lei 8.906/94 comina nulidade aos atos realizados por pessoas não-inscritas na corporação, ou inscritos impedidos, licenciados, incompatibilizados e suspensos.

“Harmonizam-se as normas segundo o alvitre de que o artigo 37, parágrafo único, contempla o caso de ter o advogado postulado sem mandato, mas se trata de alguém regularmente inscrito na corporação, tão-só desprovido do indispensável consentimento da parte. E, de sua banda, o art. 4º do Estatuto remedeia as hipóteses de pessoas estranhas à profissão, aparentando terem inscrição, e de inscritos impedidos, licenciados, incompatibilizados ou suspensos interferirem no processo. Ali, comina-se inexistência retroativa; aqui, nulidade. Enquanto a inexistência é insanável, a nulidade prevista no art. 76 do Estatuto se apresenta ratificável ulteriormente” (ASSIS, *Manual do processo...*, 2001, p. 235).

É importante conferir duas hipóteses quanto aos efeitos da falta ou perda da capacidade postulatória, lembrando em princípio que, como pressuposto processual¹⁷, quanto ao conhecimento de ofício do defeito, em nada diverge da capacidade processual.

A primeira hipótese refere-se à falta de capacidade por incidência do art. 37, *caput*, do CPC, em que os prazos operam automaticamente, desde o provimento do juiz, e a consequência da infração será declararem-se inexistentes os atos porventura realizados.

¹⁷ De validade do processo, para alguns (TESCHEINER, p. 70) e para outros, de existência (TERESA WAMBIER, 284-285).

A segunda hipótese é a da perda ulterior da capacidade. Assim, se o juiz verificar que a parte se acha representada por alguém estranho aos quadros da corporação advocatícia, ou for inscrito suspenso ou impedido, toca-lhe suspender o processo, conforme art. 13 do CPC.

A mesma solução será aplicada no caso da morte do advogado (art. 265, I do CPC) e da perda posterior da capacidade postulatória. A parte, então, revogando o mandato (art. 44 do CPC), sem conferir outro procurador diverso no mesmo ato, ou renunciando o advogado (art. 45 do CPC), a fluência dos 10 dias em que o renunciante se responsabiliza pelo ofício, acompanhada da inércia da parte, também calham ao regime do art. 13 do CPC (ASSIS, *Manual do processo...*, 2001, p. 235).

Desta forma, a inércia da parte interessada, após o prazo de suspensão, importa a extinção do processo. Tratando-se de nulidade, ou superada a irregularidade, a parte constitui novo advogado no lugar daquele que não pôde continuar (morte ou incompatibilidade) e o processo retoma seu curso.

O tratamento que se deu neste estudo restringiu-se às ações de natureza individual, mas há também de se considerar, guardando as devidas proporções, o que foi dito, em se tratando de ações de natureza coletiva *lato sensu*.

3.3. Das Formas de Aquisição da Qualidade de Parte e a Legitimação para Agir.

Apresentadas as noções embasadoras do entendimento em torno do contemporâneo sentido dado ao direito de exercer a ação; sobre o conceito daquele que legalmente tem poder para exercê-lo (parte), e finalmente, sobre as conseqüências de se ocupar, irregularmente, esta posição no processo, é importante, agora, esclarecer também a respeito da possibilidade de se adquirir a qualidade de parte, quando esta não estiver presente na relação processual originariamente formada, ou quando, estando, venha a ocorrer situação superveniente que altere ou modifique esta condição.

É de se ressaltar, mais uma vez, a relevância do conceito de parte, para a ciência processual que ora se impõe, visto que, antes de ser um mero elemento de sua teoria geral, ou matéria de complementação ao trinômio: ação, jurisdição e processo, diz respeito diretamente à garantia constitucional do *due process of law*. E que, conforme já foi dito, reveste-se de relativismo contingencial, podendo variar para atender as necessidades do momento.

Assim, hoje, falar em parte é, acima de tudo, falar daqueles com oportunidade de participarem ativamente do contraditório, formando no processo, ao lado do juiz, o caminho mais justo e seguro, para a decisão final por este proferida. Este caminho deve ser construído de perto pelos principais interessados (partes parciais), visto que serão eles os destinatários dos efeitos diretos da coisa julgada.

Por outro lado, pode-se verificar “*que o conceito de parte, longe de ser um daqueles pilares sólidos sobre os quais se ergue a processualística pátria, está a merecer uma abordagem senão verdadeiramente científica, ao menos com propósitos pragmáticos*” (SIQUEIRA, *A defesa no...*, 1997, p.108) nos dias de hoje, principalmente, tendo em vista os reflexos deste estudo em matéria de interesses coletivos *lato sensu*.

Como ficou demonstrado, “*ser parte é um status adquirido por uma situação em face de dada relação processual, abstraindo-se qualquer referência à relação substancial nela deduzida*” (SIQUEIRA, *A defesa no...*, 1997, p.107).

Observou-se ainda que, ao conceituar parte, a maioria dos doutrinadores, repetidas vezes, faz menção ao fato de que parte é aquele que age em nome próprio. Só se podendo concluir que tal preocupação tem como propósito o de afastar, de uma vez por todas, a figura do representante, visto que este não age em nome próprio, não sendo parte, qualidade que pertence, apesar da incapacidade de estar em juízo, ao representado. Ao assistente (intervenção de terceiro), menor razão ainda se terá para confundi-lo na posição de parte, visto que a própria denominação lhe define a forma de participação no processo, apenas como interveniente; no máximo se poderia conceber a este a condição de ‘parte acessória’.

GUIMARÃES SIQUEIRA afirma que:

“definir parte é sabermos dos limites subjetivos da coisa julgada (art. 472) e conhecermos aqueles sujeitos atingidos pela proibição de repetir-se a mesma ação. Para o direito de defesa, a preocupação em definir parte diz ainda com as chamadas exceções pessoais, somente oponíveis pelos respectivos titulares, e não seus substitutos ou representantes” (A defesa no..., 1997, p.109).

Então, dos poderes e das conseqüências a que este (parte) estará sujeito ao se vincular a uma relação processual em litígio, é que surge a pergunta: Como se adquire ou se poderá adquirir a qualidade de parte?

A doutrina (SIQUEIRA, *A defesa do...*, 1997, p.108-109) aponta cinco maneiras, em geral, para alguém poder vir a ser considerado parte, em uma relação jurídica processual, mas aqui se acrescentará mais uma ao rol destas cinco. Desta forma, a condição de parte poderá ser adquirida: pela demanda, pela citação, pela intervenção, pela sucessão processual, pela substituição de parte, e, finalmente, pela substituição processual.

Pela demanda, aqueles sujeitos de direitos que invocarem, em nome próprio, a tutela jurisdicional, adquirem a qualidade de parte, no pólo ativo da relação processual.

E aqueles cuja citação os tornarem integrantes da relação processual (participativos, portanto, do contraditório), ocuparam o pólo passivo desta, sendo também considerados parte. Assim também ocorre com os terceiros intervenientes, cuja forma de intervenção (oposição e a nomeação à autoria, por exemplo), havendo procedência, poderá constituí-los em sujeitos ativo ou passivo da relação processual em curso.

Pela sucessão, em razão da morte do sujeito de direito da relação processual, os sucessores serão tidos como partes nesta. Alguns doutrinadores tratam este fenômeno da sucessão processual como se enquadrasse também na figura da substituição de parte, em razão de que ambas apresentem-se como formas de ‘sucessão’ de uma das partes no processo. LOPES DA COSTA fornece a devida diferença lecionando que a sucessão poderá ser a título ‘universal’, *“quando morre uma das partes”* (sucessão processual, art. 43 CPC/73) ou sucessão ‘singular’ *“quando se transmite o direito litigioso”* se o

transmitente se retire da relação processual em curso (substituição de parte, art. 42 CPC/73) (*Manual elementar...*, 1982, p.103).

Todavia, neste último caso de 'sucessão singular', em razão de transferência do bem ou direito litigioso, já no curso do processo, isto é, por ato entre vivos (não sendo resultado, desta forma, de aquisição da condição de parte *causa mortis*, situação que ensejaria sucessão processual em caráter 'universal') poderá também a parte vir a ser 'substituída' por outra pessoa (aquele que adquiriu o bem ou direito litigioso e assumiu tal posição na relação processual também). É este caso de substituição da parte que está disciplinado no artigo 42 do CPC/73.

E, por fim, assumirá, também, a condição de parte, o substituto processual, como sub-rogado do demandante ou do demandado, em seu próprio nome, na defesa do direito do substituído (SIQUEIRA, *A defesa...*, 1997, p.109). Exemplo típico será o da situação prevista pelo artigo 42 do CPC, se a parte contrária não concordar com a entrada, na relação processual, do adquirente do bem ou direito em litígio. Assim, o cessionário do bem, ou direito, permanece como substituto processual do adquirente, na posição de parte, portanto.

Pela demanda, pela citação, pela substituição da parte e por sucessão processual, todos os legitimados adquirem a condição de parte no processo, atuando em nome próprio por direito igualmente próprio. Enquanto o substituto processual atua em nome próprio por direito alheio.

Quanto aos casos de intervenção de terceiros, tal condição (de terceiro) poderá ou não ser modificada, conforme as formas e a procedência destas. Casos procedentes, em alguns deles, poderá falar-se em aquisição da qualidade de parte, com o mesmo sentido já apontado, isto é, agindo o terceiro que se tornou parte, em nome próprio, para defesa de direito também próprio. Reforçando-se aqui a idéia de que, nem todas as formas de intervenção de terceiro, levará este terceiro à condição de parte naquela mesma demanda (denúnciação da lide e assistência).

Quanto à condição de parte assumida pelo substituto processual, desta não se poderá questionar, visto que, somente possível de ocorrer, caso concedida

exclusivamente por lei, nos moldes da processualística brasileira. Desta forma, LOPES DA COSTA conceitua substituição processual afirmando que ela ocorre “quando a lei permite que alguém assuma a posição de parte no processo, substituindo a parte da relação material ajuizada” (*Manual elementar...*, 1982, p.103).

Na verdade, ao conceituar parte, a doutrina dominante, geralmente, a vincula ao fato de ‘parte’ ser aquele com capacidade para agir em nome próprio, por direito igualmente próprio, em conformidade com o que está determinado no artigo 6º, primeira parte, do CPC/73: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio”, referindo-se, neste caso, embora por meio de uma negativa, à situação denominada pela doutrina como de legitimação ordinária.

Por outro lado, ao negar que alguém possa pleitear, em nome próprio, direito alheio, o legislador fixou o princípio afirmativo de que somente o titular do direito pode demandar acerca deste; evidentemente, também será dele o maior interesse em reclamá-lo ou não, assim como de saber qual será o melhor momento para tomar esta providência em juízo (pressupondo-se a frustração de tentativa extrajudicial anterior), estabelecendo-se assim as condições previstas no artigo 3º do CPC/73, para que o exercício do direito de ação ocorra legitimamente.

Desta observação resulta outra pergunta: Seria então esta a única forma de se obter a legitimação para agir? A resposta se encontra na segunda parte do artigo 6º do CPC: “salvo quando autorizado por lei”, situações das quais emerge a denominada legitimação extraordinária (substituição processual). Então, aquele que atua em nome próprio, por direito alheio, só assim o poderá fazer, conforme previsão legal, reforça-se.

Destarte, para a validade do processo, o fato de ser parte não é suficiente, haverá de se verificar se aquele denominado parte (ativa ou passiva), o é legitimamente. “Assim, pergunta-se: o que torna alguém parte legítima? A resposta é a situação legitimante” (SIQUEIRA, *A defesa...*, 1997, p.110¹⁸, em sintonia com a teoria de FAZZALARI, anteriormente mencionada).

¹⁸ Aponta SIQUEIRA a doutrina de BARBOSA MOREIRA E VICENTE GRECO FILHO (*Da intervenção de terceiro*), lembre-se também a tese de FAZZALARI anteriormente mencionada.

A partir do momento em que se sedimentou a autonomia da relação processual em face da relação material (VON BÜLOW),

“é possível não haver coincidência, na mesma pessoa, da legitimação para fazer parte simultaneamente nestes dois vínculos jurídicos (ROSEMBERG, Tratado..., ob. cit.). Se isto acontecer, de duas, uma: ou estaremos diante de um caso inexorável de ilegitimidade de parte, ou da hipótese muito comum de legitimação extraordinária (mais freqüentemente, substituição processual)” (apud. SIQUEIRA, A defesa..., 1997, p.110).

SIQUEIRA afirma ainda que, quem define a situação legitimante é o direito material, considerando-se parte legítima todo aquele que, em uma dada relação processual, reunir a condição de parte (só possível do ponto de vista formal ou processual) e de titular da situação legitimante, coincidência esta somente apurada no curso do processo (SIQUEIRA, *A defesa...*, 1997, p.110).

Nesse caminho, assevera PLÍNIO GONÇALVES:

“A situação legitimante é uma situação constituída, perante a qual um poder, uma faculdade ou um dever, são conferidos ao sujeito, e, conforme considerada por FAZZALARI, permite a indicação de quem pode atuar como sujeito em um processo concretamente considerado, quem deterá a legitimação para agir em um dado processo” (Técnica processual..., 1992, p. 145).

Assim, será o provimento o critério definidor da legitimação dos sujeitos do processo, e a cada momento em que a um interessado é conferido o atributo de parte, opera-se a ‘situação legitimante’, a qual capacita este mesmo sujeito à condição de praticar atos no processo, constituindo-se a ‘situação legitimada’, que é exatamente a expectativa de que o sujeito venha a praticar atos no processo.

Destarte, há de se retomar o que foi dito até aqui sobre: as condições para o exercício da ação; o seu conceito; os pressupostos; os princípios processuais inerentes às partes e as nulidades no processo, concernentes à posição, regular e válida, de parte no processo, aplicando-as também ao ‘substituto processual’. Incluem-se neste rol, também, os impedimentos e as suspeições do juiz e dos auxiliares, no tocante ao substituto e ao substituído.

Entretanto, com referência à coisa julgada, é de se fazer uma ressalva, visto que ainda há controvérsias na doutrina tradicional, as quais intensificaram mais, em razão dos 'entes' que recebem a legitimação legal para agirem propondo ações coletivas. Numa breve exposição se reproduzirá a opinião de FRANCISCO BARROS DIAS¹⁹ quanto à doutrina tradicional, em torno do tema, assunto que será retomado mais a frente, considerando sua incidência nas ações coletivas.

"No que tange à coisa julgada, embora reine alguma controvérsia de que só seria atingido o substituído por ser este o titular do direito material, e por essa razão deveria responder pelos efeitos da sentença, filiamo-nos à corrente de que os efeitos da coisa julgada se estendem ao substituto e ao substituído, quer por incidir obrigações no campo estritamente processual, quer por haver tantas outras na área do direito substancial" (DIAS, *Substituição processual...*, 1989, P.189).

Voltando-se ao objeto deste capítulo, pode-se então concluir, segundo a doutrina corrente, que a legitimação ordinária é aquela na qual ocorre coincidência da situação legitimante, com a legitimação para agir e a condição de parte. E a legitimação denominada 'extraordinária' só ocorrerá quando a lei permitir que alguém, a princípio não legitimado, detenha a legitimação para agir, e seja considerado, caso a adquira, por qualquer dos modos possíveis, detentor da qualidade de parte legítima (de forma exclusiva ou de forma concorrente) (SIQUEIRA, *A defesa...*, 1997, p.111-112).

Importante neste passo traçar a diferença entre legitimidade e legitimação para a causa; ainda que pareça dispensável tal abordagem, nela se insistirá, uma vez que, o que se tem como audaciosa pretensão neste estudo, é justamente a tentativa de sistematizar o correto uso dos termos da doutrina processual, compreendendo-se o real significado destes. Esta abordagem não é inovadora, porém, vê-se pouca discussão do tema pelos doutrinadores do direito, que geralmente estes não respaldam tal diferenciação²⁰.

Legitimidade para agir refere-se a uma das condições da ação (art. 3º do CPC/73) segundo o ordenamento jurídico brasileiro. Possui tal legitimidade aquele que

¹⁹ Juiz federal no Rio Grande do Norte.

²⁰ GRECO FILHO, *Direito processual...*, 1996, v. I, p.78.

teve um direito seu violado ou ameaçado de violação. A partir do momento em que este, titular do direito, busca recompô-lo judicialmente, ao propor a ação contra aquele a quem ele atribui a lesão (réu) ao seu direito, tornar-se-á autor (sujeito ativo) na relação jurídica processual.

Tal posição certamente estará condicionada à presença dos pressupostos processuais a este inerentes (personalidade jurídica; capacidade processual e capacidade postulatória), o que lhe atribuirá posição de parte legítima da relação processual, a qual se completará com a citação válida e regular da parte contrária (réu). Pode-se dizer que, presentes todas estas situações, o sujeito ativo terá tanto a legitimidade para agir quanto a legitimação para a causa.

A confusão se instala quando o artigo 3º do CPC confere também ao réu a legitimidade para contestar, visto que o que este pode ter, neste momento, e a terá a partir da citação regular, será a legitimação para contestar ação, e não necessariamente, assim como acontece com autor, estará presente também a legitimidade para a causa (do réu).

“A legitimação para contestar não tem a característica que o legislador parece lhe dar. Pelo simples fato de ter sido citada como réu em uma ação, a pessoa tem legitimação para contestá-la, isto é, para se defender, não importando se ela é, ou não, sujeito do direito reclamado. Muitas vezes a contestação é apenas para demonstrar que o réu não tem a legitimidade passiva, isto é, não é o sujeito daquele direito” (BARBI, *Ação, partes, despesas judiciais...*, 1974, p.20).

Desta forma, provada a falta de legitimidade do réu, isso equivalerá à falta de legitimidade passiva, e o autor será julgado carecedor da ação. Assim, apesar de não existir a legitimidade por parte do réu, a ação se desenvolveu regularmente. O que se poderia dizer é que ao réu não faltou legitimação para reagir. Por isto BARBI critica o legislador quanto à redação do artigo 3º do CPC, qualificando-o de impreciso ou equivocado.

A legitimação para agir é qualidade inerente à parte, no sentido processual; entretanto, esta qualidade emerge de uma situação jurídica legitimante, de um processo existente, ou seja, a situação de parte neste processo, e é ensejadora do exercício regular do direito de ação. Tal regularidade pressupõe ainda a presença das demais condições da

ação e pressupostos processuais, ensejando, desta forma, o pronunciamento judicial sobre o mérito do processo. Enfim, pode-se concluir que a legitimidade resulta da titularidade²¹ do direito de ação; assim o exercício regular da ação pressupõe a legitimidade, o que nem sempre ocorre no exercício da defesa por parte do réu, que apesar disto terá legitimação.

“Em geral a lei concede ação ao titular do direito subjetivo ou interesse reflexamente protegido. Nesse caso a parte legítima no processo (parte em sentido formal) é a mesma parte legítima na relação de Direito substantivo apreciada em juízo (parte em sentido substancial)” (TORNAGHI, Comentários..., v. I, 1974, p. 91).

Está, desta forma, caracterizada no processo, a posição de parte, deduzida da legitimação denominada ordinária, e, assumida por aquele que defende direito próprio, em nome próprio.

E a posição conferida pela legitimação denominada extraordinária será aquela forma de aquisição da qualidade de parte, por determinação da lei, assumida por aquele que defende direito alheio, em nome próprio.

Por outro lado, enquanto os litígios rondavam apenas a esfera individual dos direitos juridicamente protegidos, falava-se em legitimação para agir (ativa e passiva; ordinária e extraordinária) também dentro desta limitação. Porém, pode-se, hoje, por motivos já acima abordados, ao se falar em legitimação para agir, subdividi-la em: legitimação individual ordinária, legitimação individual extraordinária e, por fim, legitimação nas ações coletivas. Nesse último caso se poderia sugerir o nome de legitimação coletiva institucional.

Os entes intermediários possuem legitimação ativa para defesa dos direitos e interesses coletivos *lato sensu*; tal legitimação foi a eles conferida em razão de determinação legal, fato que, de certa forma, aproxima a condição destes com a de substituto processual. Agindo tais entes como parte no processo, poder-se-ia dizer que tal situação estaria a sugerir mais uma forma de aquisição da qualidade de parte, embora sob fundamento já disposto para a circunstância aferida (determinação legal) na

²¹ TORNAGHI, Comentários..., v. I, 1974, p. 90; ARMELIN, Legitimidade..., 1979, p.84.

substituição processual (e, por isso, em princípio, *poder-se-ia* falar em legitimação extraordinária de tais entes).

Em razão dos contornos buscados nesta pesquisa, abordá-se-á, com maiores detalhes, sobre as implicações e conseqüências processuais da aquisição da qualidade de parte, pela situação da substituição processual, portanto, através do estudo do gênero do qual esta é espécie, ou seja, da legitimação extraordinária. Sendo este o tema que se passará a tratar exclusivamente a partir daqui, enfatizando o fato de, parte da doutrina, entender ocorrer sua incidência nas ações coletivas *lato sensu*.

Antes, porém, de se adentrar no tema específico, é importante esclarecer que, no direito processual vigente, a disciplina genérica da legitimação tem sua sede própria nas regras do processo de conhecimento. Estando esta disciplinada no CPC/1973 entre as condições da ação (art. 3º, 6º e 267, VI), daí irradiando-se ao processo de execução e cautelar, respeitadas as particularidades expressamente estatuídas pelo sistema de cada um destes. Apesar de estarem dentro do próprio Direito Processual, não se pretende estender o estudo sobre a legitimação do substituto processual para além dos limites do processo de conhecimento, ao menos nesta oportunidade, vez que em muito se extrapolaria aos humildes objetivos desta pesquisa.

Todavia, não se pode ignorar o leque de indagações que o tema abre. E, como norma subsidiária que é o Código de Processo Civil, o instituto da substituição processual nele disposto se irradia para outras áreas do Direito (gerando igualmente discordâncias doutrinárias), entre as quais se destaca a do Direito do Trabalho. Neste ramo do direito tem-se, no sindicato e no Ministério Público, os principais entes intermediadores dos conflitos coletivos das categorias que 'representam'. Tal fato não parece de todo estranho, vez que a Justiça do Trabalho carrega uma carga significativa dos conflitos sociais e coletivos que se discutem na sociedade atual.

Na verdade, tais conflitos sempre estiveram presentes nas relações trabalhistas, afinal, pode-se até dizer que foram deles (conflitos) que se originaram estas formas de atuação jurisdicional, que hoje estão em destaque, e buscam, na lei processual, os fundamentos para que sejam utilizadas de forma tecnicamente correta.

Dai porque se ouvir falar da necessidade da coletivização do próprio processo, em atendimento não só aos direitos trabalhistas como também, na tentativa de se harmonizar com o constitucionalismo social já instalado e em expansão no Direito Brasileiro, a partir, principalmente, do advento da Constituição da República de 1988.

É necessário lembrar que, nos últimos anos, a legislação trabalhista sofreu alterações significativas, visando à melhoria das condições de trabalho e à proteção dos direitos dos empregados.

Essas mudanças refletem o compromisso do Estado com a promoção do bem-estar social e a defesa dos interesses da classe trabalhadora.

Portanto, a implementação de políticas públicas que promovam a justiça social é fundamental para a construção de uma sociedade mais equitativa.

Finalmente, cabe ressaltar que a efetivação desses direitos depende da atuação conjunta do Poder Judiciário, do Poder Executivo e do Poder Legislativo, visando à criação de mecanismos eficazes de fiscalização e aplicação da legislação.

1. Sobre a importância da legislação trabalhista, ver a Lei nº 5.020/66, que instituiu o salário mínimo, e a Lei nº 5.209/66, que criou o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS).

4. A LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA E O INSTITUTO DA SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL

É importante ressaltar aqui que, enquanto a 'imparcialidade' e o 'desinteresse' são requisitos essenciais à parte imparcial do processo, isto é, ao juiz, que é por natureza inerte, apesar de não desprovido de poderes para impulsionar o processo instaurado, o contrário se deve afirmar quanto às partes parciais.

Enquanto, o 'desinteresse' deve marcar a condição de imparcialidade do juiz, o 'interesse' é indispensável requisito para ocorrência da demanda, "*por isso, em linha de princípio, atribui-se ao titular do interesse litigioso (ou seja, aos sujeitos da lide), o poder de provocar o desenvolvimento da atividade jurisdicional a respeito da lide*", ou seja, a legitimidade para agir (CINTRA, *Estudo sobre...*, 1972, p.25).

Faz-se, neste passo, uma ressalva quanto a distinção processual, tanto teórica quanto prática, que deve ser marcada entre interesse de agir e legitimidade para agir¹, que, embora conexos, nem sempre se justificam reciprocamente.

"Como a titularidade da ação decorrente da situação legitimante é a única existente no pólo ativo da relação processual, o interesse há sempre de aderir a essa titularidade, aparecendo, em consequência, a vinculação do interesse ao autor, o que permite a elaboração daquela colocação, onde se enfoca a legitimidade como titularidade do interesse. Todavia, essa angulação do problema resulta de um desvio de ótica jurídica, pois aquelas titularidades não se confundem, antes se justapõem. [...] Embora ambas as titularidades prendam-se, em determinados casos (aliás, na maioria destes), ao mesmo sujeito, não se confundem. [...] Se a presença de ambas as categorias processuais se faz mister para a plenitude do exercício do direito de ação, tal não significa que a sua existência esteja chumbada a uma semelhante vinculação. [...] Posto que a ausência de qualquer destas condições da ação importe no mesmo resultado processual, com o término anormal

¹ "No Código de Processo Civil português, a legitimidade é, inclusive, definida como titularidade do interesse direto em demandar ou em contradizer (art. 26. I)" ARMELIN, *Legitimidade...*, 1979, p.107, nota de rodapé nº 158, que neste contexto apresenta as idéias de SALVATORE SATTÀ, no sentido de existir identidade entre legitimidade e interesse de agir.

do processo, sem decisão de mérito” (ARMELIN, Legitimidade..., 1979, p. 109).

Entre os exemplos de casos em que se verifica a dissociação destas duas condições para o exercício da ação, estão aquelas ações em que se configura abuso de direito para demandar, nas quais, estando presente a legitimidade das partes, nega-se a existência do interesse de agir em função do abuso de direito, como ocorre nos casos em que se usa a máquina judiciária para, por exemplo, promover vingança pessoal. Pode-se então concluir que, interesse de agir e legitimidade se dissociam, ao menos no plano processual. Por isso a exigência de ambas as condições expressa no artigo 3º do CPC/73.

Destarte, o poder de provocar a atividade dos órgãos jurisdicionais com respeito à lide, refere-se ao poder ou direito de exercício da ação. E a sua atribuição a alguém importa na legitimação e interesse deste para exercê-lo. Daí resultar a regra pela qual o sujeito da lide corresponde ao do processo, e a ele, então, é conferida a legitimidade para agir. Diz-se, neste caso, que tal legitimidade é ‘ordinária’.

Este tipo de legitimação denominada ordinária é subdividida por ARMELIN em legitimação simples e complexa, principalmente com relação à parte passiva da relação processual, como ocorre nos casos de litisconsórcio². Desta forma:

“pode-se classificar a legitimidade ordinária, no processo, como legitimidade simples, quando o autor ou o réu têm condições de, validamente, atuar isoladamente no processo, e complexa, quando essa atuação imprescinde da colaboração de todos os co-legitimados, tal como sucede nos casos de litisconsórcio necessário simples ou unitário” (Legitimidade..., 1979, p. 119).

Outro é o caso, entretanto, em que não há coincidência entre o sujeito da lide com o do processo, resultando daí a denominação de outra espécie de legitimação.

² CARNELUTTI, *Instituições...*, 2000, v. I, p.227-230, usa as expressões *simples* e *complexas* para distinguir as espécies de ‘parte’, reservado o primeiro caso às pessoas físicas e capazes, e, o segundo, às pessoas jurídicas e aos incapazes. Tal situação fixa a atuação das pessoas ‘complexas’ através da representação ou assistência.

“O direito também admite que terceiros, estranhos à lide, levem-na a juízo e a submetam, eficazmente, à jurisdição. Quando isso ocorre, para fins de proteção de interesse próprio do terceiro, temos a figura da substituição processual. [...] Dai se conclui que o substituto processual é o sujeito legitimado para agir em juízo (seja como autor, seja como réu), a fim de, no interesse próprio, fazer valer um direito (controvertido) alheio.” (CINTRA, *Estudo sobre...*, 1972, p.25).

Ressalta-se aí a questão do ‘interesse’ também atribuído ao substituto processual, assim como a legitimação (daquele que ocupar esta posição) que, de certa forma, igualmente tem respaldo neste interesse, mas com este não se confundindo, entretanto. Tratando-se este caso, todavia, de legitimidade extraordinária.

Mais à frente abordaremos a questão da necessidade da presença do interesse como condição para o exercício da ação pelo substituto processual.

É também de se marcar o uso do termo ‘terceiro’ na citação de CINTRA, a fim de não se confundir, neste passo, o substituto processual, sujeito do processo (parte), com o terceiro interveniente (formas de intervenção de terceiro), o qual, de regra³, mantém esta posição em relação à ação processual.

Dispõe o Código de Processo Civil vigente em seu artigo 6º: *“A ninguém é dado pleitear, em nome próprio, direito alheio, pois tal demanda será rejeitada por falta de uma das condições da ação, que é a legitimação para agir”*⁴ (CAMPOS JÚNIOR, *Substituição...*, 1985, p.14). Portanto, da interpretação deste dispositivo verifica-se que não foi feita referência à condição do interesse para agir.

Assim, àquele que, em princípio, não detenha a legitimidade para agir (ordinária), e que, de algum modo legalmente previsto, passa a adquiri-la, passará a participar da relação jurídica processual como ‘parte’ nesta, passando a ter, portanto, a titularidade para ação. Surge aqui a figura da legitimação denominada extraordinária.

³ Oposição bem sucedida, por exemplo.

⁴ Remete aqui o referido autor a cinco casos nos quais considera não ocorrer a substituição processual.

Entre as espécies de legitimação extraordinária se inclui, como espécie típica, a 'substituição processual', figura da qual resultou a idéia para o desenvolvimento desta pesquisa, sendo-lhe um de seus eixos principais.

Para se trabalhar os fundamentos jurídicos do instituto da substituição processual, é importante traçar seu conceito nos moldes da doutrina tradicional, considerando a realidade jurídico-social na qual ele foi concebido, a fim de que se confirme a necessidade contemporânea de se repensar a extensão de tal conceito, para conferir a sua compatibilidade, tanto com o seu escopo na sistemática referente à Teoria Geral do Processo, como também ao Direito Constitucional posto.

Indispensável ainda será apresentar um estudo comparativo deste instituto com outros que se podem denominar de afins, mas que com este não podem ser confundido.

Em especial, serão abordados os institutos: da representação/presentação⁵, da sucessão processual e da substituição de parte.

Completando-se a pesquisa sobre o tema, serão indicados os critérios para determinar as possíveis espécies de substituição processual presentes no ordenamento jurídico nacional. Dando também relevo à possibilidade, certa para alguns, de se fazer presente a figura do substituto processual nas ações de caráter coletivo, enfatizando, nestes casos, o papel do Ministério Público e do Sindicato.

Pretende-se, desta forma, o encontro entre a doutrina tradicional referente à substituição processual e a verificação da relevância atual de seu estudo, traçando-se as perspectivas de verificação deste instituto processual, como possível, ou impossível, meio efetivador dos direitos e interesses metaindividuais protegidos constitucionalmente, e, postos em discussão na prática forense atual, em especial nas ações de índole coletiva.

⁵ No caso de pessoas jurídicas.

4.1. Origem Histórica e o Conceito de Substituição Processual.

Etimologicamente, substituir traduz a idéia de agir em lugar de; ir para o lugar de; tomar o lugar de; transferir suas atribuições ou funções para outra pessoa; apresentar uma pessoa no seu lugar (HOLANDA FERREIRA, *Novo dicionário...*, 1986, p.1623).

Transferindo a idéia do termo 'substituição' para o campo do Direito Processual, encontram-se situações em que alguém está autorizado a desenvolver atividades para outra pessoa, e não para si exclusivamente. Assim, numa ação alguém ocupará o lugar que deveria estar já ocupado, ou o qual, a outro, pertenceria.

No dicionário de processo civil de CRETELLA NETO, ao termo é dada a seguinte equivalência: "*permuta, sub-rogação, troca. Colocação de outra pessoa ou coisa, no lugar da primeira*" (*Dicionário de processo...*, 1999, p.427).

No processo, os sujeitos desta relação são denominados 'partes' parciais⁶, sendo aqueles que poderão ser 'substituídos'. Entretanto, este fato nem sempre irá refletir na condição de parte em relação àquele que ocupar o lugar desta. Então, dependendo dos motivos e das circunstâncias as quais ocorrerem a transferência de posição no processo (de uma pessoa para outra), poderá daí resultar fenômenos distintos, entre os quais: a substituição processual (art. 6º do CPC), substituição de parte (art. 42, § 3º do CPC), a representação/presentação ou sucessão no processo.

Esta diversidade de possibilidades leva a doutrina a criticar a terminologia ou denominação usada pelo legislador, tornando-se indispensável um estudo comparativo entre estas figuras assemelhadas.

Normalmente, a posição de parte é assumida pela própria pessoa que se diz titular da relação deduzida em juízo, mas, tal coincidência não é necessária, visto que pode assumi-la outra pessoa que não se afirma e não se apresenta como sujeito da relação material em litígio.

⁶ Em distinção à figura do juiz que, embora também pudesse ser considerado sujeito desta relação, deve participar de forma imparcial.

Dentro do Direito Processual Civil, atendendo a esta possibilidade legal, formou-se um conceito de 'parte' como "*aquele que demanda em seu próprio nome (ou em cujo nome é demandada) a atuação duma vontade da lei, e aquele em face de quem essa atuação é demandada*" (CHIOVENDA, *Instituições...*, 2000, v. II, p.278-279).

Àquele que demanda em nome próprio, por direito próprio, coincidindo sua posição de sujeito da relação de direito material e de direito processual (ainda que supostamente, visto que o tema será analisado no processo), a doutrina confere a denominada 'legitimação ordinária'. Enquanto para aquele que, ainda que em nome próprio, não afirmando ser titular do direito material, e excepcionalmente autorizado pela lei, vem para agir na defesa de direito alheio, confere-se a denominada 'legitimação extraordinária'.

Tradicionalmente estas posições tinham um caráter exclusivamente individualizado⁷, a substituição se fazia de um indivíduo para outro indivíduo (ou em relações plúrimas), mas hoje há entendimento, por boa parte da doutrina, de que o instituto não incide com exclusividade na esfera individual deste posicionamento, resultando imediatos reflexos na prática forense e legislações atuais, como indagações inerentes à necessidade de um processo de massa, coletivizado.

A figura da substituição processual teve sua trajetória evolutiva ao longo da história do Direito Processual, entretanto, não se pode dizer que este caminho tenha chegado ao seu destino final, posto que muitas dúvidas ainda pairam sobre sua verdadeira natureza jurídica, notadamente em se tratando de direito coletivo. Além disto, a própria evolução do Direito Processual, na sua inevitável e saudável dinâmica, em acompanhamento às necessidades de uma sociedade cada vez mais complexa em suas relações interpessoais, vem a clamar uma nova atitude interpretativa quanto aos seus institutos, por vezes, diferentes daquelas que, um dia, responderam às inquietações doutrinárias da época em que foram concebidas.

"A substituição processual, como fenômeno jurídico, já existia entre os romanos, como assinala Emilio Betti, que vislumbra aquele instituto nas figuras do "cognitor", do "procurador", do

⁷ Falava-se em legitimação ordinária individual e extraordinária individual.

“defensor”, do “tutor” e do “curador”⁸. Contudo, apenas no último quartel do século passado (1886) é que o instituto em exame foi posto em evidência, como categoria jurídica autônoma. Essa contribuição é devida a Köhler, que num estudo sobre o usufruto com poderes de disposição, chamou a atenção para a substituição processual, denominando-a “Prozesstandschaft” (estado processual) e localizando-a no direito material⁹. Pouco mais tarde, Hellwig acolheu o instituto, passando a designá-lo como “Prozessführungsrecht des Nichtberechtigten” (direito de conduzir o processo de quem não é titular do direito) e transportando-o para o campo do direito processual¹⁰ (apud. ARAÚJO CINTRA, *Estudo sobre a substituição...*, 1972, p.23)

A denominação “sostituzione processuale” foi adotada e consagrada pelo uso a partir da obra de CHIVENDA, (“*Principii...*” 1906) na sua primeira edição, com primazia na Itália. Em pouco tempo a doutrina de CHIOVENDA sobre o tema noticiava grande adesão, embora sob algumas restrições impostas, principalmente, por REDENTI e GALANTE (ARAÚJO CINTRA, *Estudo sobre a substituição...*, 1972, p.23)

“O primeiro entendia que seriam poucos, dispares e heterogêneos os casos de substituição processual, não podendo, portanto, constituir uma categoria geral.[...] Quanto a Galante, aludia à importância “negativa da substituição processual, por servir apenas para excluir da representação “molte ipotesi che di rappresentanza non sono”, ao que redarguia Chiovenda que “questi così che rappresentanza non sono saranno pure qualcocáltro”¹¹ (apud. ARAÚJO CINTRA, *Estudo sobre a substituição...*, 1972, p.23-24)

Assim, a partir daí a substituição processual passou a figurar no CPC italiano de 1940, disciplinado no art. 81, da seguinte forma: “*Fora dos casos expressamente previstos na lei, ninguém poderá fazer valer no processo em nome seu, um direito alheio*” (CPC ITALIANO, Trad. Hiltomar M. Oliveira, CARNELUTTI, In:

⁸ *Istituzione di diritto romano*, 2. ed., Cedam, Pádua, 1947, v. I, p. 318.

⁹ GARBAGNATI, *La sostituzione processuale nel nuovo codice di procedura civile*, Dott. A Giuffrè Editore, Milão, 1942, p.1-3.

¹⁰ GARBAGNATI, op. cit. p.3.

¹¹ Trad.: “muitas hipóteses que de representação não são, ao que replicava Chiovenda que “estas coisas que representação não serão puramente qualquer outra coisa””.

Sistema de direito..., 2000, v. I, p.565) apesar da oposição de alguns (SEGNI¹² e SATTA¹³), tal figura também se encontra presente no direito da Alemanha.

Da Itália e Alemanha, ainda que timidamente, o instituto processual chegou ao Brasil, tendo sofrido críticas na época (1949) por parte de PONTES DE MIRANDA, pelo risco de assumir, a categoria, diferentes feições, tornando-se perigoso usar dela para aludir a princípios (*apud.* ARAÚJO CINTRA, *Estudo sobre a substituição...*, 1972, p.24).

Na verdade, algumas das dificuldades de interpretação do instituto da substituição processual podem passar pela fragilidade do termo usado para sua designação.

OLIVEIRA JÚNIOR, dando certa razão às considerações críticas feitas por MIRANDA, sugeriu até denominação diferenciada para o instituto, que poderia ser chamado, segundo OLIVEIRA JÚNIOR, de 'equiparação ou equivalência processual'¹⁴, acreditando, desta forma, conferir-lhe maior precisão.

“Com efeito, equiparar significa confrontar ou comparar duas coisas, considerando-se iguais (Dicionário da Língua Portuguesa, de CALDAS AULET, 2º vol., p. 1.813). Ora, aquele que, em juízo, defende, em nome próprio, direito alheio, é equiparado ou equivale à parte, é como tal considerado. Éle não é, na realidade, um substituto do titular da relação de direito material, mas, na relação processual, ocupa a posição que, normalmente, seria ocupada pelo último. [...] Não há como se aceitar uma denominação imprópria, que sugere uma atividade substitutiva a qual, realmente, inexistente. Isso porque, sendo aceita a expressão “substituição” em seu verdadeiro significado, teríamos de admitir que o chamado substituto (o que vem a juízo em nome próprio, defender direito alheio) estaria sub-rogado em todos os direitos e deveres de natureza material atribuídos ao substituído. No entanto, tal não acontece, uma vez que o primeiro, embora assumindo a posição processual de

¹² *L'intervento adesivo*, Roma, 1919, verbete “Parti”, In *Enciclopédia Italiana*, v. XXVI, *apud.* CINTRA, ob. cit., 1972, p. 24.

¹³ *Commentario al codice di procedura civile*, Casa Editrice Di Francesco Vallardi, 1959, I, p. 273, *apud.* CINTRA, ob. cit., 1972, p. 24.

¹⁴ W. M. OLIVEIRA JÚNIOR, também na obra *Substituição processual*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

parte, não defende seus próprios direitos, mas sim, os do substituído” (OLIVEIRA JÚNIOR, Curso de..., 1973, p. 215-216).

PONTES DE MIRANDA insiste em alertar a respeito da impropriedade da expressão “substituição processual”, retomando inclusive suas origens, como base para fundamentar sua importante crítica:

“O nome “substituição processual”, usado por GIUSEPPE CHIOVENDA (Principii, 596-601), para designar os casos em que o sujeito da relação processual não é o titular da relação de direito material, é impróprio. Exatamente “substituição” é o que não se dá. Josef Kohler, que iniciou o estudo desses fatos, não usara tal expressão – vira-os como casos especiais de subjetividade processual em relação às res in iudicium deducta. Tão-só. Desde que passamos à concepção da relação jurídica processual como publicística, perdeu a significação, que poderia ter, de “anormalidade”, a não-coincidência entre os dois sujeitos; por outro lado, a distinção entre a pretensão à tutela jurídica e a pretensão de direito material ainda mais viva põe a irrelevância da especialidade. [...] Os processualistas italianos vulgarizaram o nome com esse evidente prejuízo, e Galgano (Nápoles, 1911) chegou a escrever monografia Sulls Dottrina della Sostituzione processuale” (MIRANDA, Comentários..., 1997, t. I, p.220).

Ao comentar sobre o artigo 6º do CPC/73, MIRANDA refere-se ao instituto como caso de “*legitimação processual*” (Comentários..., 1997, t. I, p.185); entretanto há aqueles que consideram pertinente tal denominação, afirmando que “*inegavelmente ocorre uma substituição de atividade no plano processual*” (ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel de. Código de..., 1975, v. I, p.429).

CHIOVENDA afirma que, no direito processual italiano, tanto a categoria como a denominação “*são hoje aceitas por todos, inclusive pela jurisprudência da Corte de Cassação*” (Instituições..., 2000, v. I, p.301).

Além da discussão em torno da impropriedade na denominação do instituto da substituição processual, é relevante lembrar-se também do fato de esta se consistir numa das hipóteses ou espécies de legitimação extraordinária. Até se poderia dizer, consistir-se na hipótese típica de legitimação extraordinária, pois o substituto processual vem ao juízo, devidamente autorizado por lei, para, em nome próprio, defender direito alheio.

Sendo, então, a substituição processual, “*apenas espécie do gênero legitimação extraordinária*”, torna-se necessário distingui-la das demais formas, tema que será abordado mais adiante.

Seguem, neste passo, alguns conceitos levantados na doutrina tradicional quanto ao instituto da substituição processual.

EDOARDO GARBAGNATI, dedicando uma obra inteira especialmente ao estudo do instituto processual¹⁵, afirma que o substituto processual se apresenta como “*um sujeito legitimado, em via extraordinária, para agir, em nome próprio, relativamente a uma relação jurídica alheia*” (*La Sostituzione Processuale*. Milão, Dott. A. Giuffrè, 1942, p.213, *apud*. CAMPOS JÚNIOR, 1985, p.17).

ADOLF SCHÖNKE, ao se referir ao substituto processual, assim se pronuncia: “*é parte uma pessoa distinta do titular, nos casos em que se dá a sub-rogação ou substituição processual, nos quais a faculdade de promover o processo não pertence ao titular do direito controvertido, senão a um terceiro*” (*Derecho procesal civil*, Barcelona, 1950, § 23, p.85, *apud*. CAMPOS JÚNIOR, 1985, p.17).

RICARDO REIMUNDIN entende que substituição processual “*consiste em agir em lugar de outro, em nome próprio, por direito alheio e por interesse próprio*” (*Derecho procesal civil*, Buenos Aires, Ed. Vircocha, 1956, p.197, *apud*. CAMPOS JÚNIOR, 1985, p.17).

ALFREDO DE ARAÚJO LOPES DA COSTA limita-se a afirmar que “*é a legitimação de terceiro para defender, em seu próprio nome, direito alheio*” (*Direito processual civil brasileiro*, 2. ed., v. I, 1959, § 450, p. 390, *apud*. CAMPOS JÚNIOR, 1985, p.17).

ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA prefere dizer que “*ocorre a substituição processual quando alguém é legitimado a pleitear em juízo, em nome próprio, na defesa de interesse alheio, de que o seu seja dependente*” (*Estudo sobre a substituição...*, 1972, p.24).

¹⁵ Obra esta que, com as devidas desculpas e reconhecimento do inevitável prejuízo ao estudo feito, apesar dos esforços imprimidos, não pôde ser consultada diretamente

Para FRANCISCO RAMOS MENDEZ “a figura da substituição processual se produz naqueles casos em que não coincidem o titular do direito material e a parte processual” (*Derecho procesal civil*, Barcelona, Libreria Bosch, 1980, p.247, *apud*. CAMPOS JÚNIOR, *Substituição...*, 1985, p.17).

Destes conceitos acima citados, é interessante observar, em especial e de forma comparativa, as concepções de REIMUNDIN e ARAÚJO CINTRA, verificando-se que, nestes, foi acrescentada a idéia do ‘interesse’ do qual se deve revestir a atuação do substituto. Embora de forma diferente, ambos fazem referência à necessidade da presença de alguma forma (direta ou indireta) de interesse daquele que age como substituto, aferindo-lhe, em certa medida, e, ainda que parcialmente¹⁶, condição para agir no processo.

A doutrina mais remota discute o fenômeno¹⁷ da legitimação extraordinária como se fosse uma situação anômala¹⁸, estranha, que foge às convenções; entretanto, o que se observa é o fato de fugir sim à concepção privatística do direito processual, que deve ser abandonada, conforme já se mencionou.

O tema já foi relegado, por longo período, pela doutrina processual, justamente com base na falta de sua incidência prática, fato este que não mais pode argumentar seu abandono; pelo contrário, os casos em que a discussão sobre o tema aparece, já estão, em sua maioria, aos cuidados dos juízes dos Tribunais Superiores. Em especial, rondando a legitimação conferida ao sindicato e ao Ministério Público, nas ações coletivas *lato sensu*. Traduz-se, assim, numa necessidade urgente, sua abordagem.

Como foi dito, na fase atual na qual se encontra a ciência do Direito, e em especial a doutrina da Teoria Geral do Processo, só se pode compreender a adjectivação de anômala ou estranha, para qualificar a legitimação extraordinária, se se fizer um caminho de retrocessão à teoria privatística do processo. Tal retrocessão seria para a fase em que a relação de direito material sobrepunha-se à de direito processual. Até

¹⁶ Uma vez que a outra condição indispensável, lhe será, no sistema processual nacional, conferido por lei.

¹⁷ Aqui o termo ‘fenômeno’ foi utilizado propositalmente, para enfatizar a característica de que o termo se reveste no entendimento destes que assim o consideram, ou seja, “pessoa ou objeto que tem algo de anormal ou extraordinário”(HOLANDA FERREIRA, 1986, p.769).

¹⁸ EDOARDO GARBAGNATI, *La sostituzione processuale...*, 1942, P.213, *apud*. CAMPOS JÚNIOR, p.17.

mesmo o termo 'extraordinária', conferido à tal legitimação, parece transbordar às reais características que permeiam o instituto, podendo-se sugerir sua troca por 'legitimação especial'¹⁹, no máximo. Já que não se pode chamar de 'excepcionais' ou 'extraordinários' os casos ou situações jurídicas que, na praxe forense atual, têm se tornado tão comuns e freqüentes²⁰.

PONTES DE MIRANDA, acima citado, demonstrou seu repúdio ao tratamento de insignificância que, insistentemente, vinha sendo dado pelos doutrinadores, de um modo geral, ao instituto em tela.

Sem sair da própria esfera estatal, pode-se observar que houve uma ampliação da atividade legiferante do Estado e o aumento do número de funcionários, para atender ao desenvolvimento crescente da atividade estatal, resultando daí em freqüentes violações de grande número de indivíduos, tais como servidores públicos, contribuintes, aposentados, pensionista, etc. Destas violações originaram ações com centenas de autores, ou com objeto equivalentes entre si, criando dificuldades operacionais tanto para os advogados, quanto para os juízes, tumultuando o andamento do processo e inchando as prateleiras do Judiciário, já de regra sobrecarregadas.

"Sensível a esse problema, a Constituição Federal de 1988 modificou substancialmente a colocação tradicional do processo e ampliou grandemente os casos de substituição processual. O seu art. 5º, item XXI, dispõe que "as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus afiliados judicial ou extrajudicialmente" (BARBI, Comentários..., 1998, v. I, p.79²¹).

Então, buscando dar os contornos iniciais para a compreensão do instituto, a primeira observação a se frisar é quanto à utilização que se faz do termo 'substituição processual', justificada unicamente pelo uso corrente; abstraindo-se da impropriedade já

¹⁹ Pedindo licença àqueles que de forma contrária entendem, reforça-se a preocupação de reafirmar não significar, 'caso excepcional', visto que previsto pela legislação, conforme seus similares, e muito frequente na prática forense contemporânea.

²⁰ Para aqueles que consideram a possibilidade de conferir tal posição aos entes intermediários nas ações coletivas, em especial na defesa de direitos ou interesses individuais homogêneos.

²¹ No mesmo sentido, MENDES, *Ações coletivas...*, 2002, p. 24; SEVERO NETO, *Substituição...*, 2002, p.166; NERY JÚNIOR e ROSA NERY, *Código de...*, 2001, p. 363; GIGLIO, *Direito processual do trabalho*, 1997, p.114, por exemplo. Para os quais os sindicatos agem como substitutos processuais de seus associados.

apontada pela doutrina em relação a este, deve-se considerá-lo apenas como mais um 'instituto processual' e não um 'fenômeno processual', como o quê fugindo às regras da normalidade ou previsibilidade jurídicas processuais²².

Tradicionalmente, a figura da substituição processual está vinculada diretamente ao fato da lei conceder a legitimação a quem efetivamente não a teria, para que este atue, em nome próprio, por direito alheio. Mesmo nos conceitos mais recentes, verifica-se a referência, e às vezes de forma até equivalente, entre os termos 'legitimação extraordinária' e 'substituição processual', sendo, na verdade, esta, espécie daquela, conforme já observado anteriormente, consistindo-se este o segundo ponto a se marcar.

AMARAL SANTOS afirma que: "*Dá-se a figura da substituição processual quando alguém está legitimado para litigar em juízo, em nome próprio, como autor ou réu, na defesa de direito alheio*" (Primeiras linhas..., 1993, v. I, p.345).

PONTES DE MIRANDA, analisando o conceito de 'parte', afirma que "*às espécies em que se atribui a alguém, que não é sujeito da relação jurídica deduzida em juízo, o ser parte, tem-se dado o nome de sub-rogação processual ou de substituição processual*" (Comentários..., t. I, 1997, p.220), confirmando as idéias por este já mencionadas acima.

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR leciona que:

"há, só por exceção, portanto, casos em que a parte processual é pessoa distinta daquela que é parte material do negócio jurídico litigioso. Quando isso ocorre, dá-se o que em doutrina se denomina substituição processual, que consiste em demandar a parte, em nome próprio, a tutela de um direito controvertido de outrem. Trata-se de uma faculdade excepcional, pois só nos casos expressamente autorizados em lei é possível a substituição processual (art. 6º)" (Curso de..., 1999, v. I, p.77).

FREDERICO MARQUES reconhece tratar-se "*de fenômeno ligado à legitimatio ad causam (é caso de legitimação extraordinária), pois a substituição processual*

²² Ainda que se possa encontrar esta idéia de figura 'extraordinária' no contexto do direito material.

ocorre quando alguém está legitimado a agir em juízo, em nome próprio, como autor ou réu, para a defesa do direito de outrem” (Instituições de direito..., 2000, v. II, p.207)²³.

ATHUS GUSMÃO CARNEIRO considera a substituição processual como aqueles “*casos excepcionais de legitimação extraordinária, quando alguém pode sustentar em juízo, como parte, um direito cuja titularidade o autor afirma pertencer a outrem*” (Intervenção..., 2000, p. 33).

Com toda a credibilidade e cientificidade que inegavelmente merecem, todos os conceitos apontados, ousa-se observar que estes não parecem deixar clara a existência de alguma distinção possível entre o gênero, ‘legitimação extraordinária’, e uma de suas espécies, qual seja, ‘substituição processual’. E, na verdade, esta é espécie daquela, visto que podem ocorrer casos em que configure a legitimação extraordinária, sem ocorrer substituição processual. Ou seja, “*não é toda vez que se defende direito alheio em nome próprio, que ocorre substituição processual. Isto porque a substituição processual é incompatível, por exemplo, com o litisconsórcio*” e a intervenção assistencial; é o que pensa CAMPOS JÚNIOR (Substituição..., 1985, p.18).

“Só pode ocorrer substituição processual, se o titular material estiver ausente do processo; se estiver presente, por efeito de ter sido citado ou ter comparecido espontaneamente, não há que se falar em substituição processual. Seria absurdo dizer substituído, na relação processual, quem nela está presente como parte principal, isto é, como autor ou réu. Assim, também a revelia é incompatível com a substituição, pois o revel, pela citação, está presente no processo” (CAMPOS JÚNIOR, Substituição..., 1985, p.18-19).

Embora possa haver posições em contrário quanto à interpretação dos casos abaixo, busca-se exemplificar situações, no direito processual brasileiro, em que não ocorre a substituição processual, não obstante constituírem-se casos de legitimação extraordinária, enfatizando-se ser esta gênero daquela. Lembrando-se ainda, de que nem todos assim consideram tais exemplos, que foram apontados por CAMPOS JÚNIOR.

²³ Ao apresentar seu entendimento, fundamenta-o na definição de PEDRO BATISTA MARTINS: “a substituição processual ocorre nas hipóteses em que não coincidem os sujeitos da relação substancial e os da relação processual, isto é, naqueles casos em que alguém comparece em juízo para exercitar em nome próprio um direito alheio”, em 1942.

Na denunciação da lide, uma das formas denominadas intervenção de terceiro, contida no CPC/73 (art. 70 a 76), o denunciante assume posição de litisconsórcio²⁴ do denunciado (art. 74-75). Assim, enquanto litisconsorte do denunciado, “*não atuará na defesa de direito próprio, mas na defesa de direito alheio, o do denunciante, configurando a legitimação extraordinária. Todavia, o denunciante está presente no processo (é parte) como litisconsorte, pelo que não ocorre substituição processual*” (CAMPOS JÚNIOR, *Substituição...*, 1985, p.19)²⁵.

Nos outros casos de intervenção de terceiros presentes na legislação processual não será, também, razoável, aceitar a presença destes terceiros como substitutos processuais, visto que, de imediato, sabe-se que são ‘terceiros’ e não ‘partes’, ou a estas equiparados. Embora seja de se admitir que, em certas circunstâncias, o ‘terceiro’ pode vir a ocupar a qualidade de parte, porém, sempre agindo em nome próprio e por direito igualmente próprio.

No caso do curador do revel, citado por edital ou com hora certa (art. 9º, II do CPC/73), este defenderá direito alheio, em nome próprio, configurando a legitimação extraordinária, mas não ocorrerá a substituição processual porque o réu foi citado, sendo, pois, parte no processo, está presente como parte, ainda que não compareça. (CAMPOS JÚNIOR, *Substituição...*, 1985, p.19). Por outro lado, apesar de a citação por estas formas não atingir sua finalidade, com o efetivo comparecimento do réu, estará sanado o vício.

O que se quer demonstrar é a falta de vínculo entre a forma de citação, com a posição ou condição de substituto processual. O curador estará presente para que a ação proposta pelo eventual prejudicado não se frustrasse, sendo à ‘ação’, devolvida a regularidade de seu caminho.

²⁴ Comunga desta opinião o Professor AROLDO PLÍNIO GONÇALVES, em *Da denunciação da lide*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.172-173. Também AMARAL SANTOS, *Primeiras linhas...*, v. I, 1993, p.345.

²⁵ Em nota de rodapé PLÍNIO GONÇALVES, ob. cit., 1998, p.283, citando opinião de ARRUDA ALVIM acrescenta: “Na hipótese de revelia, o denunciado é parte, pois se a lei fala em revel (art. 75, nº II, *initio*), é porque o reputa parte. Aliás, após a citação do denunciado é sempre considerado parte, pois litisconsorte do denunciante. Se não aceitar a denunciação também será assim considerado, até que na sentença decida o juiz se lhe cabe ou não responsabilidade”.

Por fim, cita-se o caso do assistente simples (art. 50 do CPC/73) que possui legitimação extraordinária subordinada, assumindo a posição acessória ao lado do autor ou do réu, uma vez instaurado o processo, para aí defender direito alheio, o do assistido, em nome próprio. Assim, não será substituto processual, pois não é parte (no sentido formal) (BARBOSA MOREIRA, *Apontamentos...*, 1969, v. 404, p.9).

Por outro lado, considerando-se a assistência inserida entre as formas de intervenção de terceiro (do que o CPC/73 faz exclusão), esta observação talvez fosse demais.

Desde a época do seu surgimento, já houve expansão interpretativa dos casos nos quais se considera ocorrer substituição processual, também para outros ramos do direito²⁶, conforme já dito, entretanto, a maioria dos citados pela doutrina tradicional são exemplos tirados do Código Civil Brasileiro²⁷ de 1916, alguns revogados pelo novo diploma civil nacional de 2002; entre estes, está o que se segue.

Dentro da lei civil brasileira de 1916, revogada pela de 2002, como exemplo incontroverso de substituição processual, situava-se no artigo 289, III, daquele diploma, que dava ao marido o direito de ação para defesa dos bens dotais da mulher²⁸.

Atualmente, tal regra não encontra dispositivo correspondente no CC/2002, parecendo inútil seu estudo. Mas, permanece na própria lei processual o caso que se continua podendo chamar de típico de incidência da substituição processual. Assim, o

“outro exemplo, em que parece haver unanimidade de opinião quanto à ocorrência de substituição processual, é o da alienação da coisa ou do direito litigioso, a título particular, por ato entre vivos: não consentindo a parte contrária no ingresso do adquirente ou cessionário em juízo, o alienante prosseguirá no processo, como parte, embora não seja mais o titular da relação de direito material, defendendo o direito do adquirente que está ausente da ação (CPC, art. 42 e §§), substituindo-o” (CAMPOS JÚNIOR, *Substituição...*, 1985, p.24-25).

²⁶ Notadamente no Direito do Trabalho (RIBEIRO DE VILHENA, *Direito e processo...*, 1994, p.481-499).

²⁷ BARBI, *Comentários...*, 1998, v. I, p.78-79; OLIVEIRA JÚNIOR, *Curso de...*, 1973, v. I, p.217; AMARAL SANTOS, *Primeiras linhas...*, 1993, v. I, p.345-346; FREDERICO MARQUES, *Instituições...*, 2000, v. II, p.207-209.

²⁸ O caso encontra correspondente na legislação italiana através do artigo 1.399 do Código Civil (*apud* CHIOVENDA, *Instituições...*, v. II, p. 304).

Entretanto, quanto ao exemplo do art. 42 do CPC/73, que prevalece disposto, é relevante ressaltar que, caso seja permitida a entrada do adquirente no processo pela parte contrária, o instituto que terá incidência não será o da substituição processual (agir em nome próprio, por direito alheio), e sim o da substituição de parte, que atuará em nome próprio, por direito, igualmente, próprio²⁹.

Este assunto será retomado quando do exame dos institutos afins ao da substituição processual.

“A figura da substituição processual também se estende ao Direito Penal. O ofendido, por exemplo, quando propõe a ação penal privada, está atuando em nome próprio para defesa do direito de punir do Estado” (FREDERICO MARQUES, *Curso de direito penal*, 1956, v. III, p.376; e *Instituições...*, v. II, 2000, p. 207).

Não obstante poder-se fazer o estudo do instituto em outros ramos do Direito, é no campo do Direito Processual Civil que está localizado o seu campo mais fértil, em especial na esfera do processo de conhecimento; daí a opção, feita aqui, nesse sentido, deixando para outra oportunidade o tratamento mais extensivo do tema. Abrindo-se, entretanto, uma atenção especial, quanto ao Direito Processual do Trabalho pelo alto grau de discussão sobre a incidência do instituto em tela, além de sua consequência e relevância social.

Por outro lado, insistir em apresentar mais exemplos, nesta altura da pesquisa, parece temerário, uma vez que sobre estes ainda restam muitas controvérsias e desencontros quanto à ocorrência ou não de substituição processual. E, principalmente, porque um dos objetivos deste estudo é, exatamente, reavaliar a figura processual discutida, necessitando-se, neste momento, de maiores subsídios doutrinários.

Desta forma se retomarão os aspectos teóricos que circundam o tema, na tentativa de se contribuir, de alguma forma, para sua melhor compreensão e identificação nos casos concretos, elaborando-se ainda um conceito mais abrangente desta polêmica figura processual da substituição processual.

²⁹ Conferir com THEODORO JÚNIOR, *Curso...*, 1999, v. I, p.77-78; GRECO FILHO, *Direito processual...*, v. I, 1996, p.116-117.

4.2. As Espécies de Legitimação Extraordinária

Em conformidade com o que foi exposto anteriormente, pode-se inferir, então, que não é suficiente apenas afirmar que ocorre substituição processual quando se confere legitimação extraordinária a alguém para que, em nome próprio, postule em juízo, na defesa de direito alheio, limitando-se, com isto, para a verificação de sua ocorrência, apenas aos dados puramente legais (art. 6º do CPC/73).

Destarte, há de se verificar, também, qual, entre os tipos de legitimação extraordinária existentes, imprime a qualidade de substituto processual a este legitimado. Torna-se necessário examinar-se, então, as espécies de legitimação extraordinária existentes no direito pátrio. E as diferentes espécies de legitimação extraordinária foram classificadas da seguinte maneira, segundo a doutrina de J. C. BARBOSA MOREIRA (*Apontamentos...*, 1969, v. 404, p.10-12).

Considera MOREIRA que a legitimação extraordinária comporta ser, basicamente, subdividida em duas espécies: autônoma e subordinada.

Autônoma: dá-se quando o legitimado extraordinário pode “*atuar em juízo com total independência em relação à pessoa que ordinariamente seria a legitimada, e em posição análoga à que a esta caberia, se ordinário fosse o critério adotado pela lei para definir a situação legitimante*” (*Apontamentos...*, 1969, v. 404, p.10).

Enquanto a modalidade de legitimação extraordinária subordinada se dá quando esta é dependente da atuação do legitimado ordinário. Neste tipo, o legitimado extraordinário não tem a titularidade do direito de ação, pelo que só pode assumir posição acessória junto ao legitimado ordinário (*Apontamentos...*, 1969, v. 404, p.10). Encaixa-se nesta categoria o exemplo de uma das formas de intervenção de terceiro, ou seja, da assistência, já mencionado acima.

Alguns doutrinadores mencionam também uma terceira modalidade de legitimação extraordinária, denominando-a ‘condicionada’, referindo-se ao caso de denunciação da lide, visto que, “*a legitimação do denunciado fica condicionada a um ato do legitimado ordinário, isto é, depende de provocação do autor ou réu, ao denunciar*” (MACHADO, *A intervenção do...*, 1989, p.107). Conforme também se

pronunciou CAMPOS JÚNIOR acima descrito. Este tema não será trabalhado dentro deste contexto, por fugir aos objetivos perseguidos, entretanto, para aqueles que quiserem se aprofundar no tema, o professor AROLDO PLÍNIO GONÇALVES aborda-o com profundidade, em obra específica já citada.

Subdivide ainda, BARBOSA MOREIRA, a legitimação extraordinária autônoma em duas figuras distintas: a exclusiva e a concorrente.

A legitimação extraordinária autônoma exclusiva *“exclui da posição de parte principal aquele que seria o legitimado ordinário, sendo a presença deste último irrelevante e insuficiente para a instauração da ação”*. Acredita BARBOSA MOREIRA que *“apenas essa particular modalidade de legitimação identifica-se com a chamada “substituição processual””* (Apontamentos..., 1969, v. 404, p.10).

Já a legitimação extraordinária autônoma concorrente: *“não exclui a legitimidade ordinária do titular da relação jurídica litigiosa; tão-somente concorre com ela”* (CAMPOS JÚNIOR, 1985, p.21).

Subdivide-se, também, a legitimação extraordinária concorrente, segundo a doutrina³⁰, em duas subespécies:

- primária: que tem lugar quando qualquer dos legitimados extraordinários pode agir independentemente da ação do outro³¹. A legitimação primária será deferida em pé de igualdade ao legitimado extraordinário e ao ordinário;

- subsidiária: dá-se quando o legitimado extraordinário só pode agir na omissão do legitimado ordinário, deixando, porém, subsistir íntegra a legitimidade deste (ARMELIN, 1979, p.131)³².

³⁰ ARMELIN, 1979, P.131-132; MOREIRA, 1969, p.11.

³¹ Exemplo art. 1549 CC/2002: “A decretação de nulidade de casamento, pelos motivos previstos no artigo antecedente, pode ser promovida mediante ação direta, por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público”(CÓDIGO CIVIL, 2002, São Paulo: Saraiva, p. 1.804).

³² Exemplo deste caso seria na ação de responsabilidade civil contra os diretores de sociedade anônima, concorrendo ordinariamente à legitimação, a própria sociedade, ou qualquer dos sócios, extraordinariamente (ARMELIN, 1979, p.131-132).

BARBI, comentando a respeito da legitimação concorrente, cita os exemplos do credor solidário (art. 267, CC/2002) e do condômino (caput 1.314 CC/2002), lembrando a doutrina de LOPES DA COSTA, que dá a estes casos o nome de mistos, "porque neles se reuniriam a legitimação normal, na parte em que o direito reclamado pertence ao autor, e a anômala, na parte em que o direito reclamado pertence aos demais credores, ou condôminos" (Direito processual civil, v. I, p. 106, apud. BARBI, Comentários..., 1998, p. 79).

Em princípio, quanto a este tema, poder-se-ia se dar por satisfeito com o que já foi dito até aqui, acreditando ter sido alcançado o propósito pretendido neste capítulo, e, de regra, o que se expôs é o que se encontra na doutrina corrente. Entretanto, se pretende-se contribuir com o estudo ampliado do instituto da substituição processual, terá de se aumentar a carga de dados que respeita a uma recente forma de classificação da legitimação tanto ordinária, como daquela denominada extraordinária, atribuída a um doutrinador pernambucano. Certamente, a necessidade desse autor está diretamente ligada à evolução das relações processuais; a princípio, apenas de caráter individual, passando-se, posteriormente, ao caráter coletivo de tais relações.

MANOEL SEVERO NETO³³ é quem propõe um novo critério para divisão da legitimação em: bissubjetiva (ordinária), unissubjetiva e tresdobrada (extraordinária), considerando esta última como decorrente do direito vigente, "*que legitima os sujeitos a postular em juízo, quer na qualidade de autores, quer na qualidade de réus ou como terceiros juridicamente interessados*" (Substituição..., 2002, p.74).

Analisa este professor que, na verdade, a legitimação ordinária, quando ocorre, confere ao legitimado dupla legitimação, isto é, tanto para defender-se, quanto para pleitear em juízo o seu direito violado ou ameaçado de violação. Em princípio, para pleitear em juízo o seu direito violado ou ameaçado de violação. Em princípio, também haverá bilateralidade ou legitimação dúplice, no pólo passivo da relação jurídica processual, "*vez que o demandado deverá ser aquele contra o qual a vontade da lei seja adversa*" (SEVERO NETO, Substituição..., 2002, p.68). Não se esquecendo, entretanto, que as legitimidades só serão realmente verificadas ao final da discussão do direito, levada em juízo.

³³ Juiz do Trabalho em Arapiraca, e professor, entre outros, na PUC de Pernambuco.

“A titularidade de um direito substancial, ou a afirmação pelo autor de que é titular desse direito, consiste na determinação da bissubjetividade, mesmo que na decisão que venha a ser editada pelo órgão jurisdicional, este reconheça como inexistente o direito e, por via de consequência, a titularidade alegada” (SEVERO NETO, *Substituição...*, 2002, p.69).

Assim, diz-se ordinária, ou bissubjetiva, a legitimação, quando alguém promove uma ação na defesa de um direito do qual é o titular ou afirma ser o titular deste, ou seja, há uma coincidência entre o titular da relação jurídica de direito material e da relação jurídica processual.

Entretanto, quando a legitimação ordinária, não está presente na relação processual; somente por determinação legal, será possível substituir a parte em sentido substancial por outra pessoa, para que esta provoque o juízo, surgindo, então, a figura da legitimação extraordinária (assumida por aquele que defende direito alheio, em nome próprio). E entre as espécies deste último gênero, está a substituição processual. Ressalta-se ainda, que tal fato pode ocorrer tanto no pólo ativo, quanto passivo da relação processual, conforme o caso concreto. Tem lugar então a denominada, por SEVERO NETO, legitimação extraordinária, a qual ele classifica como unissubjetiva e triásica, assim, ela ocorrerá quando:

“a relação jurídica de ação, como um direito subjetivo público, é exercida pelo sujeito de direito, que não é o titular da relação jurídica de direito material, mas está autorizado – legitimado unissubjetivamente – por lei para agir na defesa de direito alheio, ocorrendo na hipótese que mais de um indivíduo se encontra legitimado.[...] O substituto processual poderá encontrar-se legitimado para atuar na defesa de direito próprio e direito alheio, quer dizer, ele se apresenta como titular do direito substancial e do direito de ação (legitimação bimembre) e simultaneamente, age na defesa de direito alheio (legitimação unissubjetiva), ocupando três posições (legitimação triásica)” (SEVERO NETO, *Substituição...*, 2002, p.74-76).

A legitimação unissubjetiva do substituto do autor decorre, então, do próprio direito de ação, como um direito público subjetivo do cidadão, que tem diante do Estado o direito à prestação jurisdicional. Desta forma, “o legitimado unissubjetivamente se habilita em juízo como parte verdadeira, com interesse justo a

defender, justificando a sua qualidade de substituto, posição e aptidão, como sujeito titular apenas da relação jurídica de ação" (SEVERO NETO, *Substituição...*, 2002, p.75).

Conclui o citado autor sua explicação, acrescentando que a legitimação extraordinária não ocorre apenas quando há descoincidência subjetiva entre o titular do direito material e do direito de ação, *"vez que o substituto, como titular do direito de ação, em algumas hipóteses, poderá promover a defesa de direito próprio e de direito alheio e, nesse caso, temos uma legitimação triádica ou tresdobrada do substituto processual"* (SEVERO NETO, *Substituição...*, 2002, p.77).

O fato é que, durante longo tempo, o direito se manteve fiel quanto à proteção das relações interindividuais, na época em que, na verdade, eram conflitos deste tipo que chegavam à apreciação do Judiciário. Desta forma, muito natural era a presença do prejudicado, titular do direito material violado, ir, em nome próprio, requerer a proteção de seu direito.

Todavia, nem a constância com que este fato ocorre, nem as normas do próprio direito vigente, proíbem completamente (apresentando os possíveis casos), que outros indivíduos ou entes se apresentem ocupando uma posição tresdobrada ou de unissubjetivamente legitimados (como sugere SEVERO NETO) a agir em juízo, na defesa de direito alheio.

"O substituto não exerce um direito de ação do substituído, mas dele próprio, isto é, a legitimação do substituto poderá ser unissubjetiva, quando ele exerce um direito de ação próprio na defesa de um direito material do substituído e triásica ou tresdobrada, hipótese em que o substituto exerce também um direito de ação próprio, na defesa de direito próprio, mas atuará também na defesa de direito do substituído" (SEVERO NETO, *Substituição...*, 2002, p.78).

Fazendo uma análise sumária do que foi dito pelo autor supracitado, parece que seu entendimento é no sentido de se afirmar que a natureza jurídica de legitimação conferida ao substituto processual, nas ações coletivas, define-se nesta última subespécie, ou seja, como legitimação extraordinária, denominada triádica ou tresdobrada. Desta forma, fica mais claro compreender seu raciocínio, considerando-se que ele admite as posições como substitutos processuais, ocupadas pelo Ministério

Público e os sindicatos, na defesa dos direitos metaindividuais, embora esta idéia não seja pacífica na doutrina (em especial considerando as espécies de interesses diversificados que visam tutelar). Esta discussão será retomada à frente.

Com todo respeito, deferência, e até, uma certa simpatia, em relação à inovação sugerida por SEVERO NETO, parece que seu estudo revela-se como aquele esforço, ou “*penoso recurso*”, de construções jurídicas que se estabelecem a partir de analogia extensiva com categorias afins, à qual se referiu MANCUSO (*Interesses...*, 1997, p. 144), como imprópria para o estudo da legitimação ativa nas ações coletivas *lato sensu*.

De modo geral, a doutrina não ultrapassa estas classificações apresentadas aqui quanto à legitimação extraordinária; entretanto, os critérios para classificar as espécies de substituição processual, objeto deste estudo, serão ampliados, uma vez que não se deve confundir o gênero com uma de suas espécies (mesmo quando haja conexão entre eles), podendo, então, receberem tratamento diferenciado. E, sem dúvida, este está sendo, também, um dos desafios enfrentados nesta pesquisa.

Desta forma, deste ponto em diante, o estudo se concentrará na abordagem sistemática do instituto processual da substituição processual como espécie de legitimação extraordinária.

4.3. As Condições da Ação como Suporte para Determinação dos Pressupostos Processuais na Substituição Processual.

Pelo que se observou dos conceitos tradicionais de substituição processual citados acima, e da abordagem quanto à classificação do gênero de legitimação do qual o instituto decorre, isto é, da legitimação extraordinária, poderão ser traçadas, a partir de então, as condições ou requisitos jurídicos, os quais, acreditam-se indispensáveis para configurar a incidência da substituição processual.

Inicialmente, é de se marcar que existe um entendimento doutrinário no sentido de que, para que o substituto possa atuar em nome alheio, é necessário

existência de uma relação (ou conexão) jurídica entre ele e o substituído, quer dizer, uma relação jurídica de direito material entre eles³⁴.

Trazendo a lição de CALAMANDREI, acrescenta SEVERO NETO um entendimento equivalente:

*“... outro ejemplo de legitimación anómola es precisamente el de substitución procesal, la cual, sin embargo, se distingue de las figuras que entran en este más vasto fenómeno, por la naturaleza del interés que legitima al sustituto para hacer valer en juicio el derecho de sustituido”, porque entre eles existe uma relação jurídica de direito material e, em virtude do exercício do direito do substituído, o substituto também satisfaz um interesse próprio*³⁵ (CALAMANDREI, *Instituciones...*, 1986, v. II, p.383, *apud.* SEVERO NETO, *Substituição...*, 2002, p.55).

A existência de uma relação ou situação jurídica de direito material entre o substituto e o substituído é a primeira indagação que se faz quanto ao fato de ser esta uma condição da ação para a atuação daquele. E há de se marcar que, em princípio, a tal relação não se poderia conferir qualidade de ‘condição da ação’, visto que nem em todos os casos de substituição processual, tal conexão aparecerá, a exemplo do Ministério Público, na defesa de direito cujo titular do direito material é exclusivamente o substituído. Se é que se pode falar em legitimação extraordinária ‘exclusiva’.

Desta forma, sugere SEVERO NETO, que se está, no que se refere à conexão das relações jurídicas entre substituto e substituído, diante, no máximo, de um pressuposto, ou mais precisamente de:

“...um requisito nas ações a serem promovidas pelo substituto”, vez que considerada condição para ação, na sua falta, “quando o processo fosse extinto com julgamento de mérito, obstaría que o substituto ou o substituído repristinasse a ação, porque o

³⁴ CHIVENDA, *Instituições...*, 2000, v. II, p. 302; CARNELUTI, *Sistema de...*, 2000, v. II, p. 71, como também *Instituições...*, 2000, v. I, p. 223; BRITO, Teresa Quintela de, *Uma perspectiva sobre a substituição processual legal e a eficácia subjetiva do caso julgado*, s/d, p. 104, *apud.* SEVERO NETO, 2002, p.86. THEODORO JÚNIOR, *Curso de...*, 1999, v. I, p.77; MARQUES, *Instituições...*, 2000, v. II, p.210.

³⁵ Trad.: “... outro exemplo de legitimação anômala é precisamente o da substituição processual, a qual, sem embargo, se distingue das figuras que entram neste mais vasto fenômeno, pela natureza do interesse que legitima ao substituto a fazer valer em juízo o direito do substituído”, porque entre eles existe uma relação jurídica de direito material e, em virtude do exercício do direito do substituído, o substituto também satisfaz um interesse próprio”.

decisum teria apreciado a relação entre o substituto e o substituído e não a lide entre o substituto e a parte adversa da relação jurídico-processual, porque "salvo disposto no art. 267, V, a extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação" (SEVERO NETO, Substituição..., 2002, p.56)

Considerando-se que existem casos, acobertados pela lei, em que não se marca como condição da ação a referida relação, não se pode enquadrá-la desta maneira. Por outro lado, estar-se-ia na contramão da evolução do sentido atual de ação, como direito subjetivo público, de índole constitucional. Reforçando a idéia, deve-se lembrar que as condição da ação, no caso da substituição processual, como o próprio nome retrata, não deve sair da esfera do estatuto processual, não comportando vinculações ao direito material, ou interpretações expansivas.

Então, dentro da esfera processual e em consonância com o art. 3º do CPC/73, poder-se-ia enumerar as condições da ação, concernentes ao substituto processual, em: legitimação e interesse para agir.

Inicialmente, porém, é de se referir a questão da possibilidade jurídica do pedido (art. 267, VI do CPC/73), sem, contudo, retomar-se a discussão já anteriormente travada, quanto à utilidade de sua manutenção entre as condições da ação; buscar-se-á, de forma simplificada, traduzir o pensamento da doutrina nesta seara.

"Sendo a ação o direito público subjetivo de obter a prestação jurisdicional, o essencial é que o ordenamento jurídico não contenha uma proibição ao seu exercício.[...] Não havendo veto há possibilidade jurídica; se houve proibição legal não há possibilidade jurídica. [...] Mesmo que se aceite a possibilidade jurídica como instituto processual, como fazem ARRUDA ALVIM E THEODORO JÚNIOR³⁶, ela significa a existência de uma norma que regula, abstratamente, o caso concreto e, na sua ausência, a existência de uma norma autorizando o magistrado a aplicar outras fontes do direito para regular a situação fática entre o substituído e a parte ré, em caso de inexistência de relação jurídica entre o substituto e o substituído, ou entre o substituto e o substituído de um lado e a parte adversa da relação jurídico-processual, em caso de existir relação jurídica entre os primeiros" (ARAGÃO, Egas Dirceu Muniz de, Comentários ao

³⁶ ALVIM, Tratado de direito processual, 1990, v. I, p.381, apud. SEVERO NETO, e THEODORO JÚNIOR, Curso de..., 1999, v. I, p. 54.

código de processo civil, 6. ed., 1989, p. 560, *apud*. SEVERO NETO, *Substituição...*, 2002, p.64-65).

Destarte, a autorização legal para o substituto defender direito alheio em nome próprio, existe (art. 6º CPC/73), ainda que por afirmação negativa, não havendo vedação a tal possibilidade na esfera do direito. Não cabendo discutir, entre as condições da ação, a existência ou não de uma relação jurídica de direito material entre substituto e substituído, visto que, independente disto, haverá direito de exercício da ação. Quando muito, poderá se atribuir à conexão de interesses, ao caráter de pressuposto processual.

No que se refere à outra condição da ação, isto é, da legitimação para agir, ficou esclarecido, no capítulo anterior, que ela existe para o substituto processual, que só a adquire por determinação legal (ao menos no direito pátrio), e se localiza entre as espécies de legitimação extraordinária (unissubjetiva ou trespoderada para SEVERO NETO).

Desta forma se pretende, neste momento, apenas discutir as idéias que reforçam a condição de ‘parte’ ao substituto processual, resultante, exatamente, da legitimação legal a este conferida. Assim como verificar o alcance dos efeitos desta condição em relação aos direitos alheios por este substituto defendidos.

Parece pacífico na doutrina a condição de ‘parte’ – ‘sujeito principal’ e de ‘parte legítima’, da qual se reveste o substituto processual legalmente investido desta condição³⁷. Entretanto, há que se questionar se o substituto, como ‘parte legítima’ na relação processual, poderá agir com os mesmos poderes do substituído.

“A legitimação do substituto para defender em juízo um direito material alheio, tal como lhe atribui a legislação, é requisito subjetivo exigido para a prática de atos processuais, exceto aqueles atos pertinentes à disposição de direitos, porque “quando falta el poder de disposición, falta también la legitimación objetiva”³⁸ [...] O substituto tem o direito de ação distinto do direito material, para mover a máquina judiciária na defesa de um direito alheio. Mas entre ser titular do direito de

³⁷ CHIOVENDA, *Instituições...*, 2000, v. II, p. 302; CARNELUTTI, *Sistema...*, 2000, v. II, p.75; ARMELIN, *Legitimidade...*, 1979, p.134; CAMPOS JÚNIOR, *Substituição...*, 1985, p.27; MARQUES, *Instituições...*, 2000, v. II, p.211; TORNAGHI, *Comentários...*, 1974, v. I, p. 100.

³⁸ Trad.: “quando falta poder de disposição, também falta a legitimação objetiva”.

ação, ainda que concorrentemente, e dispor do direito substancial, vai uma grande diferença” (VON TUHR, Andreas, Derecho civil, 1947, v. II, p. 42, apud. SEVERO NETO, Substituição..., 2002, p.112-113).

Desta forma, não se pode negar a condição de parte ao substituto, podendo-se questionar, isto sim, o alcance desta condição de ‘parte legítima’. A doutrina reconhece³⁹ que o substituto não pode praticar todos os atos que o substituído praticaria. Sendo-lhe vedada a prática de atos de disposição e aquisição de direitos (confessar, transigir, renunciar, receber ou dar quitação, etc) em nome do substituído, e cuja validade e eficácia, dependem de uma posição deste último.

Para aprofundar nesta argumentação, SEVERO NETO recorre à teoria da legitimação como competência, citando a discussão travada por FRANCESCO CARNELUTTI:

“Particularmente, no direito processual, fala-se, em relação ao juiz, de competência e, em relação às partes, de legitimação. Mas então este último termo é empregado num significado restrito e não no que se lhe deve atribuir na teoria geral do direito. Competência, como requisito do ato, é, pois, a coincidência entre a pessoa que o pratica e o sujeito da potestas de que o ato é exercício, ou melhor, em que o ato se filia” (CARNELUTTI, Teoria geral do direito, 1942, pp. 379-380, apud. SEVERO NETO, Substituição..., 2002, p.117).

Analisando o que foi exposto, apesar de se poder afirmar que “*competência não é senão a legitimação*” (conceitos simétricos), como faz CARNELUTTI, nem todos que possuem legitimação para agir, possuem também a competência para exercer todos os atos pertinentes àquela relação, especialidade que é adequada à condição assumida na ação pelo substituto processual. Afastando-se inicialmente a compreensão do termo competência, do seu sentido funcional.

Referindo-se a ‘conceitos simétricos’ FERRARA acrescenta à idéia de conexão entre os sentidos dos termos acima equiparados, traçando os limites da individualidade que cada um carrega no seu significado.

³⁹ CHIOVENDA, Instituições..., 2000, v. II, p. 303; CAMPOS JÚNIOR, Substituição..., 1979, p.27; ARRUDA ALVIM, Tratado de direito processual, 1990, v. I, p.518, apud. SEVERO NETO, Substituição..., 2002, p.112.

“Desta conexão, cada norma particular recebe luz. [...] O preceito singular não só adquire individualidade mais nítida, como pode assumir um valor e uma importância inesperada caso fosse considerado separadamente, ao passo que em correlação e em função de outras normas pode encontrar-se restringido, ampliado e desenvolvido” (FERRARA, Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis..., 1978, p.143).

Transferindo o que foi examinado para a situação do substituto processual, pode-se afirmar que, se por um lado ele tem competência ou legitimação para promover a demanda, por outro será incompetente, ou não terá legitimidade para a prática de atos que envolvam disposição ou aquisição de direito, possibilidades exclusivas da esfera do substituído. Se o substituto praticar atos privados da esfera jurídica do substituído, esses atos são ineficazes, tendo apenas legitimação para defender em juízo um direito alheio (SEVERO NETO, *Substituição...*, 2002, p.126)⁴⁰, e não transacioná-los.

Firma-se, então, o entendimento de que o substituto é sim ‘parte legítima’, porém, com poderes reservados em relação ao direito alheio que pretende defender, em nome próprio.

Bastando, enfim, para confirmar o que foi abordado, trazer-se aqui o renovado conceito de ‘parte’, quanto ao pólo ativo da relação, já divulgado pela doutrina, e com o qual nos presenteia o eminente professor AROLDO PLÍNIO GONÇALVES, em artigo publicado a respeito da coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor, de modo a encaixá-lo nos atuais conflitos de massa.

“O que ocorreu foi adoção, pela lei, de um conceito modificado de “parte”, que foi concebida não como aquele que pede ou em nome de quem se pede, ou para quem se pede a atuação da vontade da lei e aquele que deve suportar as consequências

⁴⁰ Interessante trazer como curiosidade a experiência prática de SEVERO NETO em tomo desta discussão. Enquanto advogado, ele próprio, com a respaldo e admissibilidade do Judiciário, praticou atos de disposição/aquisição de direito. “Este autor, quando advogado do Banco do Estado de Pernambuco S/A – BANEPE, recebeu determinada importância, oriunda de um acordo celebrado entre o Banco-Executado e o Sindicato dos Bancários, este na qualidade de Exequente. Esse acordo fora celebrado em processo de execução em que o Sindicato atuou como substituto processual, em nome dos empregados da referida instituição financeira. O Sindicato não podia celebrar aquele acordo, porque envolvia atos de disposição de direito, para os quais não tinha legitimidade para praticá-los. [...] Pessoalmente, já na condição de magistrado, homologamos acordo em que o substituto transacionou o direito material dos substituídos. Ao escrever este trabalho nos penitenciamos do erro cometido no exercício da função jurisdicional, porque o substituto não tem legitimação para dispor do direito alheio”, em: *Substituição processual*, 2002, p.122.

dessa atuação. A "parte" ativamente legitimada foi concebida como sendo aquele que foi legitimado a intentar a ação" (GONÇALVES, *A coisa julgada no...*, 1995, p.70).

Finalizando as idéias em torno da condição de parte (legitimidade) conferida ao substituto processual, é de se firmar que esta qualidade, assumida pelo substituto, traz como conseqüência a necessidade de o juiz verificar, também, a presença, ou não, dos pressupostos processuais a ele concernentes. Ou seja, a capacidade processual e postulatória deste, além da existência de qualquer impedimento ou suspeição do julgador, e todos os demais pressupostos processuais.

Pode-se agora, após a análise das duas primeiras, buscar-se focalizar a última das condições da ação pertinente ao substituto processual.

Já foi anteriormente ventilada a idéia de que ao 'substituto' a lei não exige, como condição da ação, o 'interesse', parecendo claro, entretanto, a indispensável presença da legitimação legal (art. 6º do CPC/73).

ARRUDA ALVIM NETO leciona que embora a lei confira, em algumas hipóteses, interesse ao substituto, pode-se discordar desta definição em face da realidade empírica, ou seja, "*poderá ter sido atribuída legitimação ao substituto sem que este tenha interesse algum*", sendo, o substituto interessado, apenas por definição legal (*Código de processo civil comentado*, 1975, v. I, p. 430-431).

O interesse de agir como condição da ação já foi genericamente abordado em capítulo anterior, no qual se buscou enfatizar a desconexão deste com a legitimação para agir (lembrando-se das palavras de FERRARA). Mas não se pode abandonar a idéia de que o interesse pode ser critério para aferição da legitimação das partes, conforme ocorre no direito português no art. 26º, do seu CPC vigente (SILVA, Paula Costa e. *A transmissão da coisa...*, 1992, p.145)⁴¹.

Todavia, ainda que brevemente, deve-se argumentar como esta condição 'do interesse de agir' está sendo compreendida nos moldes da esfera de atuação do substituto processual, pela doutrina contemporânea.

⁴¹ Informação também mencionada por ARMELIN, 1979, p.141.

Assim como o conceito de 'direito de exercício da ação', o de 'legitimação para agir', o de 'parte legítima', foram capturados pelo direito processual, apresentando caráter sempre formal, também o conceito de 'interesse de agir' deverá ser interpretado.

Não se poderá, então, confundir-se interesse material ou substancial, com o interesse instrumental ou formal; em torno desta dicotomia, formaram-se algumas correntes doutrinárias, uma dando relevo como condição da ação, o interesse do substituto, e outra desconsiderando sua exigência.

A primeira, fundada no entendimento de LIEBMAN, que se referiu a este interesse como o "*de conseguir, pelos órgãos da justiça e através da sua atividade, a satisfação do interesse material*" (GUIMARÃES, *Carência de ação*, 1969, p. 101, *apud*. SEVERO NETO, *Substituição...*, 2002, p. 78).

Para LIEBMAN, o interesse de agir corresponde a "*um interesse processual, secundário e instrumental com relação ao interesse substancial primário*" (*Manual...*, 1985, v. I, p. 155, *apud*. SEVERO NETO, *Substituição...*, 2002, p. 79).

E a outra corrente compreende que o interesse de agir "*exprime-se pela utilidade: derivada da procedência da ação*" (PRATA, Edson, *Processo de conhecimento*, 1989, v. I, p.52, *apud*. SEVERO NETO, *Substituição...*, 2002, p. 79).

Mais especificamente quanto ao interesse do substituto processual, existem algumas outras teses que se deve dar relevo.

EDOARDO GABAGNATI entende que agir em nome próprio equivale a agir no próprio interesse; sendo o substituto processual o sujeito ao qual é reconhecido, por especial definição legal⁴², o poder de fazer valer um direito alheio no processo, no próprio interesse. Visto que o legislador julga possível a existência de um interesse do substituto no exercício do direito de ação, o qual constitui instrumento para a tutela de tal interesse (*La sostituzione processuale*, 1942, p.211, *apud*. CAMPOS JÚNIOR, *substituição...*, 1985, p.62).

⁴² Esta noção também é incorporada por ARRUDA ALVIM NETO, *Tratado de direito...*, 1990, p.519, *apud*. CAMPOS JÚNIOR, p.62 e SEVERO NETO, p. 82.

Acompanham este entendimento A. C. ARAÚJO CINTRA, que apesar de afirmar que é indispensável o interesse do substituto processual, tem este menor intensidade que o do substituído, apresentando-se com um caráter 'secundário' em relação a este (*Estudos sobre...*, 1972, p.26, nº 5 e 28, nº 8).

Bem como BARBERO, o qual afirma que:

"...la < sostituzione processuale > altre che indicare un agire in próprio nome per rapporto altri, suppone anche un interesse próprio, diverso da quello contenuto nel rapporto, fatto valere, benchè ad esso subordinato"⁴³ (La legittimazione ad agire ..., 1950, p.54).

Completa CALMON DE PASSOS o entendimento, afirmando o que se segue:

"Há um dado da realidade impossível de ser descartado – o de que só pessoas físicas, concretas, individuais, experimentam necessidades, e elas é que devem ter acesso aos bens aptos para satisfazê-las. Essa correlação entre o sujeito, a necessidade e o bem é o que se denomina de interesse, sem o qual impossível construir o conceito de direito. [...]

A legitimação extraordinária só é admissível e válida, se prevista em lei, e a lei que a autoriza só é válida se atende ao que vem a ser exposto; não expropria o titular do interesse do seu poder de disposição ou, se o faz, fá-lo constitucionalmente autorizado, e legitima extraordinariamente apenas quem é titular de um interesse conexo ao do legitimado ordinário, cuja inatividade significa prejuízo para o interesse do extraordinariamente legitimado" (Substituição processual..., 1993, p.25 e 26).

Alguns outros doutrinadores, reunidos numa segunda corrente, criticam esta posição de GARBAGNATI⁴⁴ e BARBERO⁴⁵, entre os quais M. T. ZANZUCCHI⁴⁶ e OLIVEIRA JÚNIOR⁴⁷, segundo os quais CAMPOS JÚNIOR se fundamentou para defesa de equivalente ponto de vista, na forma que se segue.

⁴³ Trad.: "...a <substituição processual> além de indicar uma ação em nome próprio por outras relações, supõe também um interesse próprio, diferente daquele contido na relação, sendo validado, embora a esse subordinado".

⁴⁴ *La sostituzione...*, 1942, p. 211.

⁴⁵ ob. cit. p. 54.

⁴⁶ MARCO TÚLIO, *Diritto processuale civile*, 6. ed. 1964, v. I, p.346, apud. CAMPOS JÚNIOR, p.62.

⁴⁷ *Substituição processual*, p. 133-135 e 172, apud. CAMPOS JÚNIOR, p.63.

EPHRAIM DE CAMPOS JÚNIOR, apresentando seu entendimento, também nesta esteira, afirma que agir em nome próprio não significa agir no próprio interesse, e que “*agir em nome próprio significa fazer-se sujeito da relação processual*” mas admite que “*um interesse do substituto sempre está presente*” (*Substituição...*, 1985, p.63 e 65).

Este autor não admite o Ministério Público na posição de substituto processual, afirmando atuar este como representante da sociedade, embora afirme, finalmente, que este órgão “*personifica os indisponíveis interesses da sociedade, tendo, portanto, interesse próprio*”, inerente à sua função (*Substituição...*, 1985, p. 65).

Conclui seu entendimento afirmando que: “*em todos os casos de substituição processual, um interesse do substituto está presente, embora não seja condição para a configuração do instituto em tela*” (*Substituição...*, 1985, p.65)⁴⁸.

Na verdade, o que não fica claro nestas correntes, é o fato de haver ou não necessidade de se verificar a existência de um ‘interesse’ do substituto, e, em havendo, que tipo de interesse seria este, e em qual categoria processual se encaixaria.

Nessa altura da discussão, surge uma interpretação no sentido de que não se equivalem ‘ter interesse’ e ‘estar interessado’, tendo o primeiro um caráter pessoal e subjetivo, e o segundo um caráter unicamente processual. Daí poder se admitir que do substituto não se exige interesse, porém este deverá estar sempre interessado na efetivação, através da atividade jurisdicional, de um direito substancial do substituído (SEVERO NETO, 2002, p.82-83).

Sendo, de toda forma, inegável um certo interesse do substituto em realizar o direito do substituído, “*sem esse interesse específico não se explicaria a legitimação extraordinária que lhe é entregue*” (NEVES, Celso. *Legitimação processual e a nova Constituição*. In: *Revista de processo*, RT, 56:51, 1989, *apud*. SEVERO NETO, 2002, p.83).

⁴⁸ SEVERO NETO aplaude o ponto de vista de EPHRAIM, acrescentando que “*existem casos em que a legitimação do substituto, seria decorrente de uma determinada posição ocupada pelo indivíduo, como exemplo o caso da ação popular, com respeito às opiniões divergentes*” (*Substituição...*, 2002, p.81).

Concluir-se-á a discussão com as idéias de TERESA QUINTELA DE BRITO, que, conforme SEVERO NETO, resumem toda a doutrina dominante sobre o tema nos seguintes termos.

“O interesse em agir do substituto consubstancia-se na vantagem resultante da concessão da tutela jurisdicional, requerida para uma situação subjectiva total ou parcialmente alheia, ou no prejuízo emergente da concessão dessa tutela. Repare-se que a existência de uma relação substancial entre substituto e substituído não basta para assegurar o interesse em agir do primeiro, apesar de suficiente para fundamentar a legitimidade processual. [...] Não haverá interesse adjectivo, quando a concessão da tutela jurisdicional requerida não colocar o autor numa situação mais favorável e, correlativamente, o réu numa situação mais desfavorável. Mais precisamente, em sede de substituição processual, é necessário que a tutela da situação jurídica (objecto do processo em que ocorre a substituição) implique, para o substituto, um posicionamento mais vantajoso, em termos jurídicos ou puramente fácticos” (Uma perspectiva sobre a substituição processual legal e a eficácia subjectiva do caso julgado. In: *Estudos em memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*. Lisboa: Lex, s/d, p. 105, apud. SEVERO NETO, 2002, p.83-84).

ARAÚJO CINTRA já mencionava, em 1972, ao dissertar sobre o substituto processual como parte, sobre a existência entre o substituto e o substituído de um *“proveito que impulsiona o substituto a agir em juízo, proveito esse por vezes maior que o atribuído, em caso de vitória”* (*Estudos sobre...*, p. 31-31); mas sem dúvida, toda esta doutrina não parece plenamente aplicável no caso dos interesses coletivos *lato sensu*.

Todavia, a lição de TERESA DE BRITO, dentro da perspectiva dos interesses metaindividuais, passíveis de protecção por entes investidos da condição de substitutos processuais (segundo esta), esclarece e ao mesmo tempo argumenta a ampliação dada pela Constituição da República de 1988 aos legitimados nesta complexa seara de conflitos (arts. 5º, XXI, LXX, ‘b’ e LXXIII; 8º, III; 129, II e III).

Com base no estudo das espécies de legitimação extraordinária, dos possíveis conceitos atribuídos ao substituto processual, e destas condições da ação a serem incorporados por este, pode-se fazer um levantamento dos pressupostos ou requisitos processuais indispensáveis à sua atuação nas ações de um modo geral.

Donde se pode concluir que a substituição processual, no direito processual nacional, ocorrerá sempre que presentes, simultaneamente: a atribuição legal para alguém (substituto) ter o direito, e, portanto, a legitimação para exercer a ação, em nome próprio, na tutela de direito alheio; e que o titular daquele direito material esteja ausente naquela ação como parte (principal), visto que a presença do substituído no processo é incompatível com a própria figura da substituição. Não se dispensando o fato de o substituto 'estar interessado' na defesa dos direitos ou interesses do substituído.

Têm-se então como requisitos ou pressupostos processuais próprios da substituição processual ou pertinentes ao substituto processual (no direito brasileiro):

a) Sua participação na ação, como parte⁴⁹ (ativa ou passiva) principal, legitimada por lei, visto que *"apenas exercita o direito de ação que ordinariamente seria alheio, do titular do direito material, não tendo, portanto, a faculdade de exercer o direito alheio por conta e em nome próprio"* (CAMPOS JÚNIOR, *Substituição...*, 1985, p. 20 e 27).

b) Ausência, nesta ação, do legitimado ordinário como parte principal, já que o substituto processual, *"atua em virtude de direito de ação próprio, não sendo representante do titular do direito que faz valer, nem exercita direito de alheio, em nome próprio. [...] não se torna o titular do direito material do substituído"* (CAMPOS JÚNIOR, *Substituição...*, 1985, p. 20 e 27), apenas busca defendê-lo.

PONTES DE MIRANDA afirma, resumidamente, que *"para a invocabilidade do art. 6º, é preciso que haja dois pressupostos: ser alheio o direito, e o exercício do pleito ser em nome próprio"* (*Comentários...*, 1997, t. I., p. 187).

Assim, do exposto até agora, já é possível, com maior segurança, sugerir um conceito para a figura processual da substituição processual: como espécie típica de legitimação extraordinária, que ocorre quando alguém, devidamente autorizado por lei, pleiteia, como autor ou réu, em nome próprio, pretensão alheia, figurando este legitimado como substituto (do titular do direito) e parte (principal) na ação, vez que o titular da pretensão defendida (substituído) deverá estar ausente nesta relação processual.

⁴⁹ GARBAGNATI, p. 279, em sentido contrário, *apud* CAMPOS JÚNIOR, p.27.

4.4. Classificação das Espécies de Substituição Processual

Buscando uma sistematização dos possíveis critérios para a classificação quanto aos tipos ou espécies de substituição processual passíveis de ocorrer, pretende-se facilitar a compreensão e a extensão do instituto, frente a doutrina atual.

Alerta-se inicialmente que, pela exposição acima já feita, é fácil defender, sem maiores discussões, a impossibilidade total de configuração de substituição processual na espécie de legitimação extraordinária subordinada, tanto do ponto de vista teórico, quanto do prático, parecendo ser entendimento inquestionável pela doutrina⁵⁰ nacional. Neste caso, poder-se-ia concluir que a participação do legitimado ordinário como parte principal ou da qual dependa a atuação do substituto, torna inviável, como já mencionado, qualquer idéia de substituição, uma vez que o lugar deste (substituto), já estaria ocupado por aquele que congrega a dupla legitimação, “*integrada pelo direito material e pelo direito de ação*” (SEVERO NETO, *Substituição...*, 2002, p.69).

Tal entendimento poderia ser completado, acrescentando-se ao que foi dito, que no caso da legitimação ordinária, o poder de agir sempre estará presente, e no mínimo, na sua concepção processual inaugural.

Desta forma, apenas no plano teórico, isto é, em tese, caberia falar-se em substituição processual subordinada e em substituição processual independente, constituindo-se ambas as hipóteses, dentro da sistemática processual brasileira, em formas antijurídicas de ação. Apesar de, para o direito comparado, não ser de todo estranha⁵¹.

Deve ser considerada, também, quanto à tentativa de classificação das espécies de substituição processual que se segue, que, ao menos em tese, é possível determinar os critérios aqui propostos. Entretanto, uma vez que a doutrina em torno do tema central deste estudo ainda está em formação, é bem verdade que, certamente, de tudo que aqui for dito, caberá revisão, em relação à posição dos entes intermediários.

⁵⁰ Acompanha este entendimento: CAMPOS JÚNIOR, *Substituição...*, 1985, p.24.

⁵¹ No direito alemão existe a substituição processual voluntária, aqui equiparada à subordinada, por ser dependente de autorização expressa do titular (conferir, CAMPOS JÚNIOR, 1985, p.70).

Seguem assim, os possíveis critérios ou formas de classificação da substituição processual.

4.4.1. Quanto à origem da legitimação conferida ao substituto processual: legal e voluntária

Segundo este critério, para a classificação da substituição processual, poder-se-ia falar em substituição processual legal e voluntária.

A legal é aquela que tem as condições e pressupostos para sua incidência, definidos por lei, isto é, a lei estipula, hipótese por hipótese, os casos em que alguém, pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado, terá legitimação extraordinária, para agir em nome próprio, na defesa de direito de outro. O art. 6º do CPC/73, mais do que negar a possibilidade de substituição processual voluntária, proíbe-a expressamente. Sendo a legal, portanto, a única espécie permitida pela sistemática processual nacional.

Argumenta a doutrina, que de outra forma não poderia ser, visto que, somente por exceção, poder-se-ia admitir que outro, no lugar do titular do direito material, pudesse, em seu nome, atuar a Jurisdição na defesa de tal direito (isto é, direito do outro(s)).

Por outro lado, a doutrina acrescenta fundamento à vedação da lei, afirmando que: *“tal suposta substituição processual voluntária não passaria de uma espécie dissimulada de representação, além de desnaturar o instituto da substituição processual, onde a vontade do substituído não conta”* (CAMPOS JÚNIOR, *Substituição...*, 1985, p.71). O mesmo já tinha dito CINTRA (*Estudos sobre...*, 1972, p.29, nº 8).

PONTES DE MIRANDA (*Comentários...*, 1997, t. I, p.187) e ARRUDA ALVIM engrossam os fundamentos deste entendimento, lembrando o segundo que a substituição processual voluntária, *“na doutrina do Código de 1939, era, por alguns, admitida. Entretanto, acrescenta, pode-se admitir a substituição processual mesmo quando não prevista expressamente no texto legal, mas deflúa do sistema”* (*Código de...*, 1975, v. I, p. 426, *apud*. CAMPOS JÚNIOR, *Substituição...*, 1985, p.71-72)

Põe-se, então, o problema da chamada substituição processual voluntária, que será aquela que incidiria sem necessidade de previsão e fora dos casos expressamente autorizados em lei, ocorrendo mediante simples autorização pelo substituído ao substituto.

Está claro que esta espécie, ainda, não ocorre e nem está prevista legalmente entre as normas processuais brasileiras, embora, como já se afirmou, isso não impessa sua adoção no direito comparado.

Assim, no Direito alemão é que tem sido admitida a denominada substituição processual voluntária. LEO ROSENBERG⁵² comenta o caso em que alguém que, estranho ao direito, tenha a faculdade de conduzir o processo, com autorização do titular do direito, o qual não estava previsto na legislação alemã.

“Diz que o Tribunal de Reich reconheceu a faculdade de gestão processual a todo o terceiro com autorização do interessado, a princípio; depois, somente se a autorização e seu uso se assentassem em particulares interesses próprios e claramente reconhecíveis do terceiro. Com esta limitação, o Tribunal do Reich acatou as objeções formuladas contra a admissão ilimitada de tal estado processual voluntário, que é a expressão utilizada por Rosenberg para designar a substituição processual” (CAMPOS JÚNIOR, Substituição..., 1985, p.70).

Na Itália, estabeleceu-se divergência quanto ao tema, visto que o artigo 81 do CPC italiano (supracitado expressamente), parece proibir esta última espécie de substituição processual.

“Na vigência do Código de 1940, Paolo D’Onofrio entende que é vedada a substituição processual voluntária, mas aconselha a não se dar muito peso ao advérbio “expressamente”, criticando a vedação legal” (Commento al Codice do procedura civile, 4. ed., Editrice Torinese, 1957, v. I, p. 161, apud. CINTRA, Estudos sobre..., 1972, p.28, nº 8).

Nestas primeiras incursões sobre o tema, surgiu um consenso doutrinário no sentido da admissão da substituição processual voluntária, sob a argumentação de que não se deveria aprisionar-se aos limites da letra da lei, mas sim à sua *ratio*.

⁵² Em sua obra, “Tratado de derecho procesal civil, t. I, s/d, p.258-259”.

GARBAGNATI defende esta posição, assumida pela jurisprudência e doutrina alemãs, no que concerne ao direito italiano, justificando que:

“Como os efeitos da ação devem incidir diretamente na esfera jurídica dos sujeitos da relação jurídica litigiosa, é natural que o legislador considere oportuno, no próprio interesse destes, limitar a substituição processual a casos especiais, expressamente disciplinados, pois, se qualquer sujeito pudesse, em nome próprio, provocar o exercício da função jurisdicional sobre o mérito de uma relação alheia, ainda que contra a vontade do titular da própria relação, este último poderia, evidentemente, ser prejudicado, até de maneira grave. [...] Se é tal o princípio informativo da lei, não há dúvida de que se deva, sem mais, excluir a possibilidade de reconhecer a legitimação para agir de um sujeito que não é titular da relação litigiosa, e não demonstra ter interesse no exercício da ação. [...] Mas o mesmo não pode ser dito quando o interesse para agir está unido à autorização para agir processualmente, pois a regra da lei é colocada no interesse do titular da relação jurídica que outro pretende fazer valer processualmente. [...] Embora o preceito da lei também exista no interesse da parte contrária, não é necessário seu consentimento, pois não sofrerá qualquer prejuízo. [...] Tal possibilidade de substituição processual voluntária pode vir a ter utilidade na prática, em um caso concreto” (La Sostituzione Processuale, 1942, p. 231-235, apud. CAMPOS JÚNIOR, *Substituição...*, 1985, p.70-71).

Ainda quanto à doutrina italiana, deve-se ressaltar que nem toda a doutrina aceita o entendimento defendido por GARBAGNATI, como se pode verificar na leitura de CARNELUTTI (*Instituições...*, 2000, p.223) e CHIOVENDA (*Instituições...*, 2000, p. 302).

Na Espanha, é adotada a forma legal de substituição processual expressa no artigo 10 da “*Ley de Enjuiciamiento Civil*”, conforme informa SAMANES ARA:

“En ocasiones, la Ley reconoce legitimación a quien no es titular del derecho que pretende hacerse valer en juicio. Es la llamada legitimación extraordinaria, aludida por la LEC en el párrafo 2º del propio art. 10: Se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular. CORDÓN MORENO⁵³, siguiendo a ATAZ LÓPEZ⁵⁴, entiende incluidos aquí por um lado los supuestos de legitimación por

⁵³ “De nuevo sobre la legitimación...”, p. 77, apud. ARA, p. 75.

⁵⁴ “Conforme declaração em sentença do TS em sentença de jun/1972 (RA 2608), apud. ARA, p.75.

*sustituición propiamente dicha, cuyo ejemplo más típico es la acción subrogatoria del art. 1111 del CC, y por outro los de las acciones directas como la del art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro*⁵⁵ (Las partes en..., 2000, p.75).

Enfim, no direito brasileiro, não restam dúvidas, a substituição processual só é possível por autorização legal, expressa, em face do artigo 6º do CPC/73, e nem mesmo por qualquer convenção contratual, poder-se-á ter por autorizada a substituição processual. Se houver autorização do 'substituído' ao 'substituto', no mínimo estará caracterizada a figura da representação processual, e não a da substituição processual.

MIRANDA critica o legislador brasileiro no referente à forma com que este se expressou no art. 6º, dizendo que a palavra 'pleitear' (em nome próprio) tem sentido processual, e a expressão 'direito alheio' tem natureza material, surgindo daí algumas das dificuldades na interpretação do artigo (*Comentários...*, 1997, t. I, p.185), assim como nos critérios para a sua classificação.

4.4.2. Quanto ao pólo assumido pelo substituto na relação jurídica processual: ativo e passivo.

Dentro deste critério, é possível se falar em substituto processual ativo e substituto processual passivo, ou seja, a figura poderá assumir, no processo, qualquer um dos pólos da relação jurídica litigiosa, conforme substitua o autor ou o réu da relação jurídica litigiosa.

A explanação deste assunto inicia-se pela constatação do fato de que o substituto processual é 'parte' na ação, e nela assume esta condição; desta forma, terá tanto o direito de ação (autor), como de defesa (réu), consoante determina o princípio da dualidade ou bilateralidade concernente às partes no processo.

⁵⁵ Trad.: "Em ocasiões, a lei reconhece legitimação a quem não é titular do direito que pretende fazer-se valer em juízo. É a chamada legitimação extraordinária, aludida pela LEC no parágrafo 2º do próprio art. 10: Se excetuam os casos em que por lei se atribua legitimação à pessoa distinta do titular. CORDÓN MORENO⁵³, seguindo a ATAZ LÓPEZ⁵⁴, entende incluídos aqui por um lado os supostos de legitimação por substituição propriamente dita, cujo exemplo mais típico é o da ação sub-rogatória do art. 1.111 do CC, e por outro os das ações direitas como a do art. 76 da Lei de Contrato de Seguro".

MARQUES (*Instituições...*, 2000, p.206) admite tal possibilidade sem, no entanto, aprofundar no tema que parece indiscutível; aliás, da mesma forma se comporta a maioria dos outros doutrinadores.

Apenas para situar o critério proposto, trazem-se as palavras de THEREZA ALVIM, que afirma o seguinte.

“A legitimação extraordinária é instituto jurídico de uso excepcional, portanto, limitado às hipóteses previstas em lei. Isso em razão de, no pólo ativo, alguém poder ir a juízo, em seu próprio nome, exercendo o direito de ação de outrem e agindo no processo por ele, postulando sua afirmação de direito, alcançando a decisão da lide e a autoridade da coisa julgada material que sobre ela recai, atingindo exatamente aquele que, normalmente, não está presente no processo.

No pólo passivo, o legitimado extraordinário só não exerce o direito de ação do “legitimante”, mas por ele se defende da pretensão do autor, por ele atua no processo, onde será proferida decisão de mérito, sobre a qual pesará a coisa julgada material, alcançando aquele por quem atuou.

Essas circunstâncias especiais, legitimadoras do atuar de quem não é titular da lide, só podem vir expressas em lei, na exata medida de sua excepcionalidade” (O direito processual..., 1996, p. 90-91).

Então, em qualquer circunstância do processo, há que se limitar o agir do substituto, ativo ou passivo, aos atos processuais a ele permitidos pela própria lei processual, uma vez que a posição que este ocupa resulta do direito processual, não do direito material. Relembrando-se aqui dos limites de sua atuação em relação aos atos de disposição e aquisição de direitos.

4.4.3. Quanto à espécie de legitimação extraordinária conferida ao substituto processual: exclusiva e concorrente

Dentro deste critério, a doutrina aponta as espécies de substituição processual denominadas: autônoma-exclusiva e a autônoma-concorrente.

A primeira observação que se faz é no sentido da presença, indispensável, da autonomia conferida ao substituto, visto que não se pode falar em substituição

processual subordinada à autorização de particular; ainda que seja do titular do direito material (voluntária), apenas a lei autorizará tal situação, segundo sua conveniência.

Quanto à substituição processual autônoma-exclusiva:

- Implica esta categoria, a possibilidade de atuação do substituto em juízo, com total independência para o exercício do direito de ação em relação à pessoa que ordinariamente seria legitimada. Assim como sua incidência impede que esta última assuma a posição de parte principal ao longo desta demanda, visto que a condição de substituto processual na defesa do direito ou interesse, é-lhe conferida em caráter exclusivo; tal fato afasta, portanto, a legitimação de outra pessoa ou entidade.

Então, agindo em decorrência da legitimação extraordinária autônoma exclusiva, *“a atuação do substituto independe da vontade do substituído” e “defendendo o direito do substituído é que o substituto satisfaz interesse próprio”* (CAMPOS JÚNIOR, *Substituição...*, 1985, p.27).

Para exemplificar este caso, a doutrina, geralmente, aponta para o artigo 289, III do Código Civil de 1916, no qual a substituição processual em caráter exclusivo aconteceria. Todavia, como já observado anteriormente, a partir do atual Código Civil, de 2002 (Lei 10.406), verifica-se que este dispositivo não encontra correspondente. Tal fato pode ser reflexo das angústias anteriormente apontadas pela própria doutrina, no que se refere à questão de esta espécie de substituição processual (exclusiva) significar afronta à Lei Maior, uma vez que ensejaria limites ao acesso à Justiça, ou ao Poder Judiciário, ensejando interpretação inconstitucional ao instituto.

“Conseqüentemente, inadimite-se, como válida, a legitimação extraordinária exclusiva, interpretando o instituto como sempre (e ao longo de toda esta obra), dando margem à legitimação extraordinária concorrente com a ordinária” (THEREZA ALVIM, *O direito processual...*, 1996, p.92).

Sugere, neste passo, a autora citada, que, no que se poderia, no máximo, pensar, seria numa legitimação extraordinária exclusiva ‘eventual’⁵⁶. Para o caso de,

⁵⁶ O comentário sugerindo esta denominação, encontra-se na mesma obra citada, na página 102. Alerta-se para o fato de ser tal preocupação objeto de comentários de outros autores, entre os quais MARCELO ABELHA RODRIGUES, *Elementos...*, 2000, v. I, p.201.

apesar de aberta a oportunidade de acesso ao Judiciário por parte dos lesados ou ameaçados de lesão aos seus direitos, apenas um destes legitimados extraordinários assumisse a ação, como substituto dos demais. Assim, é o que se pode dizer, que a doutrina contemporânea vem buscando uma interpretação nova para os institutos anteriormente 'aceitos', como possíveis dentro do direito.

O mesmo não se pode afirmar, no entanto, em relação à espécie seguinte de substituição processual, não menos controvertida quanto à possibilidade de sua incidência na esfera da substituição processual.

Trata-se da substituição processual denominada autônoma-concorrente:

- Implica a forma autônoma-concorrente de substituição processual em que a proposição da ação, por parte do substituto, não exclui a legitimação ordinária do titular da relação jurídica material litigiosa, mas apenas concorre com esta, havendo pluralidade autônoma de legitimados. Está claro, todavia, e conforme dito acima, que a substituição processual, neste caso, ficará sobrestada à inércia do legitimado ordinário, além da presença, ainda, dos seus requisitos específicos acima já abordados. Sendo que, na ação proposta por um destes legitimados, não haverá lugar (como parte principal), para a presença do outro que se manteve inerte; entretanto, ainda sim, poderá este último sofrer os efeitos do provimento que naquele processo vier a ser dado.

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA⁵⁷ nega que possa, no caso deste tipo de legitimação, ocorrer a substituição processual, parecendo adequar-se apenas ao caso da legitimação extraordinária autônoma exclusiva, na qual realmente a lei substitui o legitimado ordinário pelo extraordinário (*Apontamentos...*, 1969, p.11-12), conforme já foi mencionado.

É também de se fazer marcar o fato de a lei não apresentar nenhuma vedação à efetivação da dita forma de substituição, parecendo, em princípio, esta interpretação do eminente professor BARBOSA MOREIRA, restritiva, quanto à impossibilidade de sua ocorrência, no caso de legitimação concorrente.

⁵⁷ Em "*Apontamentos...*", A seu ver apenas ocorrerá a substituição, se o substituto processual atuar com total independência e exclusividade, chegando sua atuação até, a impedir ao legitimado ordinário de assumir a posição de parte principal (*apud*. CAMPOS JÚNIOR, p.21).

Sobre o assunto leciona alguns autores, entre os quais CAMPOS JÚNIOR, a favor desta última classificação, marcando, inclusive, a posição do substituto processual concorrente:

“Em casos de legitimação concorrente, nos quais exista uma pluralidade de pessoas legitimadas, com autonomia à impugnação de um ato único e indivisível (incindibilidade do objeto), se uma (ou algumas) delas não estiver presente no processo⁵⁸, efetivamente ocorrerá uma substituição da atividade dos ausentes pelos presentes. [...] Em outras palavras, se a lei autoriza um dos legitimados a agir individualmente, não pode deixar de atribuir eficácia ultrapartes a tal atividade, o que faz revestindo a sentença com a autoridade de coisa julgada, para quem foi parte e para quem foi substituído” (Substituição..., 1985, p.21-22).

Também CARNELUTTI sustentava a ocorrência da substituição processual quando o titular de uma relação de obrigação, solidária ou indivisível, atuasse processualmente sozinho, neste tipo de relação, com eficácia relativamente aos outros titulares (*Sistema...*, 2000, v. II, p.74).

Ou seja, se a decisão tiver eficácia para o legitimado que agiu, também terá para os que não agiram, uma vez que o objeto do julgado é uno e indivisível, revestindo-se, portanto, o julgado, com a autoridade de *res iudicata*. Desta forma, fica então patente que o legitimado (como substituto processual), o qual propôs a ação, defendeu seu próprio direito, como também o direito alheio (dos legitimados que estiveram ausentes do processo). Ficando, assim, afetado pela coisa julgada tanto o direito de exercício da ação do substituto (parte processual), quanto do substituído (parte material).

Entretanto, o substituto não poderá dispor de direito (material) que não lhe pertence, mas o direito para o qual está legitimado é processual (direito de ação). Por isso só poderá dispor das faculdades processuais, que não importem em aviltamento do direito material, que é do substituído. Desta forma pode-se falar do apenamento da preempção (art. 268, parágrafo único do CPC/73) aplicar-se ao substituto nos casos de substituição processual exclusiva (RODRIGUES, *Elementos...*, 2000, v. I, p.201, nota n° 61).

⁵⁸ Atente-se que, caso ingresse no processo, só poderá fazê-lo como parte, isto é, como litisconsorte.

Os casos de legitimação concorrente se originam da solidariedade; portanto, ocorrendo a solidariedade ativa, cada um dos credores solidários tem direito de exigir do devedor o cumprimento da obrigação por inteiro (art. 267 e 268 do C. Civil 2002), e, se assim o fizer, em concreto, estará atuando pelos demais credores inativos. Ocorre o mesmo quanto à solidariedade passiva (art. 275 do C. Civil 2002). Não se pode negar a extensão dos efeitos da sentença ao(s) substituído(s), sendo este(s), destarte, considerado(s) parte (ainda que ausente), condição esta, que a substituição não lhe subtraiu.

Retoma-se agora a idéia do princípio do dispositivo inerente às partes, reafirmando-se que cada qual pode dispor também do seu direito, mantendo-se inerte diante de uma ameaça ou violação deste. Mas, sendo de natureza coletiva, tal direito não se poderá negar a outros, igualmente legitimados, ainda que, de forma extraordinária, busque-se a reparação deste no Judiciário. Talvez não fosse demais se acrescentar que, não se admitir a possibilidade da substituição processual concorrente, seria uma forma de cerceamento de defesa.

“Portanto, não deve prevalecer a corrente que nega poder ocorrer substituição processual nos casos de legitimação concorrente, em que nem todos os legitimados agem” (CAMPOS JÚNIOR, *Substituição...*, 1985, p. 23), ou o fazem alternativamente. Este entendimento, apesar de dominante (na doutrina tradicional, principalmente), não é partilhado por outros doutrinadores⁵⁹; talvez presos, ainda, à idéia privatística do direito processual, não pudessem vislumbrar, a viabilidade da defesa de direitos ou interesse coletivos e difusos.

A nota característica da legitimação extraordinária concorrente é a circunstância de o legitimado extraordinário, a par de defender interesse alheio, atuar, também, na defesa de um interesse próprio, e, nos casos em que atuam o Ministério

⁵⁹ A favor: ARAÚJO CINTRA, *Estudo sobre...*, 1972, p.25-26; ARMELIN, *Legitimidade...*, 1979, p.132-133; GRECO FILHO, *Direito processual...*, 1996, v. I, p.78; DINAMARCO, *Execução civil, ...*, p. 435. E, no sentido contrário, negando a possibilidade, além de BARBOSA MOREIRA, também: SIQUEIRA, *A defesa...*, 1997, p.112-115; MARIZ DE OLIVEIRA, *Substituição processual*, 1971, p.190, (*apud.* ARMELIN, 1979, p.132-133). Estes dois últimos, firmando na idéia de incompatibilidade da possibilidade de litisconsórcio e substituição processual, só admitem substituição processual em legitimação autônoma e exclusiva. Entretanto, há fenômenos de legitimação extraordinária mesmo em litisconsórcio (como ocorre na denúncia da lide com o comparecimento do litisdenunciado) o que elimina a idéia de substituição, sem excluir a presença desse tipo de legitimidade, defende ARMELIN.

Público ou o Sindicato 'como substitutos', fica patente esta extensão do interesse a ser defendido.

Por outro lado, há que se fazer uma distinção entre a possibilidade de se verificar uma determinada situação jurídica, e os possíveis efeitos resultantes desta determinada situação, sendo que, sobre os efeitos, só serão definidos mediante o caso concreto. Lembrando-se de que se houver a participação conjunta dos legitimados, terá lugar também a incidência do artigo 55 do CPC/73⁶⁰.

Por isso, no caso da legitimação extraordinária autônoma concorrente, acrescenta-se aos dois pressupostos processuais descritos no capítulo anterior, o fato de o legitimado ordinário ter que se omitir na proposição da ação para a qual também teria legitimação.

Apesar de dividida, e não raro confusa, a doutrina que estuda a possibilidade de existência da substituição processual concorrente parece ter sua conclusão fechada com os dizeres de SIQUEIRA: *"...ainda que a precisão científica esteja presente, de forma mais acentuada, na corrente minoritária, à qual aderimos, as conseqüências práticas, buscadas com a substituição, estarão igualmente presentes na legitimação extraordinária concorrente"* (A defesa no..., 1997, p.115).

Portanto, pode-se defender a ocorrência da substituição processual no caso de configuração de legitimação extraordinária autônoma concorrente. No que se refere à denominada legitimação extraordinária autônoma exclusiva, é de se marcar a impossibilidade de se retirar, do legitimado ordinário, o direito de acesso ao Judiciário para defesa de seus próprios interesses, sob pena de se ferir preceito constitucional. Parecendo, na sistemática do Direito atual, impossível sua consideração, quando houver real exclusão do legitimado ordinário na esfera de atuação processual.

No caso da legitimação extraordinária denominada subordinada, é de se afirmar, conclusivamente também, a sua impossibilidade, visto que esta restaria sempre

⁶⁰ Art. 55: "Transitada em julgado a sentença, na causa em que interveio o assistente, este não poderá, em processo posterior, discutir a justiça da decisão, salvo se alegar e provar que: I- pelo estado em que recebera o processo, ou pelas declarações e atos do assistido, fora impedido de produzir provas suscetíveis de influir na sentença; II- desconhecia a existência de alegações ou de provas, de que o assistido, por dolo ou culpa, não se valeu".

vinculada ao legitimado ordinário, e a presença deste último, portanto, como parte principal. Tal fato torna inviável a própria idéia de substituição, não afastando, por outro lado, a idéia de litisconsórcio⁶¹ e de intervenção de terceiros⁶². Esta impossibilidade é reforçada pela aproximação, cuja espécie de legitimação extraordinária subordinada guarda, dentro da sistemática nacional, com o instituto da representação processual, e, com o qual não se poderá confundir. Não havendo necessidade da criação de duas formas processuais distintas, com a mesma finalidade.

4.4.4. Quanto ao momento da efetivação da substituição processual: originária e superveniente.

Pode-se falar, dentro deste critério, em substituição processual originária (ou inicial) e substituição processual superveniente (ou ulterior).

Será originária, quando desde a propositura da ação, o substituto processual estiver presente como parte principal, de forma exclusiva/eventual ou concorrente, cujo exemplo típico, que vem sendo citado, é o da ação popular (artigo 5º, LXXIII, da CR/88).

E será superveniente quando se formar a substituição processual no curso do processo, sendo exemplo típico deste caso, o disposto pelo artigo 42, § 1º do CPC/73, considerando a negação da permissão, pela parte contrária da relação litigiosa, para que a substituição da parte ocorra. Ou seja, negando que o adquirente do bem litigioso assumia a posição que o cedente do bem alienado ocupava, este último permanece na ação como substituto processual do adquirente, defendendo direito alheio, em nome próprio.

Dentro deste critério, a única indagação observada pela doutrina diz respeito ao fato de poder parecer uma afronta ao artigo 5º, inciso XXXV da CR/88, a possibilidade de existir a espécie denominada substituição processual exclusiva inicial, na *“medida em que o texto maior garantiu o acesso pleno ao Judiciário, não fazendo*

⁶¹ Pluralidade de partes nos pólos ativo e/ou passivo.

⁶² Terceiro é aquele que não é parte, podendo vir a adquirir a qualidade de parte, pela intervenção no processo pendente. O assistente é parte coadjuvante, e age em nome próprio, na busca da defesa de interesse próprio; o nomeado ingressa no processo como parte (réu), assim como o chamado ao processo, os quais defendem em nome próprio, direito também próprio (constituem casos de inserção na relação processual existente). Já o oponente litiga contra autor e réu de uma ação, agindo também em nome próprio por direito próprio, bem como o denunciado à lide, atuando este como réu (constituem casos de intervenção por meio de nova ação *in simultaneus processus*). Conforme CARNEIRO, *Intervenção...*, p.60-61).

qualquer limitação ou indicação de que o legislador infraconstitucional pudesse fazê-lo no tocante às condições para o exercício do direito de ação". Reafirmando a própria impossibilidade de existência legal da substituição processual na forma exclusiva acima já comentada (RODRIGUES, *Elementos...*, 2000, v. I, p.201, nota 60).

Na verdade, a observação é importante, entretanto, não se aplica no que concerne à forma de substituição processual concorrente, visto que, se pode verificar que a maioria das regras para determinação do legitimado extraordinário, principalmente nas ações de caráter coletivo (se assim considerar), poderiam ser inferidas do próprio Diploma Constitucional, conforme já abordado anteriormente.

Faz-se, também, interessante analisar aqui as conseqüência processuais no caso de ocorrer a substituição processual desde o início da ação (originária), quanto à admissibilidade de uma possível reconvenção. A análise foi aventada por BARBOSA MOREIRA, nos seguintes termos:

*"Havendo, pois, originariamente, substituição processual ativa, só caberá reconvenção se o réu quiser postular direito que lhe permita dirigir a sua reconvenção ao substituto (autor); havendo substituição passiva, o substituto (réu) poderá reconvir por (suposto) direito do substituído contra o autor, desde que a legitimação extraordinária, de que se acha investido, se estenda a esse limite". Isto porque "não seria admissível reconvenção em que se quisesse postular direito do substituto-réu contra o autor, ou direito do réu contra o substituto-autor, porque tal reconvenção jamais seria idônea, mesmo em tese, para modificar ou extinguir o pedido" (Direito processual civil (ensaios e pareceres), 1971, p. 121, apud. CAMPOS JÚNIOR, *Substituição...*, 1985, p. 32).*

Completa CAMPOS JÚNIOR a idéia, acrescentado que, ao contrário, dar-se-á nos casos de substituição processual superveniente, *"sendo ativa, só caberá reconvenção, se o réu quiser postular direito que julgue ter contra o substituto; sendo passiva, o substituto só poderá reconvir por direito próprio contra o autor"* (CAMPOS JÚNIOR, *Substituição...*, 1985, p. 33).

Neste espaço é pertinente abordar, ainda, sobre a duração da substituição processual, independente de ter esta ocorrido no início, ou durante o processo, podendo não se prolongar, necessariamente, até o seu fim.

Do próprio fato de existir a espécie de substituição processual denominada superveniente, pressupõe-se que esta “*não é necessariamente extensiva a todo o processo*” como assevera CHIOVENDA (*Instituições...*, 2000, v. II, p.306-307), apresentando exemplos na legislação italiana.

TERESA DE BRITO, citada por SEVERO NETO, acrescenta sua opinião sobre este tema, afirmando que a substituição processual:

“...só existe enquanto o substituído conserva intacta a sua disponibilidade adjectiva própria, sobre uma situação subjectiva de que é o alegado titular”... e a seguir adverte que para se falar de substituição processual “...é necessário que, pelo menos no momento em que se inicia a substituição, o substituído conserve uma disponibilidade adjectiva própria sobre o objecto processual, individualizado por uma subjectiva de que é o alegado titular” (Uma perspectiva..., s/d, p. 116, apud. SEVERO NETO, Substituição..., 2002, p. 137).

Assim, havendo necessidade da prática de atos de aquisição ou de disposição de direitos,

“... a disponibilidade adjectiva própria do substituto já não bastaria para a prática dos actos processuais acima mencionados. Agora, exigir-se-ia uma autêntica legitimidade substantiva, consubstanciada numa relação entre o sujeito do acto e o objecto deste, como condição da sua validade” (Uma perspectiva..., s/d, p. 115-116, apud. SEVERO NETO, Substituição..., 2002, p. 138).

Destarte, parece mais simples a análise dos casos referentes à substituição processual inicial ou originária, visto que para esta se deverá conferir apenas a existência das condições legais para atuação do substituto, ao passo que nos casos da substituição superveniente, outros fatores interferirão, caso a caso, para a sua verificação.

5. A SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL E ALGUNS INSTITUTOS AFINS:

Apesar de se poder abrir aqui um capítulo bastante abrangente, não é esta a intenção neste estudo, que pretende, tão-somente, analisar, mais detidamente, o instituto da substituição processual nas ações coletivas. Todavia, torna-se indispensável fazer-se um levantamento das abordagens doutrinárias, ainda que de forma breve, sobre os institutos que se aproximam da substituição processual. Tal aproximação pode ocorrer em razão, ou da sua denominação, ou da forma pela qual efetivam-se na esfera processual. Neste passo, restringir-se-á a breves comentários em torno das figuras da representação/presentação; da substituição de parte e da sucessão processual.

Todavia, no corpo do texto até aqui elaborado, falou-se em dois outros institutos processuais que ensejam alguma observação inicial, são eles: o litisconsórcio e a intervenção de terceiros.

Difere o litisconsórcio da substituição processual, pois o litisconsorte assume a posição de parte na esfera de um direito que lhe é próprio, ao passo que o substituto processual atua (na esfera processual) na defesa de um direito alheio, do substituído. Acrescenta-se que o litisconsorte sempre está presente no processo, enquanto o substituído, para assim o ser, sempre estará ausente no processo, ao menos como parte principal.

Já dentre as modalidades de intervenção de terceiro, muito se falou sobre a assistência, referindo-se esta, a uma forma de ingresso de terceiro no processo, com o objetivo de aliar-se a uma das partes, interessado, que está em sua vitória, posicionando-se contra a outra parte, ao lado do assistido. Tanto esta forma, quanto as demais formas de intervenção de terceiro, distinguem-se da substituição processual, porque o substituto processual não participa do processo como terceiro, ele assume a condição de 'parte principal' para atuar. Querendo se referir ao substituto como terceiro, só assim se poderá fazer, antes do seu ingresso no processo, como autor ou réu, originária ou supervenientemente.

Talvez restasse alguma dúvida quanto à forma de intervenção de terceiro denominada 'oposição', visto que, neste caso, havendo procedência do pedido do oponente, que tem em vista excluir da relação processual autor ou réu, busca colocar-se como titular tanto do direito processual (de ação), quanto do direito material, alegando possuir, portanto, legitimação ordinária - dúplice. Fugindo assim da idéia de substituto processual, o qual possui legitimação extraordinária.

Nos casos seguintes, é necessário mencionar maiores delhates, para que não sejam confundidos com a figura da 'substituição processual', outras a esta 'semelhante', uma vez que a doutrina, em geral, não se preocupa muito em usar o termo específico para designar estas outras formas de 'substituição' no processo, tais como a substituição das partes e a sucessão das partes.

Por outro lado, a doutrina italiana trata todas estas formas de substituição, como na verdade é de se interpretar, entre as espécies de legitimação 'extraordinária' (FAZZALARI, *Istituzioni di...*, 1994, p.342-347). Considerando estes fatores é que se preocupa aqui em se prestar uma compreensão comparativa destes institutos afins ao da 'substituição processual'.

5.1. Representação

O instituto da representação, não raras vezes, tanto na doutrina como na jurisprudência, é confundido com a substituição processual; por isso, assim se manifestam alguns autores a respeito:

"Não se podem relegar para segundo plano as semelhanças profundas, denotadoras de origem e finalidade comuns, entre os institutos da legitimação extraordinária e o da representação, até mesmo o da representação, enquanto suprimento de capacidade (integração em grau máximo)" (THEREZA ALVIM, *O direito processual...*, 1996, p.93).

Pode-se apontar como pontos de convergência dos dois institutos o fato de ambos respeitarem ao agir processual; nunca sendo o substituto e o representante

considerados titulares da lide ou direito material; e que ambos atuam no interesse ou na defesa de direito alheio¹.

Sem dúvida, a representação é a figura processual que mais se aproxima da substituição processual, mas, existem pontos fundamentais de distinção entre os dois institutos, os quais fazem com que não sejam confundidos quando bem analisados.

Enquanto o substituto processual age em nome próprio, o representante age em nome do representado; o substituto processual age independente da vontade do substituído; já o representante, em regra, e, apesar de não estar vinculado à vontade do representado, necessita, mesmo que inicialmente, de outorga do representado ou da lei.

O substituto é parte principal no processo, enquanto o representante não é parte; é, como o nome diz, representante desta; menos ainda se pode pensar quanto a este ocupar o lugar de parte principal; apenas postula em seu nome.

Por outro lado, o instituto da representação pode ser analisado por dois ângulos de visão: estando vinculado ao direito material, sendo uma das formas de se suprir a incapacidade civil das partes (incapazes, ausentes, pessoas jurídicas, etc), como também, ao direito processual, no que se refere à capacidade postulatória (conferida exclusivamente ao advogado) das partes.

E *“para que se possa pleitear quanto a direito alheio, é preciso que tenha havido outorga, negocial ou legal, de poderes de apresentação ou de representação”* (MIRANDA, *Comentários...*, 1997, t. I, p.187).

Enquanto a representação é usada em relação às pessoas físicas, a apresentação (fazer presente) equivale à representação de pessoa jurídica, nos mesmos moldes. Ou seja,

“na comparecência da parte por um órgão, não se trata de representação, mas de apresentação. O órgão apresenta a pessoa jurídica: os atos processuais do órgão são atos dela, e não de

¹ THEREZA ALVIM sugere até uma classificação para as formas de atuar no processo, inserindo entre a legitimação ordinária e a extraordinária, a legitimação por representação, acreditando conveniente usar-se a denominação legitimação extraordinária (processual) como abrangendo os institutos da substituição e representação. (ob. cit., 1996, p. 93-94).

representante.[...] De modo que há a apresentação (de direito material) e a representação processual, necessariamente sem atuação em causa própria: o órgão apresenta, materialmente; e, processualmente, também apresenta” (MIRANDA, *Comentários...*, 1997, t. I, p. 219).

Na doutrina não se verifica, com frequência, o uso do termo ‘apresentação’, geralmente sendo usado o termo ‘representação’, indistintamente.

Na representação de pessoas, tais como, incapazes, nascituros, espólios, dos mandantes pelos mandatários, o representante age em nome do representado, postulando direitos do representado. Em se tratando de pessoa jurídica, os órgãos sociais adequados exercem uma ‘representação institucional’ (ou apresentação); são órgãos e não representantes, são a própria pessoa jurídica agindo por seus legítimos órgãos societários, definidos por lei ou pelo estatuto. A representação ‘ad iudicia’ é a do advogado, como mero representante, para fins forenses, do representado, e entre seus deveres está o de postular (BATALHA, *Sistema de...*, 1998, p.53).

Aumentando-se os pontos divergentes entre as figuras processuais, pode-se ainda dizer que, ao passo que a substituição processual é instituto exclusivamente formal, com o escopo de viabilizar o maior acesso ao Judiciário na defesa dos direitos, não coincide seu objetivo com o da representação acima citado.

Desta feita, “a representação é a atuação de um sujeito (representante) em nome de outro (representado) em juízo, de maneira que as conseqüências dessa atuação, quer de direito processual, quer de direito material, recai (sic) sobre o representado” (SEVERO NETO, *Substituição...*, 2002, p.39).

CALAMANDREI, citado por SEVERO NETO, acrescenta sua fala aos pontos de distinção entre os dois institutos em tela:

“...mientras el representante hace valer un derecho ajeno en nombre ajeno (es decir, un derecho del representado a nombre de representado), el sustituto hace valer en juicio un derecho ajeno en nombre propio (es decir, un derecho del sustituido, en nombre del sustituto); lo cual significa, que, mientras en la representación parte en causa es el representado y no el representante, en la sustitución es parte en causa el sustituito, no

*el sustituido*² (*Instituciones de derecho procesal civil*, 1986, v. 2, p. 382, *apud. Substituição...*, 2002, p.40)

Fundamentalmente, o representante age processualmente em nome alheio e no interesse alheio, não sendo, pois, parte (no clássico sentido substancial), visto que quem é parte é o representado. Como conseqüência, não será, o primeiro, atingido pela coisa julgada, que recai apenas sobre este último.

Já o substituto processual defende, em juízo, em nome próprio, o direito alheio, ou seja, um direito do substituído em nome do substituto, e se pode dizer, por interesse próprio³, sendo este atingido processualmente pela coisa julgada, não podendo propor nova ação nos mesmos moldes.

Os limites da coisa julgada devem ter por fundamento inicial o artigo 472 do CPC/73, que dispõe: “*a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros*”. Mas,

“o caso do substituído, processualmente, é um exemplo de que a coisa julgada atinge os sujeitos legitimados, mesmo que estejam ausentes da relação jurídica processual. “Não há dúvida, ainda que essa autoridade, por via reflexa, atinja também o substituto, o qual, na situação legitimante subjetiva, não poderá exercer a mesma ação decidida, por não podê-la o substituído”. A coisa julgada atinge o substituído, porque este não é terceiro” (MOURA, *Substituição processual*, 1987, p. 251, *apud. SEVERO NETO, Substituição...*, 2002, p.189-190).

Além de impedir a proposição renovada da mesma ação, em princípio, sobre o substituto, também poderá recair, em conseqüência da coisa julgada desfavorável à sua causa, a responsabilidade pelo pagamento das despesas processuais (de sucumbência), conforme se depreende dos artigos 16 e 19 do CPC/73 (CAMPOS JÚNIOR, *Substituição...*, 1985, p.74).

² Trad.: “...enquanto o representante faz valer um direito alheio em nome alheio (é dizer, um direito do representado em nome do representado), o substituto faz valer em juízo um direito alheio em nome próprio (é dizer, um direito do substituído, em nome do substituto); o qual significa, que, enquanto na representação parte em causa própria é o representado e não o representante, na substituição é parte em causa o substituto, não o substituído”.

³ Conforme: MOREIRA, *Estudos...*, 1974, p.68-69; MARQUES, *Manual de...*, 1974, v. I, p.249-250; ARRUDA ALVIM NETTO, *Código de...*, 1975, v. II, p.292-293, *apud. CAMPOS JÚNIOR, Substituição...*, 1985, p.38.

Assim também é parte o substituto, sendo juridicamente interessado e 'terceiro' legitimado, buscando-se aqui a argumentação de UGO ROCCO, segundo o qual, afirma que a coisa julgada:

*"...afecta únicamente a la categoría de sujetos que por las normas procesales habrían sido autorizados, o, como se prefiere decir, legitimados para accionar o para contradecir"*⁴
(*Tratado de derecho procesal civil: parte general*, trad. Santiago Melendo y Mariano Pedín, Buenos Aires: Depalma, v. 2, 1983, p. 353, *apud*. SEVERO NETO, *Substituição...*, 2002, p.193).

Apenas para marcar o final desta discussão, deve ser examinada a posição do advogado como representante da parte, posto que, somente este, desde que legalmente habilitado, tem a aptidão para realizar os atos do processo, sendo sua presença obrigatória nos autos, exceto quando a parte postula em causa própria, ou a jurisdição escolhida para a demanda seja especial.

A lei também cuida da substituição do procurador das partes no curso do processo. Tal substituição ou mudança se dá por força de lei, em virtude de circunstâncias específicas, como é o caso da morte ou da perda de capacidade postulatória do procurador das partes, situação esta prevista pelo art. 265, I, do CPC/73; ou poderá ser provocada pela parte ou pelo próprio causídico. A última regra está prevista dentro do mesmo capítulo sobre a substituição das partes, no artigo 45 do CPC/73.

Interessante análise a respeito deste último assunto é apresentada por SEVERO NETO, que fala sobre a possibilidade do advogado, ainda que por 'ficção legal', assumir a condição de substituto processual no processo. Poderia tal discussão ser também travada mais adiante, quando se tratará da sucessão processual, entretanto, por ser caso referente à pessoa do advogado, preferiu-se tratá-lo aqui.

A discussão está em torno dos atos praticados pelo advogado no período que medeia a morte da parte e a suspensão do processo, em função deste fato. Para SEVERO NETO:

⁴ Trad.: "só afeta à categoria de sujeitos que pelas normas processuais teriam sido autorizados, ou, como se prefere dizer, legitimados para acionar ou contradizer".

“Os atos praticados nesse interstício são válidos, porque durante o transcurso desse hiato existente entre a morte da parte e a suspensão do processo, por ficção legal, o representante processual (advogado), tem legitimação extraordinária, que se opera de permeio, para atuar na defesa de direito dos herdeiros. O advogado assume dupla posição – legitimação diática – por que simultaneamente atua na qualidade de substituto processual dos herdeiros e como representante processual – ius postulandi” (Substituição..., 2002, p.186).

É de se reforçar o fato de que esta legitimação extraordinária é incidental, se operando apenas dentro deste prazo determinado, lembrando-se de que, dentro de tal prazo, vários atos processuais podem e devem ser praticados (entre os quais a própria habilitação dos sucessores para assumirem a ação do falecido). Todavia, tal análise só pode ser levada em consideração, como bem frisa SEVERO NETO, como ‘ficção legal’⁵.

5.2. Sucessão processual

Pelo dicionário de Processo Civil, da sucessão de partes resulta a *“modificação subjetiva no pólo ativo ou passivo da ação. Ocorrendo a morte de qualquer uma das partes, dar-se-á a substituição pelo seu espólio ou pelos sucessores, observado o disposto no art. 265 (CPC, art. 43)” (CRETILLA NETO, Dicionário..., 1999, p.429).*

Nessas circunstâncias, o processo fica suspenso pela morte de qualquer das partes, devendo o advogado nele continuar até o encerramento da audiência (art. 265 CPC/73). Ficam também os prazos suspensos, devendo ser restituídos por tempo igual ao que faltava para a sua complementação (art. 180 CPC/73). Pode isso, portanto, ocorrer também nos casos (independente da anuência da parte contrária) de substituição de parte.

⁵ Entende-se por ficção legal ou jurídica, “técnica jurídica, mediante a qual a lei atribui qualidade a fato ou situação, transformando-o em realidade de direito. A finalidade é transformar o fato ou situação real em figura jurídica, passível de enquadramento no mundo do Direito” (CRETILLA NETO, Dicionário..., 1999, p.186). No mesmo sentido JAPIASSÚ ET MARCONDES, Dicionário..., 1996, p.103.

O dicionário fala em sucessão compulsória, obrigatória ou legal, em se tratando dos casos referentes ao falecimento da parte, também denominada sucessão processual universal.

O que parece semelhante são os efeitos práticos resultantes tanto da substituição da parte, quanto da sucessão da parte, isto é, a transmissão de bens e/ou de direitos litigiosos, pertencentes ao patrimônio de uma das partes, os quais passam para a esfera patrimonial de outro (substituto), em razão de morte (sucessão da parte, independente da vontade da parte contrária) ou por ato entre vivos (substituição da parte, dependente da anuência da parte contrária). E neste segundo caso, havendo discordância da parte contrária quanto à substituição da parte (cedente pelo adquirente), permanecerá o cedente, no processo, como substituto processual do adquirente.

No caso de sucessão universal, a substituição do falecido será feita mediante Habilitação, procedimento especial de jurisdição contenciosa, previsto no art. 1.055 a 1.062 do CPC/73 (CRETELLA NETO, *Dicionário...*, 1999, p.429).

Na verdade, a dificuldade em se estabelecer uma distinção entre os fenômenos aqui discutidos, reside na forma com que a doutrina trata da matéria, sem marcar diferenças; simplesmente as agrupam numa concepção única, à qual dão-se denominações tais como: sucessão processual (CRETELLA NETO, *Dicionário...*, 1999, p.428-429), substituição processual ou, simplesmente, sucessão (CAMPOS JÚNIOR, *Substituição...*, 1985, p.38-39 e 67; DOWER, *Curso básico...*, 1996, p.193-196).

Quanto à diferença entre a substituição processual e a sucessão processual ou de parte, é bom reforçar que o sucessor assume, como parte, tanto a titularidade material, quanto a formal. Não sendo limitados seus poderes (processuais e materiais), quanto ao bem ou direito que recebeu, como seriam se substituição processual tivesse ocorrido, situação em que se transfere apenas a titularidade formal ao substituto (não permitindo atos de disposição do direito), o qual igualmente está na condição processual de parte.

A sucessão pressupõe processo em curso, é sempre superveniente a este; já a substituição processual, pode ocorrer de forma originária (inicial) ou superveniente (ulterior). Assim, a sucessão a que se refere o artigo 43 do CPC/73 é a hereditária, "por

isso que se trata, como é óbvio, da morte da parte como pessoa física, e não da parte como pessoa jurídica” (CAMPOS JÚNIOR, Substituição..., 1985, p.40)

Enfim, o sucessor atua em nome próprio, por um direito que lhe é igualmente próprio, enquanto o substituto processual atua em nome próprio, por um direito alheio.

5.3. Substituição da Parte

O CPC/73 trata da substituição das partes e dos procuradores nos artigos 41 a 45. Prescreve o art. 41 que só será permitida, no curso do processo (estando a relação processual já constituída, portanto), a substituição voluntária das partes, naqueles casos expressos por lei. Este dispositivo precisa ser analisado em consonância com o art. 264 do CPC/73, que assim dispõe: *“feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei”*. Conclui-se, portanto, que uma vez feita a citação, deverão manter-se as mesmas partes originárias.

Há, entretanto, situações que, em ocorrendo, podem alterar a relação material, após a relação processual já ter sido constituída; é o que acontece, por exemplo, quando se efetua a alienação da coisa ou do direito litigioso. Esse fato não suspende o processo, podendo haver a substituição das partes originárias, alienante ou cedente, com o processo em andamento.

“O processo é fonte autônoma de bens, portanto. Desse modo, 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” (THEODORO JÚNIOR, Curso de..., 1999, v. I, p. 78).

Mas, o que deve ficar claro, é que a substituição de parte é situação diferente da substituição processual, conforme salienta a doutrina.

*"...es necessário distinguir todavia entre substitución de partes y substitución procesal. En la substitución de partes hay un cambio en la relación jurídica substancial que se produce durante el proceso. En la substitución procesal los sujetos de la relación substancial son los mismos, pero el derecho no lo ejerce el titular, sino un tercero en su próprio interés"*⁶ (ALSINA, Hugo. *Tratado teorico e practico de derecho procesal civil y comercial: parte general*. Buenos Aires: Editar, v. 1, 1963, p. 499, *apud*. SEVERO NETO, *Substituição...*, 2002, p 44).

O exemplo clássico de substituição de parte no direito Brasileiro é o do artigo 42, § 1º do CPC/73, que deve ser analisado com cuidado, pois poderá ensejar tanto a substituição de parte, quanto a substituição processual. Desta forma, ocorrendo a alienação do objeto ou direito em litígio, por uma das partes e no curso do processo, mediante o consentimento da parte contrária, em que o adquirente, ocupe, como substituto, aquela posição de parte pertencente, inicialmente, ao cedente, ocorrerá o que se denomina a substituição da parte (o adquirente no lugar do cedente).

Por outro lado, se a parte contrária não concordar com tal substituição de parte, ficará o cedente ocupando o lugar de parte (processual), defendendo direito do adquirente (titular do direito material discutido), em nome próprio, ensejando, para o cedente, a condição de substituto processual. E conforme se desenrolarem os fatos, o adquirente ou o cedente poderá intervir no processo, como assistente de um ou outro, nos termos do § 2º do mesmo artigo 42.

"O código anterior permitia a substituição pura e simples das partes, sem o consenso da parte contrária. O seu artigo 750, então, dizia: "o cessionário ou o sub-rogado poderá, sem habilitação, prosseguir na causa, juntando aos autos o título de cessão ou da sub-rogação e promovendo a citação da parte adversa" (DOWER, Curso básico..., 1996, p.194).

Esta regra não prevalece mais, parecendo mais justa e legal a norma atual, uma vez que não exclui a possibilidade de substituição da parte, mas esta apenas ficará ao critério e conveniência da parte contrária, refletindo, desta forma, os princípios

⁶ Trad.: "... é necessário distinguir todavia entre substituição de partes e substituição processual. Na substituição de partes há uma troca na relação jurídica substancial que se procede durante o processo. Na substituição processual os sujeitos da relação substancial são os mesmos, porém o direito não o exerce o titular, senão um terceiro em seu próprio interesse".

constitucionais atuais que regem o processo, já que esta discussão gira em torno de uma relação processual, embora modificada por uma situação jurídica material ulterior.

E, finalmente, o § 3º deste mesmo dispositivo confirma o que foi dito anteriormente quanto aos efeitos da coisa julgada: “*A sentença, proferida entre as partes originárias, estende seus efeitos ao adquirente ou ao cedente*”.

Esta matéria mereceu o olhar concentrado da autora portuguesa PAULA COSTA E SILVA, em dissertação de mestrado defendida em Lisboa, no ano de 1992, na qual analisa todos os detalhes desta figura jurídica, disposta no artigo 271 do diploma processual civil português, concluindo seu trabalho da seguinte maneira:

“... a posição do transmitente, que permanece na acção, apesar da transmissão, pode ser qualificada como a de um substituto processual.[...] Porém, esta legitimidade do substituto é uma legitimidade própria, decorrente da lei e não da vontade do substituído. [...] Desta forma, quando o legislador utiliza a expressão <<substituição>> nos arts. 270, al. a), e 271, fá-lo de modo impróprio. O termo é empregue para significar a troca de partes principais na instância, quando a sua verdadeira significação jurídica é exactamente a inversa: a substituição processual depende da permanência na acção daquele que deixou de ser o alegado titular da relação material controvertida” (A transmissão da coisa..., 1992, 307-308)

Desta maneira compreendida, não há como confundir-se substituição de parte e sucessão processual, com a substituição processual, que possui seus equivalentes também no direito comparado.

6. A LEGITIMAÇÃO ATIVA NAS AÇÕES COLETIVAS DO DIREITO BRASILEIRO E A SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL

A sociedade contemporânea, em geral, vem experimentando profundas modificações em suas atividades sócio-político-econômicas, em virtude de algumas circunstâncias previsíveis e de outras nem tanto esperadas, concernentes à própria evolução dinâmica da sociedade e à complexidade das relações de seus membros.

Assim, as sociedades, em geral, e entre as quais, a Norte-Americana, a Européia e a Americana do Sul, passam por momentos de renovação dos conceitos diretores de suas administrações políticas, buscando, ainda que em tese, sempre posições em favor do social e coletivo, que se sobrepõem ao individual.

O panorama que se impõe ao mundo contemporâneo é de uma sociedade de produção e consumo de massa, bem como de uma economia globalizada, sendo natural que passem a surgir conflitos também de massa, que atingem não mais uma única pessoa, na sua esfera individual, mas a uma coletividade, mensurável ou não (de imediato), de pessoas que podem ser atingidas por um mesmo fato político, econômico ou social. E “as metrópoles contemporâneas são o palco onde se desenrolam os mais importantes litígios de massa” (C. R. B. MOREIRA, *Os direitos difusos nas...*, 1993, p.46). Daí também a necessidade de se pensar num ‘processo de massa’.

A doutrina jurídica já fala da publicização do direito privado e da privatização do direito público (MARINONI ET ARENHART, *Manual do...*, 2001, p.679) os quais, pode-se dizer, já se tornaram fato na sociedade brasileira.

É neste cenário que têm lugar os direitos denominados metaindividuais, transindividuais, ou superindividuais, como aqueles concernentes aos direitos de terceira geração, ditos também de ‘solidariedade’, pertencentes não mais a um único indivíduo como tal, nem como cidadão, mas sim, direitos de toda uma coletividade, enquanto grupo (determinado ou não). Como exemplo destes direitos ou interesses estão

a preservação do meio ambiente; a proteção aos consumidores; os das crianças e adolescentes; etc., denominados difusos, coletivos e individuais homogêneos.

“Dentro deste panorama de organização estatal, as definições clássicas tipificam os interesses em três grandes categorias: o individual, o geral e o público” (MACIEL JUNIOR, 2002, p. 14); desta forma, sem abandonar as conquistas já alcançadas para a proteção dos interesses individuais e sociais, busca-se também uma proteção ampliada a uma universalidade de pessoas, através da tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

A busca da proteção a tais direitos ou interesses leva à formação de intrincadas relações sociais e econômicas, para as quais o Direito deve se voltar agora. Entretanto, ao fazer este movimento, inevitavelmente não se pode desconsiderar a necessidade de se elaborar soluções justas a estes novos conflitos, só parecendo possível tal movimento, caso se consiga sistematicamente a conjugação das legislações já existentes no direito pátrio.

Nasce então a idéia de se buscar, como única saída viável e legal, a formação de um *“sistema integrado de acesso metaindividual ao Poder Judiciário, para defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos”* (BEZERRA LEITE, em palestra proferida em 22/11/02)¹.

Esta integração de normas está encabeçada certamente pela Constituição da República de 1988, como Lei Maior que é; posteriormente estão a lei civil e processual civil nacionais, e as demais legislações extravagantes pertinentes ao tema, repita-se, já em aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

Está, ainda, expressada tal preocupação, no Código de Defesa do Consumidor, como uma das legislações mais voltadas à tarefa de atender aos direitos de terceira geração, em seu artigo 105, pelo qual o legislador dispõe: *“Integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC -os órgãos federais, estaduais, do Distrito*

¹ A palestra do procurador regional (PRT da 17ª Região – ES) CARLOS HENRIQUE BEZERRA LEITE, ocorreu por ocasião do Seminário: “10 anos de Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho”, no auditório do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, do qual participamos com muito interesse.

Federal, municípios, e as entidades privadas de defesa do consumidor" (ARAÚJO FILHO, *Comentários...*, 2002, p.199).

Não se pode, entretanto, abrir mão de expedientes hermenêuticos também como indicadores das melhores soluções aos conflitos coletivos *lato sensu*.

"A experiência brasileira demonstra, em tema de interesses difusos, como a aliança entre o esforço interpretativo, capaz de "remoçar" o ordenamento jurídico, e a criação de novos instrumentos, mais adequados à realidade social, que pode produzir ótimos frutos" (C. R. B. MOREIRA, *Os direitos difusos nas...*, 1993, p.149).

Na verdade, do ponto de vista legal, a sociedade brasileira já conta com suficientes subsídios para atuar nesta área do Direito, destacando-se até em relação a outros ordenamentos (menos munidos, juridicamente falando, de meios legais para tanto), à medida que dispõe de instrumentos ou ações, tais como: Ação Popular; Ação Civil Pública ou Coletiva; Mandado de Segurança Coletivo; Código de Defesa do Consumidor; e outros mais.

Entretanto, saber como aplicar esse arsenal de instrumentos, é o grande desafio enfrentado para a tutela coletiva dos interesses no direito brasileiro. Parece haver um certo despreparo, e um grande apego à doutrina clássica, tanto por parte do legislador, como por parte do aplicador do direito. Não que se esteja aqui tecendo crítica à atuação daqueles, vez que o desconhecido é para ser explorado; todavia, a matéria, certamente, merece mais estudo e aprofundamento, principalmente, por parte dos que lidam cotidianamente com ações desta natureza.

As demonstrações desta crise são evidentes pelo que se pode ler diariamente, em todos os jornais do país, quando noticiam sobre a aplicação de tais ações na defesa de direitos ou interesses metaindividuais, aos quais se deve exigir um indispensável tratamento especial, pelos aspectos sociais que envolvem, e a repercussão dos efeitos das decisões proferidas pelo Judiciário, neste campo.

Mais uma vez, alerta-se aqui, que não se pretende fazer defesa, nem do Judiciário, nem dos entes intermediários que atuam nestes processos, em nome das coletividades; apenas se quer lembrar que grandes prejuízos (talvez não fosse demais se

falar de prejuízos irrecuperáveis), podem resultar como consequência de decisões de pouca técnica, ou seja, sem a aplicação do supracitado “*sistema integrado de acesso ao Judiciário na defesa dos direitos ou interesses metaindividuais*”.

É importante ressaltar ainda que, o que se chama de novidade no campo dos direitos metaindividuais, já de algum tempo (conforme abordagem histórica), e de certa forma, vinha sendo objeto de ocupação da ciência do Direito, principalmente, no que se refere aos direitos e interesses coletivos. Escoltados, estes últimos, pelos guardiões do Direito do Trabalho. Ao longo do tempo, desenhou-se um espaço próprio no Direito, para acolher a chegada e instalação, na sistemática jurídica, de meios legais de defesa de todos os demais interesses desta natureza.

Assim, tratar-se-á, agora, sobre os antecedentes legais das ações coletivas; a natureza jurídica da legitimação ativa neste campo e sobre os entes legitimados para agir nas ações coletivas, aos quais se deve dar relevância neste panorama; e, finalmente, dos efeitos da coisa julgada nesse tipo de ação.

Antes, porém, de se adentrar no capítulo seguinte, e apenas para justificar a escolha dos temas que neste conterà, vale ressaltar que nada se falará quanto à legitimação passiva dentro das ações coletivas, visto que, no direito brasileiro, “*somente se confere legitimação ad causam ativa aos entes elencados no art. 5º da LACP e no art. 82 do CDC*” (GIDI, *Legitimidade...*, 1994, p. 64). Não obstante o art. 81 do CDC/90 se utilize da expressão “*defesa*” dos direitos dos consumidores, tem esta expressão significado indiscutível de ‘agir ativamente em juízo’. Por isso, vê-se, na doutrina, a afirmação da impossibilidade de os entes intermediários serem réus em uma ação coletiva (ou individual) (GIDI, *Legitimidade...*, 1994, p. 64).

Porém, também neste tema, a doutrina não parece pacificada, visto que há o entendimento contrário, apresentado por ARAÚJO FILHO, ao tratar das ações coletivas do CDC (art.82), afirmando este que o fato de terem, os referidos entes, a legitimação ativa “*não impede que essas mesmas pessoas figurem eventualmente como réus em ações de consumo*”, fundamentando sua conclusão, na análise dos artigos: 3º, caput; 4º, VII; 6º, X e 22 do CDC (*Comentários...*, 2002, p.78).

De outra forma, MANCUSO explica a legitimação passiva nesta seara, referindo-se à circunstância de a legitimidade, no processo, ser eminentemente bilateral, e “o fato de ser uma ação direcionada à contraparte já confere a esta o direito a defender-se, ainda que seja para alegar... sua ilegitimidade passiva” (*Interesses...*, 1997, p.153).

Este último tema, com certeza, deverá ser objeto de preocupação maior por parte dos juristas, à medida que, na prática, for sentida sua necessidade; por enquanto, só se percebem tímidas manifestações doutrinárias a respeito.

Destarte, o fato de, até então, haver poucas discussões, não invalida a importância do tema; entretanto, no caso deste estudo específico, abordá-lo seria desviar-se dos objetivos que se perseguem, motivo pelo qual não será tal tema aprofundado.

6.1. Breve Notícia Histórica sobre a Origem das Ações Coletivas e as Categorias de Interesses por elas Protegidas.

Para montagem de uma escala evolutiva sobre as ações coletivas, devem-se retomar as primeiras idéias de contraste entre o ‘individual’ e o ‘coletivo’, e, portanto, entre as idéias de ‘privado’ e ‘público’, daí se passando para as idéias de ‘interesses individuais’ e ‘interesses coletivos’.

A separação entre o público e o privado era bastante compreensível na época em que os dois únicos pólos de referência eram o indivíduo e o Estado, não se podendo, nesta época, cogitar-se de ‘entes intermediários’, já que seria visto como ameaça ao monopólio estatal.

*“O próprio Direito Positivo restou organizado em dois ramos distintos: o público e o privado. Sucede que, ao longo do período medieval, o Estado foi se enfraquecendo: por um lado, em virtude das guerras constantes e onerosas; por outro, em face do surgimento de novos focos de poder, chamados por Montesquieu os “corpos intermediários” (MANCUSO, *Interesses difusos...*, 1997, p.33).*

Tem-se aí a formação dos feudos, das grandes corporações de comerciantes, artesãos, mestres e aprendizes, por um lado; e, por outro, o enfraquecimento estatal se agravando.

Na Idade Média, este quadro se modificou; interfere a Igreja retomando suas atividades de ordem espiritual; o feudalismo declina, em função das migrações dos camponeses para novos núcleos urbanos e para afirmação de exércitos mercenários, desaparecendo, enfim, as corporações, “*tragadas pelas revoluções comercial e industrial, substituídas, em nosso século, pelos conglomerados econômicos e empresas multinacionais*” (MANCUSO, *Interesses difusos...*, 1997, p.33).

Conforme afirma MANCUSO, restou daí o germe do corporativismo e da ‘consciência do coletivo’, como forma de se aliarem forças individuais, na formação de uma força maior, coletiva, do grupo, sendo que isto faz parte da própria natureza humana. “*Santo Tomás de Aquino já declarava que em apenas três hipóteses pode o homem viver só: “corruptio naturae; excellentia naturae; mala fortuna”*. Aristóteles dissera: *o homem só é um bruto ou um Deus*” (MANCUSO, *Interesses difusos...*, 1997, p. 34).

Assim, desde o início do século passado, assiste-se ao crescimento do processo corporativo, que continua até os dias de hoje, variando em grande proporção os grupos que se organizaram entre: sindicatos, associações, cartéis, partidos políticos, o próprio Ministério Público e muitos mais. Surgindo uma nova ordem social, fundada na coletividade e na solidariedade.

No direito comparado, as ações coletivas foram concebidas, com base nas ‘class action’, surgidas no direito medieval inglês, em especial, a ‘*bill of peace*’, e desenvolvidas no direito norte-americano do século XIX, as quais foram especificamente criadas para a proteção desses interesses transindividuais, assim como os interesses individuais, lesados em massa (MARINONI, *Manual...*, 2001, p.680-681).

“Já no século XVII, no direito inglês, as Courts of Chancery, Tribunais de equidade, admitiam o bill of peace quando a parte tinha um direito que não podia ser controvertido por várias pessoas, em ocasiões diferentes, e por diversas ações” (ARAÚJO FILHO, *Comentários ao...*, 2002, p.115).

Sendo o objetivo do *bill of peace* obter o amparo da equidade contra a necessidade de suportar a questão de numerosas ações no *common law*, este é, então, apontado como precedente da própria *class action*.

“Com a fusão dos sistemas da law e da equity, decorrente do Court of Judicature Act, de 1873, a class action vem estruturada com características modernas, passando a ser utilizada nos demais países em que vigora a common law.

A Regra 10 do Diploma por derradeiro apontado dispunha que: “Havendo multiplicidade de partes comungando do mesmo interesse em uma controvérsia, uma ou mais das partes podem acionar ou serem autorizadas pela Corte para litigar em benefício de todas as demais” (CRUZ E TUCCI, “Class actin”..., 1990, p.12).

Do direito inglês, os Estados Unidos da América herdaram a *class suit*, advindo posteriormente a *Federal Equity Rule 48*, de 1842, sendo que, em 1938, com a unificação das regras da *common law e da equity*, tornou-se efetiva a *Federal Rules of Civil Procedure*, que passou a reger o processo civil nas cortes federais dos Estados Unidos, fato considerado substancial na reafirmação da *Equity Rule 38*, para as *Class Actions* (ARAÚJO FILHO, *Comentários...*, 2002, p.116).

*“As Federal Rules of Civil Procedure de 1938 fixaram, no art. 23, as seguintes regras fundamentais: a) a class action seria admissível quando impossível reunir todos os integrantes da class; b) caberia ao juiz o controle sobre a representatividade adequada; c) ao juiz também competiria a aferição da existência da comunhão de interesses entre os membros da class” (GRINOVER, Ada Pelegrini, *Da class actino for damages á...*, 2002, p.21).*

O Direito, em geral equipado apenas para regular os conflitos individuais, vê-se obrigado a enfrentar as controvérsias coletivas. Da esfera coletiva, extrapolou-se a outros novos conflitos presentes nas relações atuais, e carentes de proteção jurídica, os quais foram denominados de: direitos ou interesses difusos e os individuais homogêneos, classificação expressada pelo CDC/90.

O sistema jurídico brasileiro, partindo das experiências do direito norteamericano e de outros países, teve sua primeira ação concebida para a tutela dos

interesses coletivos, em 1965, com a Ação Popular, instituída pela Lei nº 4.717, protegendo o patrimônio público, através da atuação do cidadão.

“A ação popular, dentro deste prisma, foi, sem dúvida, o primeiro remédio processual concebido pelo direito positivo brasileiro com nítidas feições de tutela dos interesses difusos” (THEODORO JÚNIOR, *A tutela dos interesses...*, 1992, p.46). E, atualmente, ampliou-se, consideravelmente, o rol de proteção que se pode oferecer por meio desta, (bem como por outros dispositivos constitucionais criados posteriormente), conforme se confere da leitura do dispositivo constitucional pertinente: art. 5º, LXXIII:

“qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e de ônus da sucumbência” (CR/88, 2002, p. 12).

Antes porém, existiram leis esparsas tratando do tema, lembra a doutrina da Lei nº 1.134, em 1950, estatuinto que:

“as associações de classe existentes na data da publicação desta lei, sem nenhum caráter político, fundada nos termos do Código Civil e enquadradas nos dispositivos constitucionais, que congreguem funcionários ou empregados de empresas industriais da União, administradas ou não por elas, dos Estados, dos Municípios e das entidades autárquicas, de modo geral, é facultada a representação coletiva ou individual de seus associados, perante as autoridades administrativas e a justiça ordinária” (MENDES, *Ações coletivas...*, 2002, p.191).

Mas, como ‘ação’ propriamente, só posteriormente, isto é, vinte anos depois da ação popular, é que veio a Ação Civil Pública, com a edição da Lei nº 7.347/85; que teve seu rol de tutela ampliado recentemente pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90). Já se falando em Ação Civil Coletiva, no âmbito dos diversos ramos do direito, em especial, na doutrina do Direito do Consumidor e do Direito do Trabalho.

E, é por isso que não se poderia deixar de marcar, neste passo, a importância, também de outros dispositivos dentro do próprio direito nacional, como antecedentes à implementação das ações coletivas *lato sensu*. Refere-se à Consolidação

das Leis do Trabalho, de 1943, a qual já introduzia notáveis avanços no campo dos efeitos sociais do processo e da sentença (arts. 513, a, 611 e 625 da CLT). “Em consequência, a coisa julgada foi estendida, de modo inovador, a não-partes, a não-figurantes na demanda coletiva, segundo redação dos arts. 868 e 869...” da CLT (LACERDA, *Eficácia da prestação...*, 1995, p.230-231).

“Nessa época, a class action norte-americana, que também dilatou a coisa julgada a não-partes no processo coletivo, recém-ensaiava seus primeiros passos, certo como é que foi consolidada apenas nas Federal Rules de 1966, através da regra nº 23. Nós, no Brasil, contávamos, desde 1943, com essa expressiva novidade no processo relativo ao Direito do Trabalho” (LACERDA, *Eficácia da prestação...*, 1995, p. 231).

A Regra 23 das *Federal Rules* de 1966 contém quatro considerações prévias (pré-requisitos) e estabelece três categorias de *class actions*, sendo duas obrigatórias e uma não-obrigatória, e cada uma com seus próprios requisitos, demonstrando seu caráter pragmático e funcional. A *class action for damages* tem como requisitos específicos: a ‘prevalência’ das questões comuns e a ‘superioridade’ da tutela coletiva (GRINOVER, Ada Pelegrini, *Da class actino for damages á...*, 2002, p.21-23).

A princípio, estas primeiras legislações significaram apenas um ensaio às futuras leis voltadas aos direitos denominados difusos, restringindo-se, no entanto, a interesses coletivos. Podendo se acrescentar à legislação trabalhista, a Lei 1.134/50 que, no funcionalismo público, confere às associações de classe “a representação coletiva e individual de seus associados perante as autoridades administrativas e a justiça ordinária”.

“Quanto aos sindicatos, a Lei 6.708/79, art. 3º, § 2º, confere-lhes, “independentemente de outorga de poderes dos integrantes da respectiva categoria profissional”, o poder de “apresentar reclamação na qualidade de substituto processual de seus associados (...)” (MANCUSO, *Interesses...*, 1997, p.149).

Estes são apenas marcos iniciais, ou precedentes importantes, dentro da trajetória, do direito nacional, na implementação das ações denominadas, hoje, ‘coletivas’ *lato sensu*, às quais o Direito Contemporâneo vem dando o destaque que estas merecem, principalmente pela relevância social que alcançam.

“O sistema de proteção dos interesses coletivos é completado por leis esparsas, relativas a situações específicas, como a Lei de Abuso do Poder Econômico (Lei 8.884/94, esp. art. 29 e ss.) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90, esp. art. 208 e ss.).

Observando os componentes do sistema integrado de leis nesta seara, permite-se afirmar que é admissível, perante o direito nacional, a proteção de qualquer interesse coletivo, ou ainda de qualquer interesse individual de massa, pela via da ação coletiva. Pode-se mesmo lançar mão de ações específicas, em determinadas circunstâncias, para a proteção destes interesses, de intervenção rápida e relevância constitucional, como ocorre com o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, da CF)” (MARINONI, *Manual...*, 2001, p.683).

Por outro lado, não se pode afirmar que existe uma enumeração delimitada quanto à proteção dos interesses metaindividuais, que se fecharia nas leis, referentes ao tema, já editadas, à medida que a própria Constituição da República não faz menção a tal limitação, dando-se por aberta a tutela a qualquer espécie de direito ou interesse metaindividual, lesado ou ameaçado de lesão.

Na sistemática nacional, as ações coletivas visam à proteção de três categorias de direitos ou interesses metaindividuais: a dos coletivos, dos difusos e a dos individuais homogêneos, definidos pelo Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 81.

Os interesses difusos, na dicção da lei (art. 81, parágrafo único, I, do CDC), seriam os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Como exemplo, o direito ao meio ambiente; à saúde pública; à educação pública; à cultura, etc..

Os interesses coletivos *stricto sensu* (não se confundindo com o gênero), disposto no inciso II, do mesmo artigo acima citado, seriam também transindividuais, e de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. Como exemplo, o dos consumidores; dos aposentados; dos contribuintes; das crianças; etc..

E, finalmente, os interesses individuais homogêneos, ou individuais de massa (eventualmente coletivos), definidos no inciso III do art. 81, parágrafo único, do CDC, como os decorrentes de origem comum. Neste caso, não define, a lei, a natureza

de indivisibilidade, a tais interesses. Tratam de interesses individuais idênticos (de massa), visto que nascem do mesmo fato-gênese, devendo, por isso, serem decididos com uniformidade, univocamente. Como exemplo tem-se o interesse dos contribuintes em impugnar a exação tributária tida como inconstitucional, por lesão ao princípio da anterioridade, ou os direitos de consumidores a serem indenizados da quantidade, a menor, de produto existente na embalagem, em relação ao declarado².

Pelo fato de as leis (CR, art. 129, III; LACP, art. 1º, IV e com a nova redação, art. 110 do CDC) se referirem a estes três tipos de interesses ou direitos, como formas distintas, ficou a doutrina dividida quanto, principalmente, à ambigüidade existente entre os termos 'difusos' e 'coletivos', para alguns sinônimos³. Mas considerando a preocupação da lei em distingui-los separadamente, vê-se que não se poderá interpretá-los de forma equivalente.

Assim, visando a aquietar esta discussão, a doutrina recente separou os dois distintos interesses em duas categorias, embora considerando-os do mesmo gênero de direitos ou 'interesses meta (ou super) individuais'⁴.

Enquanto os interesses difusos concernem a um universo maior (podem atingir a toda a humanidade) do que o dos interesses coletivos, estes últimos correspondem a grupos sociais definidos e organizados.

Por um outro ângulo de visão, não devem ser tais espécies de interesses confundidos, visto que, quanto aos direitos ou interesses coletivos muito já se sabe, "*já estão bastante burilados pela doutrina e jurisprudência; se eles suscitam problemas,*

² Os exemplos foram dados por MARINONI, ob. cit., p.684-686.

³ MELLO DE CAMARGO FERRAZ, Antônio Augusto; MILARÉ, Édís; NERY JÚNIOR, Nelson em *Ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984, p.54, nota 26, apud. MANCUSO, *Interesses...*, 1997, p. 72, nota 7. A favor da distinção está PRADE, Péricles, *Conceito de...*, 1987, p. 46, nota 29.

⁴ O professor CARLOS HENRIQUE BEZERRA LEITE, não se associa a este entendimento, reunindo os direitos ou interesses difusos e coletivos na categoria, a qual denomina 'transindividuais' e os individuais homogêneos, como metaindividuais e acidentalmente coletivos (PALESTRA, em 22/11/02).

como o da legitimação para agir, “a técnica jurídica tem meios de resolvê-los” como lembra J. C. Barbosa Moreira⁵ (apud. MANCUSO, *Interesses...*, 1997, p.74).

Todavia, quanto aos interesses difusos, não contam estes, efetivamente, com mais de uma década de dedicação e elaboração jurídica específica. Parecendo assim, útil a tentativa de distinção entre eles, já iniciada pela própria legislação, contrariando o costume legislativo (apresentar definições sempre foi tarefa da doutrina), conforme se verifica da leitura do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, de setembro de 1990.

PÉRICLES PRADE sugere os seguintes conceitos independentes de interesses difusos e coletivos:

“...os interesses coletivos são os pertinentes aos fins institucionais de determinada associação, corporação ou grupo intermediário, decorrendo de um prévio vínculo jurídico que une os associados, sujeitando-se a regime jurídico portador de características peculiares” [...]

...interesses difusos são os titularizados por uma cadeia abstrata de pessoas, ligadas por vínculos fáticos exurgidos de alguma circunstancial identidade de situação, passíveis de lesões disseminadas entre todos os titulares, de forma pouco circunscrita e num quadro de abrangente conflituosidade” (Conceitos..., 1987, p.43 e 57-58)⁶.

Enquanto muito se fala da complexidade destas relações envolvendo direitos e interesses coletivos/difusos e da dificuldade em defini-los, mais intrincada, ainda, é a matéria que envolve a legitimação ativa para se poder dar proteção a eles. Fala-se aqui, especialmente, dos denominados “*corpos intermediários*”.

Como adverte MAURO CAPPELLETTI, estes ‘corpos intermediários’ podem ser fonte tanto de soluções justas e pacíficas para os problemas ou conflitos metaindividuais, como de abusos e tiranias, “operando mais por interesse egoísticos ou até chantagistas que por interesses válidos e reais da coletividade” (Formações sociais e interesses coletivos disnte da justiça civil, In: RePro, 5/148-149, apud.

⁵ A proteção jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos, In: *A tutela dos interesses difusos*, 1984, p. 98-99.

⁶ Apesar de lançar o conceito de interesse difuso reafirma este autor que o tema continua aberto em sede doutrinária.

GIDI, *Legitimidade...*, 1994, p. 54). É por isso que se torna difícil a tarefa de atribuí-lhes a legitimação para a propositura de tais ações. É neste estudo que se pretende concentrar-se agora.

6.2. A Natureza Jurídica da Legitimação Ativa nas Ações Coletivas.

Inicialmente, é importante se lembrar de que *“sob o prisma do número de legitimados para a prática de um mesmo ato, poder-se-á falar em uma legitimidade singular ao lado de uma legitimidade coletiva”* (ARMELIN, *Legitimidade...*, 1979, p.21).

Afirma ARMELIN que é do grau de interesse atribuído à prática de determinados atos, que vão ser ampliados ou restringidos os círculos de legitimidade para tanto:

“Os motivos potenciadores desse grau de interesse são dispares, mas podem ser enfeixados, basicamente, em três categorias:

- a) o alto apreço atribuído pelo sistema jurídico ao bem tutelado ou objetivado através do ato;*
- b) o interesse público a ser tutelado através do ato, e, finalmente,*
- c) a partilha entre vários sujeitos de direito de interesses coletivos ou particulares a serem tutelados ou colimados pelo ato”* (ARMELIN, *Legitimidade...*, 1979, p.22).

Percebe-se que, quanto à determinação do rol de entes a assumirem a responsabilidade de agirem em nome de uma coletividade, sem dúvida, deverão corresponder a estes motivos. *“A legitimidade, porque decorrente da titularidade de um direito ou situações jurídicas assemelhadas, pode ser transferível e intransferível, conforme possa ou não ser adquirida derivadamente”* (ARMELIN, *Legitimidade...*, 1979, p.22). É isso o que já se observou, daquilo que foi exposto anteriormente.

Considerando, principalmente, o tratamento dado pela atual Constituição da República, promulgada em 1988, às ações coletivas *lato sensu*, verifica-se que a Carta

Maior superou o individualismo jurídico do regime anterior, em favor dos interesses públicos (numa visão atual destes) e coletivos, concedendo ou transferindo legitimação para defesa destes, aos entes públicos e coletivos, nos seguintes dispositivos:

- no artigo 5º, inciso XXI, ao declarar que *“as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”*;

- no art. 5º, inciso LXX, “b”, ao conceder *“mandado de segurança coletivo à organização sindical de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados”*;

- no art. 8º, III, *“ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”*;

- no art. 103, inciso IX, ao legitimar para a ação de inconstitucionalidade *“confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”*.

E ao Ministério Público, nas medidas do seguinte dispositivo:

- no art. 129, III, *“são funções institucionais do Ministério Público: III- promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”* (CR, 2002, p.7, 11, 15, 76, 85).

Desta forma, têm-se como devidamente tuteladas, como garantia constitucional, e, acompanhando a própria evolução histórica do Direito Constitucional Nacional, as três gerações de direitos: inicialmente os direitos civis e políticos (individuais - decorrentes do Estado liberal); depois os sociais, econômicos e culturais (gerais - compostos por liberdades positivas), e, por fim, os direitos metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), em decorrência da relevância dos interesses sociais sobre os individuais.

“E assim foi que o que aparecia inicialmente como mero interesse, elevou-se à dimensão de verdadeiro direito, conduzindo à reestruturação de conceitos jurídicos, que se amoldassem à nova realidade” (WATANABE, *Disposições gerais*, 2002, p. 726).

Esta abertura de legitimados foi determinada, sem contudo excluir-se a legitimidade do cidadão para fins correlatos, conforme disposto na própria CR/88, no art. 5º, inciso LXXIII, supracitado.

Mas aqui se pergunta: a que título os entes coletivos, ‘legitimados’ pela Carta Maior, atuam dentro da relação processual? Para responder à indagação, resta necessário rever as espécies de legitimação existentes ou permitidas no direito pátrio, para então nelas encaixarem-se tais entes.

Já foram apresentadas, neste estudo, as espécies de legitimação possíveis de ocorrerem, e, em especial, aquelas adquiridas derivadamente, isto é, sob exclusivo controle legal. Falou-se, num primeiro momento, da legitimação denominada ordinária, e existem autores que parecem considerar ser desta categoria a legitimação para as ações coletivas, desde de que, sempre conjugadas a esta, esteja também a natureza jurídica de concorrente (THEREZA ALVIM, *O direito processual...*, 1996, p.92).

Entretanto, ao lado da legitimação ordinária daquele que é titular, simultaneamente, do direito material e processual em litígio, está a figura da legitimação adquirida pela forma ‘extraordinária’, determinada por lei, pela qual o legitimado defende, em nome próprio, direito de outro (art. 6º do CPC/73).

Esta extraordinariedade só assim se pode entender, em relação ao termo ‘ordinário’ usado para caracterizar a outra categoria de legitimação, tendo ficado corriqueira a denominada ‘legitimação extraordinária’ (daí alguns se referirem a esta última como conceito relacional, que pressupõe a existência da ordinária⁷).

Então, em princípio, se forma uma dicotomia circundando as duas espécies de legitimação existentes (ao menos até então) no direito brasileiro. Sendo que tal

⁷ “Da mesma forma que o especial pressupõe a existência do comum” como compreende GIDI, 1994, p.58.

distinção se opera, basicamente, em função da titularidade ou não do direito material e processual.

Assim, surgem mais perguntas que podem ser feitas: Será que a legitimação para agir nas ações coletivas seria ordinária ou extraordinária? Ou seria esta uma espécie nova de legitimação⁸? Ou existem concomitantemente as duas formas de legitimação, variando conforme a natureza dos interesses tutelados?

Esta discussão sobre a natureza jurídica da legitimação para agir em nome de uma coletividade foi abrandada em sua relevância, especialmente após da Lei de Ação Civil Pública, de 1985, à vista de expressa previsão legal de entes legitimados à propositura de ações coletivas (art. 5º da LACP⁹) e, depois pelo Código de Defesa do Consumidor, de 1990 (art. 82 do CDC¹⁰).

Todos estes indicativos, reforçados pelos dispositivos constitucionais supracitados, parecem identificar os “*corpos intermediários*” para atuarem neste campo, fazendo-se a adequação destes conforme as suas funções institucionais. Entretanto, que há legitimação por parte de tais entes, não se discute mais; todavia, ainda se questiona: a que título ela é concedida? É esta resposta que se procura.

Alguns doutrinadores já não dão mais tanta importância a tal discussão, à medida que não parece, para estes, tão relevante saber a que título se dá proteção jurisdicional aos direitos supraindividuais, se efetivamente se dá tal proteção (GIDI, *Legitimidade...*, 1994, p. 56)¹¹. Entretanto, as opiniões ainda não se assentaram definitivamente a respeito do tema, não se podendo negar que, exatamente porque não se reconhece, com segurança, a legitimação de tais entes, muitas ações coletivas *lato sensu* poderão ser impedidas de seguirem seu curso, prematuramente, considerando-se

⁸ SOUZA, *Ação civil pública...*, 2001, p. 39; NERY JÚNIOR, *Código de processo...*, 2001, p. 363.

⁹ Art. 5º- LACP: “A ação principal e cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios. Poderão também ser propostas por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação que:...

¹⁰ Art. 82 CDC: “Para fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I- O Ministério Público; II- a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III- as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta... IV- as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e...”.

¹¹ Sob respaldo de BARBOSA MOREIRA, na obra: “A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados ‘interesses difusos’”, In: *Temas de direito processual*, 1ª- série. s./d., p. 113-114.

haver ilegitimidade dos entes para a proposição da ação. Fato que leva à extinção da ação, sem sequer se chegar ao exame do mérito, permanecendo, a situação dos prejudicados, sem solução ou proteção adequadas.

Anteriormente à citada Lei da Ação Civil Pública, por ocasião dos primeiros debates em torno do tema, duas correntes “*progressistas*” se formaram, uma defendendo haver legitimidade extraordinária (substituição processual) e a outra defendendo haver legitimação ordinária, como informa ANTÔNIO GIDI (*Legitimidade...*, 1994, p. 56).

BARBOSA MOREIRA preconiza a primeira corrente, edificando suas idéias na lição de ARRUDA ALVIM. Por esta corrente teórica, a possibilidade de legitimação extraordinária não se sujeita a uma permissão ‘expressa’ da lei, mas pode ser inferida do ordenamento jurídico enquanto sistema. Sua tese baseava-se no fato de que o art. 6º, do CPC/73, não continha a palavra “*expressa*”, podendo dar ao caso o sentido de ‘implícita’. Sugeriu, todavia, este autor, reforma legislativa para solução das dúvidas (*Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos*, 1984, p. 203-204, *apud*. GIDI, *Legitimidade...*, 1994, p. 56).

A segunda corrente foi concebida por KAZUO WATANABE, que procurou extrair do próprio sistema jurídico vigente, independentemente de qualquer reforma legislativa, e apenas através de uma interpretação aberta e flexível do art. 6º do CPC/73, uma legitimidade ordinária por parte dos entes, buscados ou criados no seio da sociedade, com a finalidade de defesa de direitos ou interesses metaindividuais (*Tutela jurisdicional dos interesses difusos: legitimação para agir*, 1984, p. 18). Esta teoria não foi descartada por BARBOSA MOREIRA posteriormente (*A legitimação...*, 1981, nº 4, p.4), tendo este a destacado.

CALMON DE PASSOS parece filiar-se à teoria de WATANABE, entendendo que, em matéria de direitos difusos, não se pode falar em legitimação extraordinária. “Qualquer sujeito, pessoa física ou pessoa jurídica, a quem se atribua a legitimação, é legitimado ordinário e não substitui quem quer que seja” (PASSOS, Substituição processual..., 1993. p.29)¹².

¹² Modificando seu entendimento expressado em 1989, quanto ao mandado de segurança coletivo, na obra *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção...*, p.24.

Mais recentemente surgiu uma terceira teoria preconizada por NELSON NERY JÚNIOR e ROSA NERY (*Código de...*, 2001, p.363) visando a superar essa clássica polaridade entre legitimação ordinária e legitimação extraordinária fixada no direito processual individual, visto que, confusa ou de 'inaplicabilidade' (para estes autores) no âmbito das ações coletivas, embora não completamente (aos interesses individuais homogêneos, aceitam o caráter extarordinário da legitimação).

Ao que parece, tal autor busca desunir a legitimidade processual da titularidade do direito material objeto do processo, visto que o critério para se aferir ou atribuir legitimidade para a propositura das ações coletivas não deverá estar relacionado à titularidade do direito material invocado, mas à possibilidade de o autor da ação coletiva se tornar o adequado portador dos interesses da comunidade. Da seguinte forma se posiciona esta última corrente teórica:

“Como os titulares dos direitos difusos são indetermináveis e os dos direitos coletivos indeterminados (CDC 81, par. ún., I e II), sua defesa em juízo é realizada por meio de legitimação autônoma para a condução do processo (selbständige Prozeßführungsbefugnis), estando superada a dicotomia clássica legitimação ordinária e extraordinária” (NERY JÚNIOR, Código de..., 2001, p.363).

Quanto a tais entes 'titulares', vale dizer, deve-se aferir a sua aptidão, a sua idoneidade social para que sejam considerados como 'representantes' adequados para a defesa judicial dos direitos ou interesses metaindividuais.

“Segundo Vincenzo Vigoriti, ... “A exigência de garantia que, nas situações individuais, vem satisfeita pela rigorosa correlação entre a titularidade da situação de vantagem e a legitimação para deduzi-la em juízo assume um conteúdo diverso nas situações coletivas, nas quais tal correlação pode até mesmo ser contraproducente”” (Interessi collettivi e proceso – la legittimazione ad agire, Milão: Giuffrè, 1979, apud. GIDI, Legitimidade..., 1994, p.57).

Na verdade, não há dúvidas quanto à dissociação, nas ações coletivas *lato sensu*, entre a titularidade do direito ou interesse metaindividual (coletividade, determinada ou determinável) e o legitimado ativo processual (entes intermediários) para defendê-lo em juízo, por meio das ações coletivas, fato que, como já foi abordado,

não inviabiliza tais ações. Os direitos ou interesses coletivos, o próprio nome já diz, não têm um dono individualizado, eles não são de ninguém em específico, sendo de todos, ou de uma universalidade de pessoas a um só tempo.

Entretanto, nesta seara do direito, pode-se falar de 'entes intermediários', sendo que estes devem ser considerados 'interessados' em tutelar os direitos para os quais são legalmente legitimados. Ainda que este interesse seja institucional.

Neste passo se poderia retomar a teoria de SEVERO NETO, talvez como uma quarta corrente, aplicável no que se refere à natureza da legitimação para agir nas ações coletivas, como sendo 'legitimação extraordinária: unissubjetiva, triádica ou tresdobrada'. Neste caso o legitimado (considerado por SEVERO NETO 'substituto processual'), ocuparia três posições simultaneamente, visto que, com esta espécie de legitimação:

"...temos uma legitimação triádica, a qual sucede quando o substituto defende em juízo direito próprio, dado que ele é o titular do direito material e do direito de ação – legitimação bimembre – e ao mesmo tempo atua na defesa de direito alheio – legitimação unissubjetiva" (Substituição..., 2002, p.77).

Assim considerada a legitimação triádica do substituto, este exerceria um direito de ação próprio (conferido por lei, tornado-o, por isso, legitimado ordinário), na defesa de direito próprio¹³ (como 'interessado' na tutela do direito que defende), mas ao mesmo tempo, atuaria também na defesa de direito ou interesse do substituído (principal destinatário do provimento nas ações coletivas). Mas, como já se afirmou, fundando-se do entendimento de MANCUSO, talvez fosse esta forma de interpretação, uma ginástica jurídica perigosa e complicada de se exercitar e defender.

Ainda outros doutrinadores conferem a natureza, exclusivamente, de legitimação extraordinária aos entes intermediários na defesa dos interesses metaindividuais¹⁴, acrescentando a esta outros adjetivos.

¹³ Conferir com: GIDI, 1994, n° 5, p. 58; ARRUDA ALVIM, *Tratado de...*, 1990, p. 519, fala do substituto como 'interessado'; CAMPOS JÚNIOR, 1985, P.63-65; NEVES, Celso, *Legitimação processual...*, 1989, p. 51; TERESA DE BRITO, s./d., p. 105.

¹⁴ MAZZILLI, *Ação civil pública*, 1992, p. 104: "...quando a questão diga respeito à saúde ou à segurança das pessoas, ou quando haja extraordinária dispersão de interessados, a torna necessária ou pelo menos conveniente sua substituição processual pelo órgão do Ministério Público, ou quando importa à

Desta forma, acrescenta MENDES, ainda, que:

"A legitimação extraordinária existente nas ações coletivas não está, em geral, subordinada à presença do legitimado ordinário, razão pela qual deve ser classificada como autônoma. A legitimação extraordinária pode ser qualificada, ainda, como exclusiva ou concorrente, conforme seja suprimida ou não, respectivamente, a legitimação daquele que seria o próprio titular da situação jurídica litigiosa. A questão não encontra, todavia, tratamento uniforme. Na Alemanha, por exemplo, as associações possuem legitimação exclusiva para a propositura das Verbandsklagen. No Brasil, a atuação do Ministério Público ou das associações não exclui a legitimação das pessoas lesadas, quando perseguidos direitos individuais homogêneos" (MENDES, *Ações coletivas...*, 2002, p.24-25).

Geralmente vem ocorrendo, quanto à determinação da natureza jurídica da legitimação nas ações coletivas *lato sensu*, uma diferenciação conforme o tipo de interesse tutelado, reunindo-se os interesses coletivos *lato sensu* (difusos e coletivos) de um lado, e, os individuais homogêneos (acidentalmente coletivos¹⁵, ou individuais de massa¹⁶) do outro.

Na verdade, a 'indefinição' (ou dificuldade na interpretação) destes interesses coletivos *lato sensu* (como tal), não deixa de ser mais uma dificuldade a impedir um consenso entre os doutrinadores, quanto ao tratamento a ser dado a eles no âmbito do processo. Apesar de a lei (CDC, art. 81, I, II e III) ter sugerido tais definições, a doutrina deve buscar compreendê-las melhor, a fim de aplicá-las ao caso concreto de forma mais segura.

É bom ressaltar ainda que, embora exista uma ordem cronológica entre as teorias propostas quanto ao tema em tela, não se pode falar em esgotamento ou certezas jurídicas, visto que as soluções aos problemas resultantes da efetivação de tais direitos,

coletividade o zelo pelo funcionamento correto, como um todo, de um sistema econômico, social ou jurídico". RAMADES DE SÁ, *Teoria geral...*, 1998, p. 143: "A substituição processual é regulada pelo art.6º do Código de Processo Civil e a sucessão processual, pelos arts. 41 a 45 do mesmo diploma. Da primeira podem-se citar, como exemplos, a ação popular e a ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos e, ..."

¹⁵ Conforme: BARBOSA MOREIRA, *Tutela...*, 1984, p. 196; MENDES, 2002, p.220, que apresenta uma série de jurisprudências reforçando sua tese quanto a legitimação extraordinária, na figura da substituição processual nas ações coletivas.

¹⁶ MARINONI et ARENHART, 2001, p.684.

constitucionalmente protegidos, ainda estão em construção. Apenas são apresentadas teses para serem discutidas e, evidentemente, aprimoradas sempre em benefício da manutenção das conquistas do Direito nacional já galgadas nesta seara.

Assim, ao que se vê, parece que existe consenso em torno do entendimento, com grande número de seguidores, em relação a se conceber legitimação extraordinária aos entes intermediários na defesa da terceira espécie do gênero das ações coletivas *lato sensu*, ou seja, à proteção dos interesses individuais homogêneos, geralmente, sendo tratada de forma direcionada e apartada dos outros dois.

Em relação a estes, o CDC reserva os casos de ações propostas para proteção de direitos coletivos, entendidos como 'decorrentes de origem comum' (art. 81, III), "*que são genuínos direitos subjetivos, individuais e divisíveis, mas que admitem tratamento geral e coletivizado, por construção legislativa, por serem homogêneos...*" (ARAÚJO FILHO, *Comentários...*, 2002, p.62). Assim, os requisitos para o tratamento coletivo dos direitos individuais serão a homogeneidade e a origem comum (GRINOVER, *Da class action for...*, 2002, p.31).

Por isso, no que se refere a esta espécie de interesse coletivo denominado individual homogêneo, a doutrina, em geral, vem reservando aos entes legitimados, a típica posição conferida pela natureza jurídica de legitimação ativa extraordinária (para alguns na condição de substituto processual¹⁷) e concorrente. Posição sugerida, geralmente¹⁸, com fundamento no artigo 91 do CDC ("*os legitimados... poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores...*"). entendimento; entretanto, como já se afirmou, ainda passível de crítica.

Engrossa a corrente neste sentido FIORILLO e outros, sempre relacionando a defesa dos direitos ou interesses individuais homogêneos, à figura do direito estrangeiro que lhe deu origem, ou seja, refere-se à "*class action brasileira*"; neste caso "a

¹⁷ Considerando haver legitimação ordinária nas ações coletivas (difusos e coletivos), e a legitimação extraordinária clássica em defesa dos interesses individuais homogêneos: GRINOVER, Ada, *Código Brasileiro de...*, 1992, p. 553; WATANABE, idem, p. 541; MANCUSO, *Interesses difusos...*, 1997, p.167 e 203. Em sentido contrário: GIDI, 1994, nº 6, p. 58 "é incoerente" tal consideração.

¹⁸ GIDI, 1994, p. 58, discorda "Não vemos qualquer diferença ontológica entre as ações coletivas que defendem direitos superindividuais e aquelas propostas em defesa dos direitos individuais homogêneos".

legitimidade é do tipo extraordinária, espécie de substituição processual” (Direito Processual..., 1996, p.75).

E, quanto às características dos direitos ‘coletivos’, são aqueles também de natureza indivisível; de que é titular grupo, categoria ou classe de pessoas (portanto, pessoas determinadas ou determináveis); ligadas entre si ou com a parte contrária, ou seja, “*existência de uma relação jurídica-base ligando os integrantes do grupo entre si ou com a parte contrária*” (SOUZA, *Ação Civil...*, 2001, p. 9). Marcados pela característica da indivisibilidade, os interesses coletivos e difusos, tanto poderiam sugerir, aos entes que os defendem, legitimação ordinária (pela titularidade do direito de agir), quanto extraordinária (por somente a lei poder conferir tal legitimação).

Contudo, independente de se considerar a legitimação ordinária ou extraordinária, sem dúvida, ela é autônoma (quanto à independência de autorização, presença ou concordância do legitimado ordinário frente à atuação do ente intermediário); é concorrente (sendo inconstitucional a negativa do exercício da ação a legitimados ordinários ou determiná-la legalmente de forma exclusiva); e, disjuntiva (visto que a legitimação de um concorrente não exclui a do outro, admitindo-se até litisconsórcio).

Por outro lado, acredita-se que não há porque isolar as características que informam a natureza jurídica da legitimação para agir no âmbito das ações coletivas, uma vez que elas próprias não coincidem, inteiramente, quanto à natureza dos interesses ou direitos que tutelam. Assim, é possível lançar uma idéia generalizada referente à natureza jurídica deste tipo legal/especial de legitimação, fazendo-se, posteriormente, uma análise em relação à posição processual de cada ente intermediário legitimado para tanto, considerando, inclusive, as características peculiares a cada um deles.

Do que não se pode afastar, neste contexto, é da idéia de que, mais do que a proteção de direitos subjetivos de massa ou coletividades, “*nas ações coletivas o interesse não é “vencer” a causa, mas obter a melhor tutela para o direito violado*” (GIDI, *Legitimidade...*, 1994, nº 7, p.60), considerando os grandes benefícios que a

solução, juridicamente adequada, de conflitos dessa natureza, pode trazer à sociedade, enquanto ambiente caracterizado pela “*existência de uma organização, de instituições e leis que regem a vida*”¹⁹ dos indivíduos e suas relações mútuas, que se chamaria microssistema, bem como, a sociedade, enquanto ambiente universal ou macrossistema.

Segue então agora, a análise em torno da determinação de alguns entes, que se consideram (tanto a lei quanto a doutrina) de maior relevância, como intermediários à atuação na esfera dos direitos e interesses metaindividuais.

Reforçando-se, neste passo, a questão inicial: a quem e a que título deve ser reconhecida a legitimação para propor ação judicial na esfera dos direitos ou interesses metaindividuais?

Conforme foi apontado anteriormente, ao se falar das condições para ação como suporte para determinação dos pressupostos processuais em face da substituição processual (espécie de legitimação extraordinária), dois itens são essenciais, como regra processual geral: o interesse e a legitimação.

O primeiro relativo ao interesse de agir, que embora conexo, não se confunde com a legitimidade para agir. Revendo, então, esta idéia, ao se determinar os legitimados para ações coletivas, sente-se a necessidade de examinar, também, que tipo de ‘interesse’ possuem estes entes intermediários autorizados legalmente a atuar nesta tarefa.

Na esfera dos conflitos metaindividuais, já concluiu a doutrina que “*basta um interesse legítimo, relevante, sem necessidade do quesito direto e pessoal*” (MANCUSO, *Interesses...*, 1997, p.147-148), estes últimos, referentes aos interesses de natureza individual. Com cuidado, preocupa-se também, a doutrina, em não confundir interesse legítimo com difuso, embora se reconheçam as semelhanças entre eles, ou seja, ambos se aplicam a um vasto número de sujeitos, não se confundindo, porém, com os direitos subjetivos. Afirma-se então, que

“os interesses legítimos apenas são utilizados com referência a atos da administração pública, o que restringe sobremaneira sua aplicação em face da imensa área de incidência dos

¹⁹ JAPIASSÚ e MARCONDES, 1996, p.251.

interesses difusos. Além do mais, os interesses legítimos, ainda que remotamente, referem-se a um texto legal ou a princípio insculpido no ordenamento jurídico, ao passo que os interesses difusos decorrem de situações de fato, de caráter fluido e contingencial” (MACIEL JÚNIOR, *Direito e interesse*, p.23).

Completa-se a idéia com o pensamento do Mestre AROLDO PLÍNIO GONÇALVES afirmando que “*os direitos e interesses coletivos compõem-se da simbiose da pluralidade dos interesses e direitos individuais*”, parecendo inútil o Direito conferir a proteção na esfera coletiva a direitos que não pudessem ser gozados no plano individual (*A coisa julgada...*, 1995, p.65).

Assim, também, considerar-se característica dos direitos ‘difusos’ o fato de que eles possuem objeto de natureza indivisível (pertencem a todos e a ninguém ao mesmo tempo²⁰); de que são titulares pessoas indeterminadas (alcance de uma cadeia abstrata de pessoas); ligados por circunstâncias de fato (GONÇALVES, *A coisa julgada...*, 1995, p. 66), não significa afastá-los da esfera individual, apenas amplia-se esta esfera, até se poder falar em interesse ou ‘direito individual de massa’ (englobando esta idéia, os coletivos, difusos e individuais homogêneos).

O jurista JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, fazendo uma comparação entre as origens dos direitos individuais e dos difusos, afirma que, enquanto aqueles são concebidos por via formal e coloca o indivíduo isoladamente como centro do sistema, estes surgem de um fenômeno de massa e por via substancial. (Processo constitucional, 1984, p.142) Assim, segue o autor: “*O interesse difuso tem sua proteção objetiva, à proporção que reflete maior relevo social, no que acompanha as próprias concepções de Estado e as formas atuais de intervenção e planejamento*” (*Processo constitucional*, 1984, p.144).

Assim, o que se espera compreender nos dias atuais como ‘interesse legítimo’, é mais do que constituir este num privilégio exercitável por um determinado titular de direito subjetivo. Aspira-se a que o direito seja tutelado por sua relevância social, que é o fato que torna os interesses coletivos e difusos também ‘legítimos’. A

²⁰ SOUZA, *Ação civil...*, 2001, p.6.

origem desta interpretação pode ser encontrada nos requisitos das *class actions*, isto é, a 'prevalência' das questões comuns e a 'superioridade' da tutela coletiva.

Ao lado desta constatação está a concepção atual de 'interesse público', igualmente importante de ser mencionado. O que se observa sobre este dado, é o fato de ser este 'interesse' considerado "*como conceito jurídico indeterminado*" (PASQUALOTTO, *Revendo a intervenção...*, 1994, p.37), implicando esta constatação, a procura de um referencial para seu reconhecimento como interesse de natureza jurídica.

EROS ROBERTO GRAU traz sua contribuição neste assunto, afirmando que não existem conceitos jurídicos indeterminados, visto que o direito lida com abstrações, sendo os conceitos jurídicos referidos a significações e não a objetos que possam ser identificados em sua essência. Nesse caso, o aplicador do Direito deve "*recorrer à consideração de dados da realidade histórico-social*", assim como das "*concepções políticas predominantes*" preenchendo, desta forma, os conceitos indeterminados. Assim se poderia compreender o interesse público como aquele pertinente à própria sociedade, que se faz representar pelo Estado (GONÇALVES, *Ação civil...*, 1994, p. 1228-1229).

Com muita propriedade, afirma GRAU que "*o Direito deixou de ser mero instrumento de conservação da sociedade, tendo se voltado à sua transformação*" (GRAU, *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p.72, apud. PASQUALOTTO, *Revendo a intervenção...*, 1994, p.38). Este deve ser o verdadeiro escopo do direito, e esta é outra constatação importante a ser levada em conta quando da renovação e aplicação de conceitos jurídicos clássicos, tendo em vista os conflitos sociais contemporâneos.

Apresentada a matéria sobre a natureza jurídica do interesse para agir, conferida aos entes intermediários, na esfera das ações coletivas (legítimo, pela relevância social), preocupa-se agora em analisar como se poderá atribuir legitimação ativa nesta seara, sem, contudo, cercear os direitos dos membros (individualmente considerados) da coletividade lesada e com o mínimo de risco para aqueles que não ingressaram no processo (GIDI, *Legitimidade...*, 1994, p.52), mas pertencem a esta coletividade.

Sem dúvida, estas questões remetem ao estudo também dos efeitos da coisa julgada nas ações coletivas *lato sensu*. E é este estudo específico que está programado para o capítulo que se segue.

Todavia, é de se marcar, finalmente, que tal preocupação ultrapassa às fronteiras territoriais da ciência do Direito nacional, visto que o fenômeno da universalização dos direitos coletivos e difusos é fato acontecido no mundo em geral. Por isso, inúmeras soluções têm sido buscadas e propostas, também no direito comparado, a fim de se superar os problemas que se apresentam diante desta nova forma de tutela jurisdicional, e sempre com o objetivo de torná-la realmente efetiva.

Dentro das propostas do Direito nacional e comparado, em princípio, a doutrina parece se dirigir no sentido de definir a legitimação para agir nas ações coletivas *lato sensu*, considerando os interesses protegidos em cada espécie de ação (como já dito). Para, posteriormente, determinar os entes legitimados a agir, e, por derradeiro, definir-se o alcance do provimento final quanto à matéria objeto do litígio de proporções metaindividuais.

Seja como for, os interesses 'coletivos' *lato sensu* têm sua afirmação como tal, segundo a abrangência das esferas jurídicas atingidas, e da relevância social da discussão que geram, conforme mencionado acima.

Quanto à determinação dos entes adequados a assumirem o papel ativo nestas relações, em geral foram apontadas inicialmente como possíveis soluções a este problema, três propostas para determinação legal destes entes, com legitimação ativa para as ações coletivas *lato sensu*.

A primeira proposta refere-se àquela que considera a natureza jurídica do direito ou interesse protegido neste contexto, como legitimação 'concorrente disjuntiva' de qualquer membro da comunidade ou coletividade lesada. MANCUSO sugere que o ideal seria que a legitimação fosse também 'difusa', visto que estende-se aos particulares, individualmente ou agrupados, estando aberta a todos os interessados (*Interesses...*, 1997, p.157).

A segunda é aquela que confere legitimação às pessoas jurídicas de direito privado, tais como associações, sindicatos, e mesmo entes despersonalizados, desde que voltados institucionalmente à defesa de tais interesses.

E, por fim, a legitimação foi conferida aos órgãos do próprio Poder Público, em especial, ao Ministério Público (como o *ombudsman* dos países escandinavos), que precisa, necessariamente, para bem desempenhar tal função, ser órgão independente e autônomo.

Tais propostas, assim como a de BARBOSA MOREIRA e KAZUO WATANABE anteriormente mencionadas, vieram antes da Ação Civil Pública renovada pelo Código de Defesa do Consumidor (1990), no intuito de suprir a omissão legislativa havida no direito pátrio.

“Atentos para os riscos de transformar os chamados “corpos intermediários” em verdadeiros centros de poder e de opressão, o legislador pátrio cercou-se de cautelas ao legitimar concorrentemente várias entidades, públicas e privadas” (GIDI, Legitimidade..., 1994, p.53), para a tarefa de defesa dos direitos ou interesses metaindividuais.

E tudo isto foi feito considerando-se as seguintes circunstâncias peculiares ao caso: sem se abrir mão da atuação do Ministério Público como *custos legis*; possibilitando que outro legitimado assumia a condução do processo ou do recurso em caso de desistência ou abandono daquele que iniciou; a não-formação da coisa julgada coletiva, em caso de improcedência por insuficiência de provas; e a não-extensão da coisa julgada coletiva na esfera individual nos casos de improcedência (GIDI, *Legitimidade...*, 1994, p.53-54).

Conclui-se, então, quanto ao sistema de legitimação ativa das ações coletivas objetivando a tutela dos interesses metaindividuais, que existem vários modelos e combinações possíveis, diante dos aspectos que cercam o processo de massa ou coletivo *lato sensu*; entre eles, os principais são: a legitimação e a coisa julgada.

“Em termos de legitimação, as soluções cogitadas podem ser agrupadas, conforme a natureza da pessoa autorizada, em três espécies de legitimados: indivíduos,

órgãos públicos e associações”, bem como os sindicatos, conforme determinação constitucional, reconhecendo este último como associação civil que é (MENDES, *Ações coletivas...*, 2002, p. 245). Sendo o ideal a possibilidade de uma legitimação concorrente entre tais legitimados.

E, quanto à formação da coisa julgada, o que será examinado à frente é como ela se dá nas ações de índole coletiva, considerando tanto a qualidade os entes intermediários legitimados a propô-las, quanto a espécie de interesses que venham tutelar.

6.3. Objeto, Legitimação Ativa e a Coisa Julgada em algumas Ações de Índole Coletiva e a Discussão Sobre a Incidência da Substituição Processual

Para se determinar a extensão dos objetos de defesa das ações de índole coletiva, é importante traçar o caminho que percorreu a legislação nacional, desde a ação popular até os últimos diplomas legais já em vigor.

No Direito Brasileiro, como já foi lembrado anteriormente, já são muitos os instrumentos jurídicos a se dedicarem à proteção dos direitos ou interesses metaindividuais. Foram marcos iniciais à abertura destes direitos ou interesses, em primeiro lugar, a ação popular (1965), e, em seguida, a Lei 6.938, de 31.08.1981, que traçou a política nacional do meio-ambiente, concedendo ao Ministério Público, da União e dos Estados, para propor ação de responsabilidade, não somente criminal, como também civil, por danos causados ao meio-ambiente (art. 14, § 1º²¹).

“Esta lei, sem dúvida alguma, deu um grande passo à frente, pois outorgando legitimação a um órgão público para postular indenização por dano causado ao meio-ambiente, que é patrimônio de todos, independentemente de eventual existência de algum particular vítima do atentado, cuidou, a toda

²¹ Art. 14 § 1º: “Sem obstar a aplicação as penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente” (C. CIVIL, 2002, p.776).

evidência, de tutelar um interesse difuso” (WATANABE, Tutela jurisdicional..., 1984, p.17).

A Constituição da República de 1988 é importante marco, como já dito, de proteção a tais direitos ou interesses, alçando-os entre as garantias constitucionais. E, daí, chegou-se atualmente a uma vasta gama de leis com o objetivo de dar garantia e efetividade aos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos.

Entre estas se pode citar: Lei nº 7.853/89 (defesa das pessoas portadoras de deficiência); Lei nº 7.913/89 (responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado imobiliário); Lei nº 8.069/90 (Estatuto da criança e do adolescente); Lei nº 8.078/90 (Código de defesa do consumidor), sendo que esta última introduziu alterações importantes à Lei da Ação civil pública de 1985.

Tendo-se, ainda, a Lei Complementar nº 75/93 (comunidades indígenas); Lei nº 8.080/90 (saúde pública); Lei nº 8.429/92 (improbidade administrativa); Lei Complementar nº 75/93 (proteção do idoso); Lei nº 8.625 (moralidade administrativa); Lei nº 8.742/93 (assistência social); Lei nº 8.884/94 (defesa da ordem econômica); Lei nº 8.974/95 (patrimônio genético); e, mais recentemente se pode, ainda, citar a Lei nº 9.605/98 (Crimes contra o meio ambiente).

Verifica-se, então, observando a enumeração acima, que é infindável a lista de matéria que poderá inserir-se como objeto das ações coletivas em geral.

Destarte, adiante destas inúmeras legislações, parece que pretender analisar cada qual quanto à temática em discussão, estender-se-ia, por demais, ao espectro pretendido. Assim, para não se perderem de vista os objetivos propostos neste estudo, optou-se pela eleição de apenas algumas leis, de caráter mais relevante e representativo, em relação às quais serão abordados aqui os entendimentos doutrinários quanto aos seguintes aspectos: objeto, legitimação ativa e efeitos da coisa julgada. Então, será levado em conta que:

“o direito positivo brasileiro contempla, basicamente, duas espécies de ações: uma para tutela de direitos coletivos stricto sensu e difusos, e outra para a tutela de direitos individuais homogêneos, sempre influenciadas pela interferência existente entre a disciplina prevista pelo Código de Defesa do

Consumidor e pela Lei da Ação Civil Pública” (MARINONI et ARENHART, *Manual...*, 2001, p.687).

Assim, as ações protetoras dos interesses coletivos *lato sensu*, aqui eleitas para exame, serão: ação popular (caráter histórico); ação civil pública; e, finalmente, as ações do código de defesa do consumidor.

6.3.1. Ação popular

O caráter histórico que esta ação incorpora no direito nacional é o que faz com que se busque estudá-la, sendo ponto de partida para a instituição das demais ações coletivas *lato sensu*. Ainda que, no direito contemporâneo, sua incidência não seja de tanta evidência, visto que superada por outros instrumentos afins, em especial a ação civil pública/coletiva (tema do capítulo seguinte), sua criação representou uma grande inovação da época.

WALDEMAR MARIZ DE OLIVEIRA JÚNIOR, abordando sobre o tema anteriormente apresentando, no que se refere à determinação dos entes intermediários legitimados para propor ações coletivas, analisa as vantagens e desvantagens que as soluções sugeridas podem acarretar.

Quanto à solução de se conferir a legitimação ativa para aquele que foi direta e individualmente prejudicado, considera este doutrinador, e a doutrina em geral, completamente insatisfatória, visto que o indivíduo isolado, geralmente, não se encontra em condições de pleitear individualmente a reparação de seu direito. Por outro lado, “a condenação assim isolada não afetaria em nada o potentado que causou o prejuízo a toda a coletividade”, sem contar os riscos corridos individualmente, por este ‘corajoso’ sujeito, em termos financeiros e pessoais (OLIVEIRA JÚNIOR, *Tutela jurisdicional...*, 1984, p.13-14). Pode ser feita uma ligação entre este entendimento e a condição do cidadão como legitimado exclusivo à utilização da ação popular.

Foi, aliás, em virtude deste fato, pensando-se na fraca potencialidade do indivíduo (hipossuficiente) diante dos abusos cometidos contra seus direitos e interesses, por grandes empresas ou conglomerados industriais (caso se pensar no direito do consumidor principalmente), que proporcionou o nascimento de formas

coletivas de atuação em juízo. Evitando-se o risco e o prejuízo individual sofridos, muitas vezes, em vão.

No Brasil, constata-se, como importante antecedente histórico das ações coletivas, a ação popular (introduzida na CR de 1934 e com lei específica em 1965), na qual prevalece o padrão individual de atuação em juízo, constando de autorização constitucional a qualquer cidadão para ‘substituir’ a coletividade, conferindo-lhe a legitimação para ajuizamento deste tipo de ação.

Na Constituição da República de 1969, estava previsto no art. 153, § 31, que dispunha: “qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas” (CR/69, p.73).

Quanto ao objeto de proteção das ações populares, estes giram em torno da “tutela de interesses difusos, respeitantes à defesa do erário, do patrimônio público cultural e ambiental, e da moralidade administrativa. [...] O pedido terá natureza (des) constitutiva e condenatória” (MANCUSO, *Uma análise...*, 1992, p.194-195), buscando a anulação ou declaração de nulidade em relação aos atos lesivos de gestão pública²².

Leis posteriores inseriram modificações na lei original: a de nº 6.014/73 (redação do artigo 19 e §§, quanto ao duplo grau de jurisdição e possíveis recursos cabíveis da sentença na ação popular proferida), e, de nº 6.513/77 (redação do § 1º, definindo o que seja patrimônio público).

E, embora tenha sido ampliado seu objeto pela CR/1988, deixou de fora os demais interesses, “notadamente os direitos do consumidor, dos funcionários públicos, dos trabalhadores, dos aposentados, dos contribuintes e das vítimas de atos ilícitos” (MENDES, *Ações coletivas...*, 2002, p. 245), bem como, “os atos jurisdicionais, as leis em tese e os atos políticos” (MANCUSO, *Uma análise...*, 1992, p.195).

²² Apresentam inúmeros exemplos de casos atuais no direito nacional, C. R. B.MOREIRA, 1993, p.149-150; THEODORO JÚNIOR, 1992, p.46.

Assim o cidadão²³ recebe a titularidade sobre direito difuso, sendo que a pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular, consoante súmula 365 do Supremo Tribunal Federal²⁴.

Cabe agora indagar a que título os cidadãos recebem tal legitimação.

Quanto à legitimação, a maioria da doutrina perfilha a tese de que o autor popular age como substituto processual²⁵, sendo tal legitimação conferida ao cidadão em caráter exclusivo (MOREIRA, *Os direitos difusos...*, 1993, p.150).

“Todavia, José Afonso da Silva mostrou, vantajosamente, que o autor popular age por legitimação ordinária, visto que ele exerce o direito primário decorrente da soberania popular de que ele é titular, como qualquer outro cidadão” (Ação popular constitucional, 1978, p. 195, *apud.* MANCUSO, *Interesses...*, 1997, p.160).

É também este o entendimento de TUCCI e CRUZ E TUCCI, afirmando tratar-se de “*espécie peculiar de legitimação*”, mas

“isso não significa, porém, como equivocadamente já se afirmou, que ocorra aí o fenômeno da substituição processual, até porque, como assevera José Robin de Andrade, o cidadão é, na verdade, detentor de um título de legitimação autônomo e único, e defensor em juízo de um interesse e de um direito à legalidade, “que não podem ser outros senão os seus próprios interesses e direito cívico em que a actividade administrativa decorra dos limites da lei”²⁶” (TUCCI e CRUZ E TUCCI, *Constituição de 1988...*, 1989, p.184-185).

²³ Mediante as condições de cidadão brasileiro, eleitor, previstas pelo art. 5º-, LXIII e Lei nº 4.717/65, arts. 1º- e 3º-, incluindo-se o menor de 18 anos (art. 14, § 1, II, ‘c’ da CR/88), bem como aos analfabetos, “a quem o constituinte, em deliberação de discutível acerto, atribui o direito de voto” (alínea ‘a’ do mesmo art. 14) (MANCUSO, 1992, p.194).

²⁴ Súmula 365 STF: “Pessoa jurídica não tem legitimação para propor ação popular”. (CPC, 2002, p.976).

²⁵ OLIVEIRA JÚNIOR, *Tutela jurisdicional...*, 1984, p.11, apesar de não o ser da mais pura linhagem, sendo inquestionável a legitimação extraordinária (*apud.* MANCUSO, *Interesses...*, 1997, nº 106, p.161). Em favor da substituição processual do cidadão na ação popular ainda: MARQUES, *Manual de...*, 1974, v. I, p.250; CAMPOS JÚNIOR, *Substituição...*, 1985, p. 45.

²⁶ Refere-se TUCCI à obra, *A ação popular no direito administrativo português*, Coimbra: Coimbra Editora, 1967, p.96

Neste caso se excluiria a possibilidade de substituição processual, que é espécie de legitimação extraordinária, quanto à posição do cidadão, na proposição da ação popular.

Concorda, ainda, com este entendimento, além dos autores já mencionados anteriormente como introdutores desta corrente, MANCUSO, que busca seu argumento favorável nos dizeres de ANNA DE VITA:

*"l'accento non si pone più sul singolo e sullo status giuridico che lo personalizza e ne fa un unicum rispetto agli altri consociati, ma su un quid livellatore ed egalitario (...) Si tratterebbe cioè de un interesse concretamente protetto in capo al singolo, non tanto perché suo proprio, ma perché quel tale singolo è scelto o si auto-legitima come campione rappresentativo di una situazione di vantaggio, che essendo generalmente attribuita lo è anche individualmente"*²⁷ (La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi nella prospettiva del sistema francese. Aspetti principali del problema e specificazioni in tema di protezioni degli interessi de consumatori. In: *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*. Milão: Giuffrè, 1976, p. 350-351, apud. MANCUSO, *Interesses...*, 1997, p. 161).

MANCUSO, para quem a legitimação na seara dos direitos e interesses coletivos é sempre 'difusa', ou seja, de todos os interessados, também a considera concorrente e disjuntiva (dos co-titulares) na ação popular, visto que o cidadão, isolado ou concorrentemente, pode ajuizá-la, agindo por direito próprio (legitimação ordinária). Acrescenta dizendo que

"é crucial que, quando o façam em grupo, dê-se a formação de litisconsórcio voluntário, até porque a hipótese de um litisconsórcio necessário fica excluída por definição: tratando-se de interesses concernentes à pluralidade de indivíduos (comunidade, categoria), seria inviável a presença necessária de todos no processo" (MANCUSO, *Interesses...*, 1997, p. 161).

²⁷ Trad.: "O relevo não mais recai sobre o indivíduo e o status jurídico que o personaliza e o constitui como um *unicum* em relação aos outros coassociados, mas sobre um *quid* nivelador e igualitário () Ou seja, tratar-se-ia de um interesse concretamente protegido no fim das contas também para o indivíduo singular, não tanto porque fosse exatamente seu, mas porque esse indivíduo foi escolhido ou se autolegitima como melhor representante de uma situação de vantagem, que geralmente é também atribuída individualmente".

NERY JÚNIOR e ROSA NERY afirmam que “o cidadão não é substituto processual da sociedade”, agindo com legitimação ordinária (Código de processo..., 2001, p.364)²⁸.

Todavia, este tipo de legitimação, no caso da ação popular, é passível de crítica, acreditando THEREZA ALVIM que, em havendo uma

“associação entre o titular da lide e quem age, temos a legitimação ordinária do cidadão que move ação popular, concorrente com a legitimação extraordinária, quando age em nome de todos os outros cidadãos” (O direito processual..., 1996, p. 113).

Havendo, neste caso, incidência simultânea das duas espécies de legitimação, ordinária-extraordinária, numa mesma situação jurídica.

Para outros autores, ainda, a natureza da legitimação é puramente ordinária, sendo o autor da ação popular um “autor ideológico”²⁹, assim sendo:

“admite-se, hoje, que não há necessidade de recorrer-se a certas tipificações complexas (representação, substituição, gestão de negócios) para qualificar a legitimação do “autor ideológico”: ele age como legitimado ordinário, porque, sendo cada indivíduo titular de uma quota ou fração do Direito Público subjetivo à participação na gestão da coisa pública, princípio esse que se combina com o da ubiqüidade da justiça, chega-se à conclusão de que não há necessidade de nenhum “artifício jurídico” para qualificar sua atuação; ele age exercendo o seu direito” (MANCUSO, Interesses..., 1997, p.167-168).

É de se comentar, também, sobre o caráter corretivo desta ação, conforme alerta BARBOSA MOREIRA.

“A ação popular do direito brasileiro não é do tipo “supletivo”, mas do tipo “corretivo”: o autor não exercita, em face de outro autor membro da coletividade, direito de Poder Público, por ele

²⁸ Em sentido contrário, pela substituição processual, CAMPOS JÚNIOR, 1985, p. 45 e OLIVEIRA JÚNIOR, Curso de direito..., 1973, p.217;

²⁹ Fala a doutrina também em interesse ideológico, “no sentido da pessoa, jurídica ou formal, estar exercendo um papel de verdadeiro paladino do meio ambiente, dos consumidores, do patrimônio histórico, etc., cuja atribuição foi conferida pela lei e, no caso das associações, também pelos respectivos estatutos” (MENDES, Ações coletivas..., 2002, p.245).

não exercitado, mas pleiteia a correção de irregularidades praticada pela própria administração, como também a reparação do dano a esta eventualmente causada” (J. C. B. MOREIRA, A legitimação..., 1981, p.3).

Assim, um dos riscos que se corre, como consequência da legitimação concorrente e disjuntiva, é a colusão entre alguns dos co-legitimados e a autoridade responsável pelo ato irregular:

“não é inconcebível que se descubra cidadão disposto a tomar a iniciativa de instauração do processo sem a intenção sincera de conseguir resultado favorável, mas, ao contrário, unicamente para provocar, mediante demanda mal-instruída e condução negligente do pleito [...] No processo da ação popular, tal perigo já se vê sensivelmente atenuado, pela intervenção do Ministério Público, na função de custos legis” (J. C. B. MOREIRA, A legitimação..., 1981, p.3).

Na verdade, a solução eficaz que se vem desenhando quanto à legitimação ativa para as ações coletivas, em geral,

“há de ser ‘pluralista’, isto é, uma combinação de várias soluções integráveis entre si: a ação pública do Ministério Público; em certos casos, a de órgãos públicos especializados; a de associações privadas e de indivíduos; excepcionalmente, também a ação popular. Entendo que só por meio de uma articulada solução pluralística, que é justamente a solução adotada pelo Código de Defesa do Consumidor Brasileiro, poder-se-á superar o ceticismo que alguns especialistas continuam a manifestar acerca da tutela dos consumidores e dos direitos difusos em geral” (CAPPELLETTI, O acesso dos consumidores à justiça, Revista forense, s/d, 310, p. 58, apud. MANCUSO, Interesses..., 1997, p. 166).

Pelos comentários acima expostos, vê-se, no que se refere à ação popular, pioneira na proteção dos interesses coletivos/difusos no direito brasileiro, um certo descrédito, e abordando a respeito da Lei que a regula, MARINONI aponta algumas de suas deficiências, e como o maior defeito, exatamente a legitimação nela conferida, que segundo este autor:

“embora represente louvável homenagem à democracia participativa, permitindo que qualquer cidadão possa ir a juízo para a proteção do patrimônio público, é certo que o indivíduo

normalmente não tem condições (econômicas, jurídicas e mesmo interesse efetivo) de postular... [...] Esta dificuldade, assim, praticamente anulou o benefício introduzido pela Lei da Ação Popular, muito embora ainda se encontre no foro algumas ações específicas que dele se valem para a proteção dos interesses públicos” (Manual..., 2001, p.682).

Para minimizar os motivos econômicos de abstenção da possibilidade de utilização da ação popular, o artigo 10 da Lei 4.717/65 eliminando ônus do pagamento antecipado das custas, e no artigo 12, estatui que os réus, no caso de procedência do pedido, reembolsem o autor de todas as despesas e honorários. Por outro lado, se improcedente for considerado o pedido, condenará o autor ao pagamento do décuplo das custas (art. 13), numa tentativa de evitar abusos e mau uso do instrumento processual.

Na verdade, talvez como consequência de certa facilitação por parte da lei ao seu uso, o que se verifica é a possibilidade de utilização de forma abusiva da ação popular, o que se torna mais uma das causas do seu descrédito. Podendo resultar, ao réu, a sua efetivação, em riscos inerentes ao agente político ou público, atingindo a sua imagem pessoal, familiar e funcional ou pública.

Ao lado destes fatos, é relevante mencionar aqui que a Lei 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, que revogou a LC 40/81), no seu art. 25, III, "b", prevê a promoção da ação civil pública com idêntico objeto da ação popular, tornando fungíveis estas duas ações (PASQUALOTTO, *Reverendo a intervenção...*, 1994, p.40).

Desta forma, parece perder cada vez mais campo a ação popular, “até a imprensa dá-lhe pouco destaque, ao reverso do que acontece com a ação civil pública” (BURLE FILHO, *Ação civil pública...*, 2002, p.407-408), que vem sendo largamente utilizada, tendo o Ministério Público como seu principal articulador. Visto que com a Lei 7.347/85, bem como as Leis posteriores, e a própria CR/88, ao disciplinarem a ação civil pública, “não a restringiram à iniciativa do Ministério Público” (MAZZILLI, *Ação civil...*, 1992, p. 96).

Todavia, há de se lembrar a legitimação ativa do cidadão para a ação popular brasileira, a qual se refere a direitos ou interesses também difusos, sua natureza será ordinária (aceitando-se a tese de AFONSO DA SILVA).

Enquanto que, no direito norte-americano, permite-se

“que uma pessoa se apresente como “representante ideológico” de toda uma categoria social, desde que demonstre que tal representação é adequada”, no direito brasileiro ele (o cidadão) exerce “Direito Público Subjetivo à proba e eficaz administração da coisa pública” (MANCUSO, Interesses..., 1997, p. 165).

Assim, chega-se à conclusão que não é preciso usar de nenhum artifício jurídico para qualificar a atuação do cidadão como autor de ação popular dentro da sistemática nacional. Bastando verificar que ele exerce o seu direito, em nome próprio, podendo resultar benefícios desta ação, em via reflexa, também para a coletividade, *“mas esta é uma circunstância eventual e futura” (MANCUSO, Interesses..., 1997, p. 168).*

Passando-se ao estudo da coisa julgada na ação popular, verifica-se que o pedido procedente fará coisa julgada *erga omnes*, alcançando não só o autor da demanda como todos os demais membros da coletividade, ainda que de forma eventual e futura. O mesmo ocorre se o pedido for julgado improcedente, salvo se a sentença for proferida por insuficiência de provas, não alcançando a sentença, desta forma, autoridade de coisa julgada substancial. Neste caso, diz a lei que qualquer cidadão (inclusive o mesmo que propôs a primeira demanda) poderá propor *“ação popular idêntica”*, bastando para isso que junte *“nova prova”*.

“Trata-se, pois, de sistema que prevê a formação da coisa julgada secundum eventum litis, ou seja, a formação da coisa julgada se dará (ou não) conforme o resultado do processo. [...] Pense-se, por exemplo, numa “ação popular” proposta em conluio entre o demandante e um governante que tivesse praticado um ato ilegal e lesivo ao patrimônio público, na qual o demandante, propositadamente, não apresentasse provas suficientes para demonstrar a veracidade de suas alegações. A sentença que rejeitasse o pedido faria coisa julgada erga omnes, impedindo que qualquer outro membro da coletividade, ainda que de posse de novas provas, atacasse aquele ato” (CÂMARA, Lições de..., 1998, p. 434-435).

Defende este mesmo ponto de vista GALENO LACERDA (*Eficácia da prestação...*, 1995, p.234)³⁰.

O artigo da Lei 4.717/65 que regula a matéria é o 18³¹, completado pelo artigo 21³², o qual determina que, enquanto não se esgotar o prazo de cinco anos, qualquer outro cidadão (ou o mesmo, com novas provas) também poderá intentar outra ação com igual fundamento³³, evitando-se a possibilidade de infundáveis ações populares com o mesmo objeto.

O jurista AROLDO PLÍNIO GONÇALVES, estudando este tema, suscita, calçado nas ponderações de BARBOSA MOREIRA³⁴, o fato de ser inconcebível a hipótese de se ter um conflito de coisas julgadas contraditórias, em relação a um mesmo sujeito, caso se admitisse na interpretação do art. 18, da Lei 4.717/65, que a sentença que rejeitasse o pedido, valesse interpartes, visto que poderia ocorrer que na outra ação instaurada por outro co-legitimado (posteriormente), se a sentença julgasse procedente a ação, seria produzida a coisa julgada *erga omnes*. Entretanto, quanto as ações coletivas e individuais, o CDC, no artigo 104, cercou habilmente esta possibilidade, conforme se verá mais à frente.

6.3.2. A ação civil pública/coletiva

No que concerne ao objeto desta ação, torna-se necessário fazer-se um breve passeio à sua própria história recente, para que se compreendam quais os motivos que a levaram a se tornar uma das armas mais poderosas contra as lesões cometidas, ou em vias de ocorrerem, aos direitos ou interesses metaindividuais. Verificando-se, ainda, que

³⁰ J. A. DA SILVA considera inconstitucional a exclusão do efeito de coisa julgada para sentença de improcedência por insuficiência de provas, por infringência ao princípio da isonomia (*apud*. LACERDA, ob. cit. p.234).

³¹ Art. 18 "A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível *erga omnes*, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova" (CPC, 2002, p.287).

³² Art. 21 "A ação prevista nesta Lei prescreve em cinco anos" (CPC, 2002, p.287).

³³ THEODORO JÚNIOR também trata do tema em *A tutela dos interesses coletivos (difusos) no direito brasileiro*, 1992, p.46-47.

³⁴ "Ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados "interesses difusos". In: *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, *apud*. GONÇALVES, *A coisa julgada...*, 1995, p. 73.

sua evolução legislativa está diretamente relacionada com a ampliação gradativa de seu (s) objeto(s).

A ação civil pública, em princípio, veio com o fim de suprir ou alcançar as hipóteses de lesão coletiva ou de interesse da comunidade, não acolhidas pela ação popular. Da preocupação com a criação de uma nova ação para abarcar maior número de situações conflituosas neste campo, surgiu a Lei Complementar Federal nº 40, de 13/12/1981.

“Seu artigo 3º, inciso III, introduziu o nomen iuris de ação civil pública entre a nomenclatura dos instrumentos de atuação pública na composição de conflitos plurissubjetivos” (THEODORO JÚNIOR, *A tutela dos interesses...*, 1992, p.47). Estabeleceu *“as normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público dos Estados, elencou, entre as funções institucionais, a promoção da ação civil pública”* (MILARÉ, *A ação civil pública...*, 2002, p.171).

Todavia, foi com a Lei Ordinária nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (LACP) que se instituiu, de maneira ampla e efetiva, a defesa de interesses difusos e coletivos, através desta ação denominada ‘civil pública’. E com a Constituição da República de 1988, esta ação recebeu o *status* de garantia fundamental.

Posteriormente, todos os avanços processuais do Código de Defesa do Consumidor de 1990 foram, por força do seu art. 117, incorporados à Lei 7.347/85, disposto no artigo 21 desta última lei: *“art. 21- Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que institui o Código de Defesa do Consumidor”* (CPC, 2002, p.463).

“Inovadora disciplina também lhe deu a Lei 8.625, de 12.02.1993

- Lei Orgânica do Ministério Público -, ao estabelecer, no art. 25, VI, “a” e “b”, que:

“Art. 25 – Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:

(...) IV- promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:

a) para proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor

artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos;

b) para anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio ou à moralidade administrativa do Estado ou do Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem” (MILARÉ, A ação civil..., 2002, p.173).

Com o advento da Lei 8.884/94³⁵, nova alteração se incorporou à Lei da Ação Civil Pública, com a possibilidade de seu ensejo também para a composição dos danos morais perpetrados contra os direitos e interesses comunitários (art. 1º, caput., e 5º, II; além do inciso V, do art. 1º da Lei 7.347/85).

Em seguida, a Medida Provisória 1.820/99 ampliou ainda mais o campo de incidência da ação civil pública, acrescentando aos interesses por ela protegidos, aqueles ligados à economia popular.

Mais adiante, a Medida Provisória 1.984 (18ª edição, em 1/6/2000) “*transpôs para o seu art. 6º a disposição então constante do art. 5º da Medida Provisória 1.965-15 (responsabilidade por danos causados por infração da ordem econômica e da economia popular)*” (MILARÉ, *A ação civil...*, 2002, p.173) com o acréscimos aos arts. 1º e 2º da Lei 7.347/85.

Por fim, a Lei 10.257, de 10.07.2001, o Estatuto da Cidade, regulamentando os artigos 182 e 183 da Constituição da República, vem estabelecer diretrizes gerais para a política urbana, inserindo a “*ordem urbanística*” entre o rol de valores tuteláveis por ação civil pública.

“*Assim, seu objeto pode ser tanto a condenação em dinheiro, e/ou o cumprimento de obrigação de fazer e não fazer como preceitua o art. 3º, da Lei nº 7.347/85*” (THEREZA ALVIM, *O direito processual...*, 1996, p.117).

Quanto ao objeto da Ação Civil Pública ajuizada em sede Trabalhista, é importante marcar que existe uma discussão sobre certa limitação, estabelecida

³⁵ Transforma o CADE em autarquia, dispondo sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica...

(embora questionada) pela Lei complementar nº 75/93, no seu artigo 83, III, que dispõe:

"Art. 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições, junto aos órgãos da Justiça do Trabalho: [...]

III- promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos" (FURTADO, *Direitos humanos de...*, 1995, p. 500).

Aparentemente se poderia pensar restar de fora da esfera do Ministério Público do Trabalho, ações para defesa de direitos ou interesses difusos e individuais homogêneos, na interpretação restritiva da norma supracitada.

A interpretação de tal dispositivo normativo há de interferir tanto na determinação da legitimação deste ente, quanto na natureza dos interesses que poderão ser objeto da ação em tela. E no que se refere ao objeto, este só poderá ser aquele que se encaixe nesta norma, isto é, apenas os interesses coletivos correlatos aos direitos sociais (art. 6º da CR/88)³⁶ que sejam direito dos trabalhadores (GONÇALVES, *A ação civil pública...*, 1994, p.122).

Na verdade, na doutrina trabalhista não há, ainda, um consenso quanto à ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho comportar defesa de direitos difusos e individuais homogêneos, apesar de existir uma tendência para tanto, expressada tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. A base legal para justificar esta tendência estaria na própria legislação pertinente (art. 84 da Lei Complementar 75/93; bem como CR/88, art. 129, III; e art. 81 e 110 do CDC).

É importante lembrar, ainda, a extensão do objeto da ação civil pública, as chamadas execuções civis públicas, tanto as que têm base em títulos judiciais condenatórios decorrentes de ações que relevam de interesses difusos e coletivos (art. 15, Lei 7.347/85), como das ações em prol de interesses individuais homogêneos (art. 95 a 100, 117, Lei 8.078/90), bem como aquelas execuções fundadas em descumprimento

³⁶ "São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição" (2002, p.12).

a compromisso de ajustamento de conduta e títulos extrajudiciais dotados de eficácia executiva (MANCUSO, *A ação civil pública como...*, 2002, p.763).

Pela inserção deste grande espectro de alcance dado à ação civil pública, a doutrina vem sugerindo outra terminologia para se referir a ela; quando amparando direitos e interesses coletivos *lato sensu*, trata-se da denominada ação civil coletiva, terminologia esta empregada pelo CDC/90. Alguns autores não consideram importante tal discussão, já outros procuram justificar a necessidade de utilização diferenciada de ambos os termos.

“Doutrinariamente, mesmo sob o aspecto da defesa coletiva dos consumidores, se o autor da ação for o Ministério Público, teremos sempre uma ação civil pública; se o autor da ação for qualquer co-legitimado que não o próprio órgão ministerial, mais próprio será chamar a ação de coletiva” (MAZZILLI, H. Nigro, *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio-ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*, 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 257-258; *apud*. MILARÉ, *A ação civil...*, 2002, p. 177).

Outras críticas à terminologia são acrescentadas pela doutrina³⁷, na tentativa sempre de se buscar uma técnica mais acertada, desta vez na expressão de JOSÉ MARCELO MENEZES VIGLIAR:

“... se é verdade que “ação não tem nome” (ao menos, cientificamente, não deveria ter nome), mas ainda temos a necessidade de apelidar ou adjetivar determinados institutos, que utilizemos um nome mais adequado: ação coletiva. [...] Não há como sustentar seja a ação coletiva um gênero, do qual a ação civil pública seja uma espécie. É plenamente possível a utilização de uma expressão pela outra. Ambas não deveriam existir, pois ação não deve ser adjetivada. Mas a coletiva diz muito mais: diz que tipo de interesse se busca tutelar. [...] Tanto ação civil pública como ação coletiva são expressões equivocadas.” (*Ação civil pública ou...*, 2002, p.451-453-457)

Apesar das discussões em torno das terminologias, ação civil pública ou ação civil coletiva, não terem ainda terminado, parece sensata a posição defendida por

³⁷ A. GIDI, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 15-16 e KASUO WATANABE, *Demandas coletivas e os problemas emergentes da praxis forense*, São Paulo: Saraiva, 1993, p. 195, *apud*. VIGLIAR, p.452.

MAZZILLI, acima exposta. Bem como se deve valorizar a preocupação de MANCUSO com as inevitáveis conseqüências advindas da questão terminológica-conceitual, e seus reflexos no exame das condições da ação (interesse de agir, legitimação), e a própria higidez da relação processual (*A ação civil pública como...*, 2002, p.756).

IVES GANDRA MARTINS FILHO examinou este tema em artigo específico, marcando a diferença das duas espécies de ação (civil pública e civil coletiva), dentro do Direito do Trabalho, encaminhando-as segundo a abrangência da matéria que tutelam. Na comparação, este autor acrescentou outras duas ações que concorrem para a proteção de matéria equivalente, apontando para a ação anulatória (LC 75/93, art. 83, IV); e o dissídio coletivo (CLT, art. 856; LC 75/93, art. 83, VIII).

De acordo com tal critério, segundo o autor, na Justiça do Trabalho, para a defesa de interesse público – dissídio coletivo seria o instrumento adequado “*em face do prejuízo sofrido por toda a sociedade com greve ocorrida em serviços essenciais*”. Para a defesa de interesses difusos – ação civil pública, atribuída ao Ministério Público da União (ou do Trabalho, conforme a natureza do direito difuso relacionar-se ou não com esta matéria), sendo a sentença aí proferida, de caráter genérico (multa reversível a um Fundo Federal) ou cominatório (imposição de obrigação de fazer ou não fazer)³⁸. Para defesa de interesses coletivos – ação civil pública e ação anulatória, sendo esta última espécie do gênero da primeira, uma vez que

“visa à defesa dos empregados lesados, através de provimento jurisdicional de caráter genérico, sem natureza reparatória, admitindo-se tanto ao Ministério Público, como aos sindicatos a legitimação ativa para tais ações. E, finalmente, para a defesa de interesses individuais homogêneos – ação civil coletiva (art. 21 da LACP/85 c/c art. 91 do CDC/90), neste caso de natureza apenas reparatória (indenização a favor dos prejudicados), verificada lesão concreta a todos os prejudicados. Acrescentando-se ainda o fato de, quanto aos interesses difusos e coletivos, terem competência funcional os Tribunais (TST/TRTs) e quanto aos individuais homogêneos, a Justiça Comum

³⁸ PLÍNIO GONÇALVES, que vê a ação civil pública na Justiça do Trabalho pelo prisma exclusivo do art. 83, III da LC 75/93, se pronuncia nos seguintes termos: “há legitimação exclusiva de Ministério Público (com exclusão dos sindicatos) sendo que apenas os interesses coletivos podem ser defendidos pelos sindicatos; estando o rol da matéria tratada limitada aos dirietos sociais (previstos nos arts. 6º- a 9º- da CR/88); e a ação só poderá ser cominatória, nunca reparatória” (*A ação civil pública na...*, 1994, p.1225-1229).

(as Varas do Trabalho)" (MARTINS FILHO, *Ação civil pública e ação...*, 1995, p. 1449-1451).

Observa-se, ainda, no referente ao alcance dos direitos e interesses tutelados, que há uma certa sobreposição de objetos entre a ação civil pública e a ação popular.

"Cremos que esta última tende a manter sua vocação inicial para a defesa do erário público, ao passo que a ação civil pública tende a confirmar sua inclinação para a tutela do meio ambiente, e, subsidiariamente, dos consumidores" (MANCUSO, *Uma análise comparativa...*, 1992, p. 198).

No que se refere à legitimação para agir ou de provocar o Judiciário para a defesa de interesses metaindividuais, esta foi conferida por lei, ao Ministério Público, às pessoas jurídicas estatais, às entidades e órgãos da administração pública, direta e indireta, ainda que sem personalidade jurídica, e às associações que ostentem um mínimo de representatividade, e em que não há coincidência entre titular do bem lesado (coletividade) e o sujeito do processo. Todo este elenco de entes ou corpos intermediários foram legitimados pelos seguintes dispositivos legais: Lei 7.347/85, art. 5º, I e II; Lei 8.078/90, art. 82; e Constituição da República/88, art. 129, III e § 1º.

"Nestes casos, quando o Ministério Público ou qualquer dos legitimados defendem interesses difusos ou coletivos, caracteriza-se a legitimação autônoma, porque em tal hipótese a lei não permite que o substituído, individualmente, ajuíze a demanda. No que diz respeito a interesses individuais homogêneos, verifica-se a caracterização da substituição processual, pois cada substituído pode, isoladamente, propor a ação.

As pessoas físicas, conquanto não-legitimadas expressamente, encontram na ação popular o meio adequado para fazer atuar a função jurisdicional do Estado em prol do interesse público..." (MILARÉ, *A ação civil...*, 2002, p. 180).

Tem sido este o entendimento processual defendido pela maioria da doutrina nacional como já mencionado, apesar de posições também em sentido contrário³⁹.

³⁹ SOUZA, *Ação civil pública...*, 2001, p. 39; NERY JÚNIOR, *Código de processo...*, 2001, p. 362-363, quanto aos interesses individuais homogêneos; MAZZILLI, *A defesa...*, 2001, p.224.

Todavia, as correntes doutrinárias ainda estão em formação, havendo necessidade de examiná-las com mais atenção. Assim, MANCUSO, partindo destas colocações da corrente dominante na doutrina, afirma que a esta:

“tornar-se-ia necessário acrescentar que se trata de legitimação anômala de tipo misto, porque as entidades nominadas no texto em questão⁴⁰ exerceriam legitimação ordinária (na “parte” em que são portadoras de um “interesse próprio”) e legitimação extraordinária (na “parte” em que agiriam como representante ou substituto dos demais sujeitos a quem tocariam os interesses difusos)” (Interesses difusos..., 1997, p.202-203).

Considerando, este autor supracitado, essa interpretação da legitimação como “*bifronte*” e complexa em excesso, revalidando o entendimento quanto à matéria deferida à ação popular, acima descrita, também quanto à ação civil pública.

“Basta, portanto, que se interprete, com a devida abertura e atualidade, o art. 6º do CPC, e se poderá concluir que é ordinária a legitimação das entidades referidas no art. 5º da citada Lei sobre os interesses difusos” (MANCUSO, Interesses difusos..., 1997, p. 204)⁴¹.

Assim, tendo em vista este rol de legitimados à utilização da ação civil pública/coletiva, verifica-se que a legitimação para tanto tem natureza concorrente/disjuntiva. Então, onde houver interesse difuso ou coletivo violado ou ameaçado de o ser, cabível a ação civil pública/coletiva, independente da listagem legal casuística (para MANCUSO “*legitimação difusa*”).

Analisando a legitimação ativa do tipo “*concorrente disjuntiva*” deferida ao Ministério Público, aos entes políticos e seus paraestatais, e ainda, às associações, MANCUSO afirma que:

“Os dois primeiros exercem uma legitimação “de ofício” ou institucional: A) o MP já detém competência constitucional

⁴⁰ Lei 7.347/85.

⁴¹ Em sentido contrário, NERY JÚNIOR, *Código de processo...*, 2001, p.363, considerando o Ministério Público substituto processual quando propõe ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos dos consumidores, bem como quando propõe ação civil de reparação de dano *ex delicto* (CPP, art. 68).

para promover a ação civil pública em defesa de interesses difusos e coletivos, a par de competência ordinária para fazê-lo quando se trate de "outro interesses difuso e coletivo" (inciso IV do art. 1º da Lei nº 7.347/85, acrescentado pelo art. 110 do CDC), aí incluídos, portanto os "individuais homogêneos", como espécie do gênero "metaindividuais" [...] B) os entes políticos, na administração direta e indireta, também exercem competência institucional, à medida que, por mandamento constitucional, cabe-lhe assegurada a boa gestão e proteção dos bens e valores públicos, onde naturalmente se incluem a proteção dos interesses metaindividuais relevantes, atinentes ao meio-ambiente, aos consumidores e ao patrimônio público, lato sensu: CF, arts. 37; 170, V; 216 e § 1º. No contraste com o mandado de segurança coletivo, verifica-se que o único legitimado ativo que é comum às duas ações é a associação [...] que demonstre ser o "representante adequado" do interesse em lide, sendo esta pois sua "situação legitimante" (MANCUSO, Uma análise..., 1992, p.197-198).

Assim, há de se marcarem os princípios que regem a atuação do Ministério Público, em relação aos demais co-legitimados privados. Enquanto a atuação destes é fundada no princípio do dispositivo, configurando a ação civil pública em um direito, podendo ser ou não ajuizada pelo seu titular, em se tratando do Ministério Público, existe um poder-dever fundamentando sua ação. Desta forma, a ação civil pública proposta por este último, deve ser informada pelo princípio da obrigatoriedade (dever-direito), em vista de ser indisponível, para o órgão ministerial, o interesse tutelado por meio deste específico instrumento (MILARÉ, *A ação civil pública...*, 2002, p.183-184).

"Consiste o princípio da obrigatoriedade no dever cometido ao Ministério Público de adotar as providências necessárias à prevenção ou reparação de dano passível de sua tutela sempre que identificá-lo" (SOUZA, Ação civil pública..., 2001, p.42). Com base neste princípio é que o Ministério Público tem o dever de promover a execução da sentença condenatória transitada em julgado há mais de 60 dias, ainda que não conste como credor no título executivo judicial (art. 566, incisos I, e II do CPC) (NERY JÚNIOR, Disposições..., 2001, p. 945).

Mas, tal dever não lhe obriga a atuar se não considerar ou identificar as circunstâncias propiciadoras desta sua atuação, sendo a este órgão conferida uma certa discricionariedade para agir. É oportuno lembrar também, quanto à atuação do Ministério

Público, que “*não há obrigatoriedade absoluta em prosseguir na ação civil pública de conhecimento, objeto de desistência por parte de um dos outros co-legitimados*” (art. 5º, § 3º da LACP⁴²), visto que a decisão deste em prosseguir ou não a ação “*sujeita-se aos mesmos princípios informadores da viabilidade para a própria propositura da ação*” (MAZZILLI, *Ação civil...*, 1992, p.102).

Por outro lado, a modificação promovida na LACP, art. 1º, inciso IV, pelo CDC/90 teve o exato objetivo de flexibilizar o texto legal numa área de rápidas mutações, permitindo sua adaptação imediata às novas situações.

Assim, buscando uma integração entre as três modalidades de direitos ou interesses coletivos *lato sensu*, verifica-se que eles têm em comum a “*uniformidade e a larga expressão numérica dos sujeitos concernentes*”, demonstrando-se, desta forma, a possibilidade de aproximação deles, quanto a determinação dos legitimados a pleiteá-los, e a sua própria natureza (P. DINAMARCO, *Ação civil...*, 2001, p.51).

Por outro lado, não se pode descartar a possibilidade de existir determinada situação jurídica que envolva, a um só tempo, ameaça ou violação a interesses das três categorias (sendo difuso, coletivo e individual homogêneo), conforme já se ouviu da doutrina, apesar de não se ter sugerido nenhum exemplo concreto.

“Algumas situações da vida podem gerar simultaneamente interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, de forma a justificar uma única ação civil pública com cumulação de pedidos e de causa de pedir (remota ou próxima) ou até três processos coletivos distintos” (P. DINAMARCO, *Ação civil...*, 2001, p. 65)

O que se observou até aqui foi que vem se desenvolvendo uma gradativa ampliação dos objetos tutelados pela ação civil pública, em função da relevância social dos interesses metaindividuais aos quais ela poderá proteger, ampliando-se também a legitimação ativa neste contexto, e para a qual passa a haver uma pluralidade de sujeitos. Entretanto, adverte GIDI, que “*para legitimar a atuação do MP é preciso que haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou características do dano,*

⁴² Alterado pelo Lei 8.078/90: “Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa”(CPC/73, 2002, p.461).

ou relevância do bem jurídico a ser protegido" (*Legitimidade para...*, 1994, p.63-64). Por isso, THEREZA ALVIM pode afirmar que a legitimação do Ministério Público é "legitimação coletiva institucional" (*O direito processual...*, 1996, p.119).

Enfim, revendo-se o que foi dito, na esfera do objeto da ação civil pública:

"Com a alteração trazida à Lei nº 7.347/85 pelo art. 117 do CDC, que acrescentou àquela um artigo - 21- c/c art. 83 desse Código, são agora possíveis, além dos pedidos ressarcíveis e cominatórios (arts. 1º e 11 da Lei nº 7.347/85), também as pretensões de outra natureza (des) constitutivas, declaratória, mandamental ou cautelar, envolvendo patrimônio público "lato sensu", meio ambiente e consumidores" (MANCUSO, Uma análise..., 1992, p.199).

Interessante ainda mencionar-se, dentro deste tema, o fato de que os interesses metaindividuais, que compõem o objeto da ação civil pública, podem ensejar a impetração de mandado de segurança coletivo, em havendo liquidez e certeza do direito, fundado em fatos incontroversos, suscetíveis de prova documental pré-constituída. Neste ponto, CALMON DE PASSOS, já exemplificava:

"se a hipótese for de poluição ambiental oriunda ou para a qual é co-responsável agente do poder público, que incidiu na prática de ilegalidade ou abuso de poder, e suficiente é a prova documental, a entidade não lançará mão do procedimento previsto na Lei 7.347, preferindo o rito do mandado de segurança, por adequado, e porque, hoje, ela é legitimada também para o mandado de segurança coletivo" (Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção..., 1989, p. 16-17).

A propósito da legitimação para o mandado de segurança coletivo, sua previsão é constitucional, e está disposta no inciso LXX do artigo 5º do Diploma Maior. E, quanto à natureza jurídica da legitimação dos entes (partidos políticos, organização sindical, entidade de classe e associação, dentro dos critérios constitucionais) para tanto, compreendem alguns doutrinadores, referir-se a legitimação extraordinária⁴³. Reforçando este entendimento, a doutrina acrescenta:

⁴³ CALMON DE PASSOS alterou seu entendimento quanto à legitimação extraordinária, como substituto processual, conforme se verifica da comparação da sua obra de 1989, em relação a de 1993, p. 29 (admitindo existir quanto a direitos difusos, legitimação ordinária).

“Trata-se, indubitavelmente, de relevante inovação, conferindo-se, já agora, também, a impetração do mandamus a “diversas pessoas que se encontram na mesma situação jurídica” que a enseja. E que diz de perto com a legitimação extraordinária para o uso do writ...” (TUCCI e CRUZ E TUCCI, *Constituição de...*, 1989, p. 146).

Fala, ainda, a doutrina sobre o assunto, que *“não há, propriamente, mandado de segurança coletivo, mas “legitimação substitutiva extravagante”*” (CRETELLA, *Os “writs” na Constituição...*, 1989, p.76).

Em outras palavras, *“cuida-se de hipótese de legitimação extraordinária, em que alguém receberá titularidade para postular em nome próprio sobre direito alheio”* (ACKEL FILHO, *Writs constitucionais...*, 1988, p.82).

Interessante análise foi também apresentada por outro doutrinador, MANCUSO, partindo da afirmação de que, na esfera do mandado de segurança coletivo, *“há a necessidade de um certo vínculo, ou de uma adequação, ou ainda de uma correlação entre os interesses brandido na ação e a natureza ou órbita de atuação do ente que se apresente em juízo como seu portador”* (*Uma análise...*, 1992, p.189). Afirmando incidir, nestes casos, a legitimação extraordinária, tendo a indicação, pelo legislador, dos entes intermediários, com fundamento no nexó relacional entre o substituto (legitimado extraordinário) e o substituído. Cita como exemplos, tal autor, os previstos nos artigos: 1552 do C.C/02; 527 do C.Co; e, artigo 3º, § 1º da Lei 6.515/77.

Referindo-se à aderência desta posição por vários outros autores⁴⁴, marca os dizeres de ALFREDO BUZAID, que nas alíneas do inciso LXX, do art. 5º da CR, se encontram

“casos de legitimação extraordinária, que se enquadram na doutrina da substituição processual.[...] há de haver um interesse entre o substituto e o substituído, que justifique a sua intervenção. O substituto não é terceiro que ingressa em causa alheia. Ele é a própria parte que exerce direito pessoal” (*Considerações sobre o mandado de segurança coletivo*, São Paulo: Saraiva, 1992, p.64, *apud*. MANCUSO, *Uma análise...*, 1992, p.189).

⁴⁴ CALMON DE PASSOS, *Mandado de segurança coletivo, mandado...*, 1989, p. 24-25, *“...a entidade, autora (não é caso de litisconsórcio) pleiteia em nome próprio direito alheio (substituta processual)... entidade pretende tutelar, como substituta processual, direitos de seus associados.*

Apesar destas afirmações doutrinárias, não se pode deixar de frisar que a questão ainda é objeto de polêmica, e que novas construções têm sido buscadas em torno desta.

Todavia, já se pode afirmar que a legitimação ativa para as ações coletivas deverá ser examinada caso a caso, considerando tanto o objeto específico que aquela ação utilizada visa a proteger, quanto as peculiaridades do ente ao qual a lei deferiu legitimação para fazer uso desta.

Voltando ao estudo da ação civil pública, no que se refere à legitimação dos entes intermediários, agindo em matéria coletiva *lato sensu*, deverá ser esta, inegavelmente, considerada concorrente e disjuntiva, conferida ao Ministério Público (ordinariamente, para alguns); aos entes políticos e órgãos da administração direta e indireta; associações (observada a correlação entre seu fim estatutário e a natureza do interesse objetivado na ação (art. 5º e incisos da Lei 7.347/85, c/c art. 82 CDC).

Assim, com o escopo que agora passa a ter a ação civil pública, como instrumento de tutela dos interesses metaindividuais, ela se tornou também um instrumento constitucional de educação democrática, ou seja, de convivência política e social não-violenta, no pertinente às regras democráticas.

Por isso, “a ação civil pública já foi até qualificada de “remédio cívico-processual”” (ROMITA, *Ação civil pública...*, 1992, p.1167).

“De outra banda, a ação civil pública, ao pugnar pelo cumprimento dos princípios e normas constitucionais, bem como das diversas leis infraconstitucionais protetoras dos interesses difusos (leis do consumidor, do meio-ambiente, de improbidade administrativa, o ECA e outras), também revela e proclama quais são os anseios do Povo projetados pela Nação na Constituição e nessas leis, alertando e assim educando (a) as pessoas físicas e jurídicas para o cumprimento da lei em termos de interesses difusos e coletivos, e (b) os governantes e os agentes públicos sobre a necessidade de tal cumprimento, como condição para o bom e legítimo desempenho político-administrativo” (BURLE FILHO, *Ação civil pública...*, 2002, p.405).

Destarte, não se pode negar um certo caráter preventivo, maior do que o reparatório, frente ao ataque indiscriminado aos direitos e interesses metaindividuais,

conferido à ação civil pública/coletiva. Associe-se esta conclusão, em especial, ao significado do princípio da obrigatoriedade, conferido ao Ministério Público, na seara das ações civis públicas/coletivas.

Analisando agora os efeitos e alcance da coisa julgada na Ação Civil Pública, o que se verifica, inicialmente, é que o sistema da “ação popular”, quanto à coisa julgada, foi empregado também para “ação civil pública”, como se confirma da leitura dos disposto no art. 16 da Lei 7.347/85⁴⁵, não carecendo, ao menos neste momento, repetição do que foi já dito, conquanto este tema será revisto quando tratado nas ações coletivas do CDC.

Acrescenta-se aqui apenas um comentário valioso citado por FURTADO, referendando as palavras de IVES GANDRA, aplicado à ação civil pública no âmbito trabalhista, nos seguintes termos:

“A eficácia da sentença judicial nas ações civis públicas é erga omnes e não apenas interpartes. Trata-se, precisamente, de remédio judicial preventivo do ajuizamento massivo de ações individuais, pois obtém, numa única assentada, o provimento judicial protetivo de toda a massa de trabalhadores afetados pela prática patronal lesiva à ordem jurídica trabalhista” (Jornal do 5º Congresso Brasileiro de Direito Processual do Trabalho, LTr, São Paulo, p. 73, apud. FURTADO, Direitos humanos..., 1995, p.500).

Seguem, neste passo, as observações quanto ao objeto, legitimação e coisa julgada nas ações do CDC/90, mais recente Lei, nesta oportunidade, examinada, com fulcro na tutela dos direitos e interesses metaindividuais.

6.3.3. Ações do código de defesa do consumidor

Inaugurada a tutela dos direitos e interesses difusos e coletivos, no direito brasileiro, por meio da Ação Popular (1965), e, estendida posteriormente nos moldes da Ação Civil Pública (1985), atualmente, e em especial, após a Constituição da República

⁴⁵ “Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.

(1988) vivem, estes poderosos instrumentos processuais, da nova geração de direitos e interesses, o seu apogeu.

O tema tem sido objeto de dedicados estudos, tanto por autores do direito pátrio, como do direito comparado, buscando-se as melhores soluções técnicas e jurídicas para a ampla atuação de todos os entes legitimados neste espectro de interesses.

Poder-se-ia dizer, então, ser esta, a quarta fase (cronológica) da evolução dos direitos e interesses coletivos, que em muito avançou na última década, tendo sido marcada fortemente pelo Código de Defesa do Consumidor (1990). Este, já aludido pelos arts. 5º, inciso XXXII e 170, V, e 48 das disposições transitórias da Constituição brasileira em 1988, inclusive com a previsão de elaboração de Código próprio, conforme se verifica:

, *“Art. 5º, XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;*

Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]; V- defesa do consumidor;

Art. 48 - O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor” (CR/88, p.8, 111 e 160).

Assim, verifica-se que na perspectiva determinada constitucionalmente de defesa do consumidor, tanto poderiam ser instituídas, como o foram, normas para a “facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova” (art. 6º, VIII), como normas estabelecendo o processo para a defesa coletiva dos interesses dos consumidores e das vítimas (art. 81 e seguintes), revelando-se instrumentos necessários à perfeita proteção dos consumidores (ARAÚJO FILHO, *Comentários ao...*, 2002, p. 52).

Não parece difícil explicar a grande dimensão dada para um fenômeno jurídico totalmente desconhecido no século passado e em boa parte deste. O que ocorre é que o homem contemporâneo vive em função de um modelo novo de associativismo: sociedade de consumo, “caracterizada por um número crescente de produtos e serviços,

pelo domínio do crédito e do marketing, assim como pelas dificuldades de acesso à justiça" (GRINOVER, *Introdução, Código brasileiro...*, 2001, p.6). Estes são, em síntese, os aspectos que marcam o nascimento e desenvolvimento do Direito do Consumidor como disciplina jurídica autônoma.

Em relação ao objeto das ações coletivas do CDC, giram estes

"em torno da defesa dos consumidores, em sua dimensão coletiva, isto é, e (sic) enquanto interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, concernentes às chamadas relações de consumo, abrangentes de produtos e serviços (§§ 2º e 3º do art. 3º do CDC)" (MANCUSO, *Uma análise...*, 1992, p. 196).

Considerando o conceito de consumidor, previsto no artigo 2º do CDC, este será *"toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final"*, equiparando-se a ele, conforme dispõe o parágrafo único: *"a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo"* (ARAÚJO FILHO, *Comentários...*, 2002, p.1).

"Essa indeterminação de sujeitos, por sua vez, pode ser absoluta (= interesses difusos, inciso I do art. 81); relativa (=interesses coletivos, inciso II do art. 81) ; ou mesmo nem existir, quando se trate de interesses individuais, apenas homogeneizados em virtude de terem uma origem comum (=interesses individuais homogêneos, inciso III, do art. 81)" (MANCUSO, *Uma análise...*, 1992, p. 196-197).

Desta forma, as ações do Código de Defesa do Consumidor serão aquelas que tendem à tutela coletiva do consumidor, e como disposto no artigo 83 deste código, *"são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela"* (ARAÚJO FILHO, *Comentários...*, 2002, p.88).

Neste caso, pode-se dizer que poderá abranger *"as ações condenatórias, cominatórias, cautelares, desconstitutivas, mandamentais e quiçá mesmo declaratórias"* (MANCUSO, *Uma análise...*, 1992, p.197).

THEODORO JÚNIOR se refere a tais ações, vinculando-as ao tipo de interesse que tutelam, ou seja, diz que são três as ações coletivas: as que compreendem os

interesse ou direitos difusos; os coletivos e os individuais *homogêneos* (*A tutela dos interesses...*, 1992, p.49).

“As duas primeiras ações coletivas podem assumir feição tanto preventivo (inibitório) como sancionatório, conforme seu manejo se faça antes de consumada qualquer lesão, ou tenha função de aplicar multa ao responsável. Já a última é exclusivamente reparatória, porque visa à indenização de danos sofridos pelo consumidor” (CRUZ E TUCCI, *Código do consumidor e processo civil*, RT, 671/33, *apud*. THEODORO JÚNIOR, *A tutela dos interesses...*, 1992, p. 49).

A dimensão e alcance dos direitos ou interesse coletivos *lato sensu* já foram anteriormente examinados, sendo importante apenas ressaltar a necessidade de se caracterizar o tipo de interesse que se pretende tutelar com a ação coletiva, exatamente para se verificar a adequação aos requisitos processuais para o seu desenvolvimento válido e regular.

Foi o próprio Código de Defesa do Consumidor, que, fugindo ao costume e padrões legislativos, definiu os interesses denominados ‘coletivos’, no artigo 81 e incisos, sendo indispensável o reconhecimento destes, para o regular desenvolvimento do processo.

Tratando-se dos interesses denominados coletivos e difusos, discute-se, inclusive, a sua efetiva ou possível existência. Surgiu uma recente corrente doutrinária que nega a existência de interesses desta natureza, afirmando que apenas quanto ‘a qualidade dos interessados se poderá referir as denominações (coletivo e difuso) mencionadas pela lei.

“Sob o nosso prisma, os interesses são sempre individuais e, se assim é, não há como reconhecer que a manifestação individual do interesse da parte em face de um bem possa ser difusa. O interesse é sempre identificável e relacionado a uma pessoa que manifesta sua intenção. Entretanto, as circunstâncias, os fatos que atingem a diversos interessados, podem gerar nesses interessados uma vontade em face de um bem [...] Se a abrangência do fato for tamanha que não se possa identificar o número de interessados individuais no mesmo, estaremos diante de interessados difusos. Se o fato atingiu um número de interessados pertencentes a um grupo organizado e associado, teremos os interessados coletivos. Se, por outro lado, o fato atinge um número determinável de indivíduos não-organizados

ou associados, mas que manifestam de modo homogêneo os interesses que se harmonizam, temos os interessados homogêneos” (MACIEL JÚNIOR, Direito e..., 2002, p.28).

A doutrina segue falando, também, em utilização de método para qualificar tais direitos ou interesses. Sugere NERY JÚNIOR que *“a pedra de toque do método classificatório é o tipo de pretensão material e de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a competente ação judicial”*. Sendo que, de um mesmo fato, *“podem originar-se pretensões difusas, coletivas e individuais” (Disposições finais, Código brasileiro..., 2001, p.922).*

Por outro lado, como afirma WATANABE, não basta reconhecer os direitos de solidariedade, ou de terceira geração (decorrentes dos interesses sociais), é preciso que se tenha um sistema jurídico adequado a tutelá-los, assegurando sua efetividade. *“E como cabe ao direito processual atuar praticamente os direitos ameaçados ou violados, a renovação fez-se sobretudo no plano do processo” (Disposições gerais, Código brasileiro..., 2002, p.726).*

Assim, *“a individualização concreta de um interesse ou direito como difuso, coletivo ou individual homogêneo vai resultar da análise do fato jurídico (lato sensu) invocado e da pretensão deduzida” (ARAÚJO FILHO, Comentários..., 2002, p.64).* E esta, por sua vez, vai interferir na esfera de legalidade da atuação das normas processuais dispostas nesta seara.

Enfim, no pertinente ao objeto das ações do CDC, pode-se dizer que a tutela abrange dois tipos de interesses ou direitos, *“os essencialmente coletivos” (difusos e coletivos stricto sensu) e “os de natureza coletiva apenas na forma em que são tutelados” (individuais homogêneos) (WATANABE, Disposições gerais, 2002, p.739).*

Passando-se ao estudo da legitimação ativa em matéria de defesa dos direitos e interesses do consumidor, é de se lembrar que prevalece a legitimação disjuntiva e concorrente, conforme se depreende do artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor, que determina os entes intermediários legitimados:

“Art. 82. Para fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I- o Ministério Público;

II- a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III- as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código;

IV- as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear” (ARAÚJO FILHO, Comentários..., 2002, p.64).

É bom lembrar, também, que neste particular, o Código de Defesa do Consumidor se manteve em completa harmonia tanto com a Constituição da República de 1988, quanto com a Lei da Ação Civil Pública, estabelecida tal integração, através dos artigos 90, 110 ao 117 do CDC.

A primeira observação que se faz é quanto à ampliação da atuação em juízo por parte do Ministério Público, no que se refere à matéria específica de tutela dos direitos e interesses do consumidor, de caráter coletivo, também já abordado. Portanto, fora deste elenco determinado pelo CDC, nenhum outro ente terá legitimidade para manejar ativamente a ação coletiva de defesa do consumidor (THEODORO JÚNIOR, A tutela dos interesses..., 1992, p.49), menos ainda o particular (a não ser por ação individual). É, neste caso, a enumeração taxativa.

A novidade em termos de legitimação, comparando-se o antigo sistema da Lei de Ação Civil Pública, com o que foi instituído pelo Código de Defesa do Consumidor, está no fato de “*que o Código concedeu personalidade judiciária aos entes oficiais que têm como finalidade a defesa e proteção do consumidor, legitimando-os para agirem em juízo*”. Assim, órgãos como os PROCONS passam a ter legitimação para as ações coletivas na defesa do consumidor (FIORILLO ET AL., Direito processual..., 1996, p.116). Considerando que outros órgãos públicos, ainda que sem personalidade, também terão a legitimação, fato que marca a instalação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Em seguida é necessário rever também o significado, nesse passo, de legitimação concorrente, como aquela em que coexistem as legitimações dos diversos entes; e, de legitimação disjuntiva, que reflete o fato de a atuação de qualquer deles

independer da atuação ou assentimento dos demais. Podendo haver, eventualmente, um litisconsórcio facultativo entre os co-legitimados.

Resta examinar a titularidade desta legitimação conferida por lei a tais entes intermediários, na esfera do Direito do Consumidor.

Esta abordagem pode ser feita por dois ângulos de visão, um partindo do tipo ou espécie de direito ou interesse a ser tutelado, por um lado, e por outro, considerando as características dos entes legitimados para atuar ativamente na proposição de ações coletivas que tutelam os referidos interesses.

Considerando o primeiro ângulo de visão, em princípio, é de se assumir o fato de que a natureza jurídica da legitimação ativa para a tutela das pretensões coletivas no amparo aos direitos ou interesses difusos ou coletivos (propriamente coletivos), está se distanciando daquela determinada para o caso de tutela dos interesses individuais homogêneos (eventualmente coletivos).

Como foi dito, quando se referiu à ação civil pública, no caso dos dois primeiros interesses, tende a doutrina, quanto à legitimação dos entes intermediários, considerá-la ordinária (GRINOVER; WATANABE), apesar de não haver consenso em torno desta corrente. Assim, surgiu uma nova teoria para determinar a legitimação neste tema, a qual se poderia denominar (a legitimação) como triádica ou tresdobrada (SEVERO NETO); ou uma legitimação autônoma para condução do processo (NERY JÚNIOR); ou, simplesmente, uma legitimação coletiva.

Buscam tais entendimentos, em geral, uma desvinculação, quanto as ações 'coletivas', em relação à teoria da legitimação tradicional, clássica, ou individualista, de natureza exclusivamente extraordinária (tendente na doutrina dominante), e, em especial, na posição assumida pela figura do 'substituto processual', como espécie típica daquela. Até as posições jurisprudenciais, quanto a tais novas tendências, parecem dirigirem-se para esta consideração:

"EMENTA: CONSTITUCIONAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. ART. 129, III, DA CF.

Legitimação extraordinária conferida ao órgão pelo dispositivo constitucional em referência, hipótese em que age como substituto processual de toda coletividade e, conseqüentemente, na defesa de autêntico interesse difuso, habilitação que, de resto, não impede a iniciativa do próprio ente público na defesa de seu patrimônio, caso em que o Ministério Público intervirá como fiscal da lei, sob pena de nulidade da ação (art. 17, § 4º, da Lei 8.429/92).

“Mandado de segurança coletivo. Associação civil.

A CF, 5º, LXX, “b”, ao atribuir às associações o poder de impetrar MS coletivo em defesa de interesses dos seus membros, criou caso de legitimação extraordinária que se enquadra no instituto da substituição processual, porquanto age (a associação) em nome próprio por direito de terceiro, estando legitimada a postular em juízo o direito de que não é titular, por determinação da Carta Política. A entidade associativa que impetra segurança coletiva não se coloca, no processo, como mandatário dos respectivos associados, razão por que se torna desnecessária a prévia autorização dos membros⁴⁶”

“SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL – NATUREZA DA MATÉRIA. De início, a substituição processual não tem contornos constitucionais. Pouco importa, na espécie, que se tenha feito referência a normas estritamente legais como a regulamentar o inciso III do art. 8º da Carta da República. O preceito nele incluído não veda a possibilidade de o legislador ordinário incluir no cenário jurídico outras hipóteses em que é possível demandar em nome próprio na defesa de direito alheio⁴⁷”

CASTRO MENDES sugere ser a legitimação nas ações coletivas *“uma legitimação composta, na qual estariam presentes o interesse próprio conjugado com o alheio”* (Ações coletivas..., 2002, p.245), mas sempre de natureza extraordinária⁴⁸.

Coincidindo, este último entendimento, em certa medida, com as ponderações de SEVERO NETO, também já analisadas anteriormente, com a observação de que, no caso deste autor, este busca um caminho novo para explicar a

⁴⁶ Primeiro julgado, Recurso Extraordinário 208.790-SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJU, 15.12. 2000; e o segundo, RT 729/134, *apud*. MENDES, *Ações coletivas...*, 2002, p.244. Cita ainda em sua obra (p. 251) outros julgados no mesmo sentido: Mandado de segurança 22.132- RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU 18.11.1996.

⁴⁷ AGRAG 157.797-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 12.05.1995, *apud*. MENDES, *Ações coletivas...*, 2002, p.254, que apresenta uma infinidade de outros julgados no sentido desta tese a que ele defende.

⁴⁸ “Correta e predominante é a caracterização como extraordinária para a legitimação coletiva...”(p. 268-269).

necessidade de desvinculação com as teorias tradicionais, para a tutela de interesses coletivos, visto que aquelas estão recheadas de conotações individualistas.

Apesar de não ser a corrente doutrinária predominante (como quer alguns se fazer crer), parece que a mais acertada, quanto à natureza jurídica da legitimação ativa para as ações coletivas, seja aquela que vier a ser, também a mais abrangente, considerando-se o prisma da legitimação para a tutela dos interesses coletivos *lato sensu*, como única e própria.

Assim, referindo-se aos interesses coletivos considerados em bloco, sugere-se um movimento, que se poderia dizer inovador sobre o tema, no sentido de instituir-se, ao lado das duas espécies já existentes (ordinária e extraordinária), uma terceira espécie de legitimação (a completar as tradicionais, sem com estas se confundirem), que poderia ser denominada também coletiva, ou composta, ou triádica, podendo, tais termos, serem considerados equivalentes num sentido genérico (desconsiderando-se, em princípio, suas diferenças etimológicas).

É certo que, apenas dentro dos parâmetros tradicionais, não se poderá encontrar perfeita equivalência ou adequação da sistemática jurídica para a solução dos impasses que se formaram, na seara das ações de índole coletiva. Tal fato marca a distância que deve existir entre as soluções aplicadas aos conflitos individuais e aquelas sugeridas para os conflitos de massa.

Por outro lado, insiste a doutrina, com sustentação na expressão da Lei (CDC/90), em dar tratamento diferenciado aos direitos e interesses individuais homogêneos, observando-se parecer que há uma tendência, mais consistente, em se considerar que a legitimação dos entes intermediários, nestes casos, seja de natureza extraordinária⁴⁹, e, geralmente, figurando o ente que assim atua, na posição de substituto processual. Entretanto, não se verifica uma perfeita adequação deste instituto em relação aos interesses homogeneizados.

⁴⁹ NERY JÚNIOR, *Código de processo...*, 2001, p. 363; GRINOVER, *A ação civil pública...*, 1993, p.218; ARAÚJO FILHO, *Comentários...*, 2002, p. 69; FIORILLO, 1996, p. 121, GONÇALVES, *A coisa julgada...*, 1995, p.71.

O fundamento para tal posicionamento está, segundo os que defendem este entendimento, na redação dada ao artigo 91 do CDC, ao dispor que “os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos” (ARAÚJO FILHO, 2002, p. 119). Diferenciando-se esta situação em relação aos interesses denominados difusos e coletivos estrito senso,

“porque nas ações coletivizadas, os legitimados, em rigor, não pleiteiam em nome próprio o direito individual dos respectivos titulares; ao contrário, limitam-se a pedir o reconhecimento genérico da responsabilidade do réu pelos danos causados (art. 95), o que é muito diferente” (ARAÚJO FILHO, Comentários ao..., 2002, p. 69).

ARAÚJO FILHO engrossa a corrente defensora da natureza extraordinária da legitimação conferida aos entes intermediários na defesa dos interesses denominados individuais homogêneos, e critica, por sua vez, a corrente que confere legitimação ordinária para a proteção dos outros interesses coletivos.

“Ainda que se admita que a identificação da legitimação extraordinária, nos casos de ações coletivas, não se mostra perfeitamente apropriada, jamais seria possível adotar simplesmente a legitimação ordinária, sem mais nada, uma vez que o regime de tratamento processual dos legitimados para as ações coletivas, sem dúvida, se amolda ao regime da legitimação extraordinária, pelas peculiaridades dessas ações” (ARAÚJO FILHO, Comentários ao..., 2002, p.69).

Por outro lado, ao tratar dos interesses individuais homogêneos, como espécie de direito “impessoal, genérico e indivisível” ARAÚJO FILHO entende que “não pode o legitimado ad causam praticar atos de disposição do direito, tal qual na substituição processual” (Comentários ao..., 2002, p.69-70). Assim, a solução para a determinação da legitimação não parece satisfatória, para este autor, quanto ao impasse, no que se refere à posição dos entes intermediários, atuando na esfera dos interesses coletivos *lato sensu*.

Analisando, ainda, a matéria da legitimação ativa dos entes ou corpos intermediários, considerando o ângulo das características que incorporam cada um

deles, maiores variações de entendimentos poderão ser notadas na doutrina ‘em construção’, reafirma-se.

Seguindo a própria enumeração determinada pelo Código de Defesa do Consumidor, se iniciará esta abordagem, partindo do Ministério Público, reforçando, porém, a idéia de que ao indivíduo enquanto cidadão, através, unicamente, da Ação Popular, permanece aberto o caminho para a defesa de direitos ou interesses coletivos *lato sensu*, apesar das dificuldades que foram apontadas.

Assim, como já se alertou, está o indivíduo fora do elenco para atuar em conflitos de índole consumeirista (art. 82 do CDC). Não implicando, este fato, o fechamento da via individual de ação, quando individual for a natureza da pretensão, como também, quando a matéria encaixar-se naquelas referentes à ação popular.

- Ministério Público:

Quanto ao Ministério Público, verifica-se inicialmente, que a Carta de 1988, pela primeira vez, aferiu-lhe um conceito, no artigo 127, *caput*, e definiu especificamente suas funções no artigo 129, I a IX. Conferiu-lhe poder para defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, assegurando-lhe, para tanto, autonomia e independência funcional e administrativa (Emenda Constitucional nº 19/98).

“Assim, o Ministério Público só terá legitimidade para defender essas modalidades de interesses quando tal defesa harmonizar-se com sua destinação institucional (CF, art. 127), que se verifica quando ela convém à coletividade como um todo. Isto ocorre nos casos em que há extraordinária dispersão de lesados, que envolvem a defesa da saúde ou segurança dos consumidores ou em que a intervenção ministerial é necessária para assegurar o funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico” (MAZZILLI, A defesa dos interesses difusos em juízo..., 1994, p. 95-96, apud. ZANELATO ET CINTRA, O ministério público..., 1995, v. 1, p.276).

Considerando-se tais parâmetros constitucionais, verifica-se que

“é a tônica da indisponibilidade de interesses que norteia a atuação do Ministério Público” [...] e isso, “torna possível

compreender as diversas formas de atuação, em relação as 3 espécies básicas de Processo:

a) Processo Penal – o Ministério Público é preponderantemente órgão agente, como dominus litis da ação penal, já que a ele cabe a persecutio criminis pela via judicial; (CPP, art. 24).

b) Processo Civil – versando sobre interesses privados, apenas excepcionalmente intervêm o Ministério Público, nos casos em que há interesse público envolvido; (CPC, art. 82, II).

c) Processo do Trabalho – o enquadramento do Direito do Trabalho como Direito Público, decorrente da indisponibilidade da maior parte dos direitos trabalhistas [...] (CLT, art. 746)” (MARTINS FILHO, O Ministério Público do..., 1992, p.1298).

Outro não é o entendimento já bem explorado pela doutrina, apresentado por DANTAS, quando se refere a atuação do Parquet na esfera penal e civil respectivamente:

“No primeiro, funciona como órgão encarregado de promover a acusação, nos crimes de ação pública, com o acompanhamento da ação penal, para fiscalizar a reta aplicação da lei, velando, inclusive, pelas garantias do acusado. No segundo – o que nos interessa mais de perto – o Ministério Público atua sempre na defesa de um interesse público, tendo a sua atividade classificada em três espécies: a) parte, b) auxiliar da parte e c) fiscal da lei” (DANTAS, Jurisdição ação..., 1997, p.165-166).

No processo do trabalho, é bom marcar uma distinção que é reiteradas vezes abordadas pela doutrina, quanto da análise que se faz sobre a legitimação dos sindicatos e do Ministério Público do Trabalho, para a defesa de interesses coletivos e individuais indisponíveis. *“a) Sindicato – defende o trabalhador protegido pela ordem jurídica laboral; e b) Ministério Público – defende a ordem jurídica laboral protetora do trabalhador” (MARTINS FILHO, O Ministério Público do..., 1992, p.1299).*

O CPC/73, no seu artigo 82, manteve a classificação tradicional da atuação do Ministério Público, que hoje é questionada, tendo ele legitimação para agir como parte, apenas mediante autorização legal (art. 81 do CPC/73), na forma prevista na segunda parte do art. 6º, aí incluída a hipótese em que atua como réu, curador à lide, quando se tratar de réu revel, citado por edital ou com hora certa, no entender de boa

parte da doutrina (DANTAS, *Jurisdição ação...*, 1997, p.165-166). Quanto a estes últimos casos, existe uma outra parte da doutrina que compreende que o Ministério Público age como 'representante' da parte, enquanto outro grupo, ainda, acredita haver, dependendo da natureza do direito discutido, 'substituição processual'⁵⁰.

Segundo a doutrinária lecionada por DANTAS, quanto à atuação do Ministério Público na esfera coletiva, este entende o seguinte:

“Atuando no processo, na esfera direta de interesses coletivos ou difusos ou na proteção dos interesses indisponíveis, mais precisamente interesses particulares de outras pessoas, como os interditos, a Fazenda Pública, a vítima pobre do delito, etc., a sua função processual nunca é a de um representante da parte. Sempre que atua no processo, quer como parte – na defesa dos interesses coletivos e difusos – quer na eventual defesa dos interesses indisponíveis – como substituto processual – ele é parte e nunca procurador ou mandatário de terceiro” (DANTAS, *Jurisdição, ação...*, 1997, p. 166).

Entretanto, tal entendimento parece forçar o difícil encaixe das teorias processuais tradicionais com as quais vêm se defrontando o direito contemporâneo.

No que se refere às suas funções institucionais do Ministério Público, entre outras, prevê a Lei Maior, no artigo 129, inciso III: *“promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio-ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”* (CR/88, 2002, p.85). E no § 1º do mesmo artigo, da CR/88, faz menção ao fato de que: *“a legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei”* (2002, p.86).

Assim, tem o Ministério Público o dever de velar por estes interesses; todavia, isto não significa que é obrigado a propor ação civil pública. *“O juízo de necessidade, possibilidade e, sobretudo, tipicidade, certamente é da Instituição”*,

⁵⁰ Neste sentido, MACHADO, 1989, p. 149, 162, 174, 179, etc., embora este mesmo autor não confira ao Ministério Público a qualidade de substituto processual quando atua em outras ações: *“Existindo o parquet para apresentar o interesse indisponível da sociedade (não o interesse coletivo que com este não confunde) – estando aí a razão de seu particular posicionamento dentro da organização do Estado – não se justifica encará-lo como legitimado extraordinário. Pelo contrário, sua legitimação é ordinária porque no processo da ação civil pública o Ministério Público é o Estado e atua para a realização do seu próprio direito”* (1989, p.112).

mesmo porque, a sua legitimação constitucional é disjuntiva e concorrente (FIGUEIREDO, *A ação civil pública - gizamento...*, 2002, p.525).

Por outro lado, dentro desta esfera de atuação, considerando o artigo 5º da Lei 7.347/85 nota-se:

“uma certa posição de vantagem assegurada ao Ministério Público, seja pela sua presença obrigatória no processo, senão como parte, ao menos como fiscal da lei (§ 1º), seja por sua “legitimação subsidiária” em caso de desistência ou abandono da causa (§ 3º), seja pela faculdade de instauração de “inquérito civil”, com a possibilidade de seu arquivamento por decisão da própria instituição (art. 9º e §§); esse tipo de legitimação vem previsto: na CF, art. 129, § 1º; no CDC (Lei 8.078/90, art. 82).” (MANCUSO, *Interesses...*, 1997, p.231).

Julga-se necessário fazer aqui um corte quanto ao estudo sobre as formas de atuação do Ministério Público na sistemática processual, visto que se poderia trabalhar unicamente o tema como objeto de uma outra pesquisa, tamanha a vastidão do assunto⁵¹. Entretanto, não é este o objetivo aqui. Desta forma se fixará o estudo do tema, perante as ‘ações coletivas *lato sensu*’, em especial a Ação Civil Pública e Ações do CDC, e nada mais, visto que é neste campo que se encontra o objeto deste estudo.

Analisando a legitimação do Ministério Público na esfera dos interesses difusos, MANCUSO afirma que de início a posição doutrinária manteve-se restritiva, apresentando resumidamente os motivos, ou pontos críticos, mais alegados.

“a) o Ministério Público é uma instituição naturalmente voltada à persecução de delitos “tradicionais”, comuns, mostrando pouca vocação persecutória quando se trata de delitos de natureza econômica ou “coletiva”; b) o Ministério Público estrutural e funcionalmente está demasiadamente conexo ou subjacente à estrutura do poder estatal, para que dele se pudesse esperar a necessária autonomia e combatividade desejáveis quando se trata de tutela aos interesses supra-individuais; c) ao Ministério Público falta aparelhamento e infra-estrutura indispensáveis à tutela desses interesses “especiais” (MANCUSO, *Interesses...*, 1997, p. 194-194).

⁵¹ Aliás este trabalho já foi realizado por ANTÔNIO C. DA COSTA MACHADO, *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*, 1989.

A doutrina e a prática atuais, por outro lado, já demonstraram que estas críticas não são de todo pertinentes ao caso brasileiro, visto que o Ministério Público, atualmente, já é dotado de completa estrutura legal, orgânica e funcional. Além de já ter conquistado sua autonomia, o Ministério Público nacional tem sido sempre atuante na esfera dos interesses públicos, agindo sempre com a independência necessária ao cumprimento de seu papel institucional.

Mais recentemente, pode-se até dizer, o Ministério Público tem sido o ente mais atuante entre os legitimados no campo dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos, conforme demonstram os noticiários dos jornais do país.

Geralmente o Ministério Público realça seu potencial nas relações que envolvem principalmente: meio-ambiente; saúde pública; defesa do consumidor; direitos trabalhistas; enfim, um sem-número de situações, para as quais ele vem se apresentando pronta e corajosamente.

Sem dúvida, em relação à crítica da falta de aparelhamento deste órgão, esta é pertinente; entretanto, a deficiência não é exclusiva a este ente, visto que há uma carência comum a todos os demais entes legitimados no campo em discussão.

A solução, como resposta às críticas feitas ao Ministério Público, seria então dotá-lo de meios e informações necessários para aparelhá-lo melhor à tutela dos interesses difusos. Sem contar que, de certa forma, o fato de existirem Ministérios Públicos especializados (trabalho, militar e eleitoral) no direito brasileiro, já facilita a sua atuação no campo dos interesses difusos. Destarte, não sendo ele o único legitimado neste campo, como se observa da adoção da solução pluralista acolhida pelo constituinte brasileiro (art. 129, § 1º CR/88), e reforçada no Código de Defesa do Consumidor, assegurou-se uma proteção mais ampliada a estes interesses.

Assim, na esfera dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, e mais especificamente, dentro dos direitos e interesses do consumidor, o Ministério Público possui legitimação para propor ação civil pública (e para alguns também ação civil coletiva).

A jurisprudência também está bem calçada neste tema.

“Ação civil pública. Ação Coletiva. Ministério Público. Legitimidade. Interesses Individuais Homogêneos. Plano de Saúde. Reajuste da Mensalidade. UNIMED.

O Ministério Público tem legitimidade para promover ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos quando existente interesse social compatível com a finalidade da instituição. Reajuste de prestações de Plano de Saúde (UNIMED). Art. 82, I, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). Precedentes. Recurso conhecido e provido” (Resp. 17.796-5/PR, unân, Rel. Min Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 23.8.1999, p.130, apud. ARAÚJO FILHO, 2002, p.72-73).

A Lei de Ação Civil Pública de 1985 só havia cuidado da defesa dos interesses difusos e coletivos, voltando-se à proteção dos consumidores e do ambiente, em sentido lato, na dimensão da indivisibilidade do objeto. Mas com o CDC, art. 81, III, concomitante com os arts. 91 e 100, abriu-se o sistema brasileiro, para o tratamento coletivo dos direitos subjetivos individuais⁵², não restando mais dúvidas quanto a legitimação deste ente para a defesa dos interesses individuais homogêneos,

“que podem ser definidos isoladamente, na linha clássica, mas que também podem ser agrupados em demandas coletivas, dada sua homogeneidade. É a transposição, para o ordenamento brasileiro, das class actions for damages ou dos mass tort cases do sistema da common law” (GRINOVER, A ação civil pública e a..., 1993, p. 209)⁵³.

O que não parece acertado, conforme se observou no capítulo anterior, é a que título o Ministério Público atuará, dúvida que também aqui nas relações de consumo, prevalece, considerando alguns que sua legitimação é exclusivamente ordinária; ou ordinária (interesses coletivos e difusos) e extraordinária (individuais-homogêneos) a um só tempo; e outros, triádica (extraordinária especial).

⁵² Aliás, quanto a estes novos direitos a denominação de ‘direitos subjetivos públicos’ é a mais próxima do seu escopo, do que aquela que a doutrina tem preferido adotar para referir-se a tais direitos ou interesses, ou seja, ‘direitos ou interesses públicos’. Assim: “...os interesses públicos são finalidades concretas, que os órgãos e entes públicos devem realizar, e que num ordenamento de base pluralista há tantos interesses públicos como comunidades existentes no âmbito do mesmo. Neste sentido os interesses difusos devem ser considerados interesses públicos primários ou secundários, segundo a seleção e ponderação dos interesses coenvolvidos” (ANTUNES, *A tutela dos interesses...*, 1989, p.38).

⁵³ No mesmo sentido, NERY JÚNIOR, *Código de processo...*, 2001, p. 363; MANCUSO, *Ação civil pública como...*, 2002, p. 763.

Apenas para se completar a exposição quanto ao Ministério Público do Trabalho, salienta-se que também existe na doutrina variados posicionamentos, entretanto vem esta se dirigindo para o seguinte entendimento:

“A legitimação ordinária manifesta-se nas ações coletivas, quando a entidade sindical atua em nome da categoria, defendendo seus interesses, e a legitimação “extraordinária”, nas ações individuais ou plúrimas, quando a entidade atua em seu próprio nome, em defesa de direito alheio, de integrante da categoria, mediante autorização legal. O Ministério Público do Trabalho não poderia atuar como representante de categoria de trabalhadores, porque não poderia ser assimilado a uma entidade sindical e não poderia exercer a substituição processual porque a legitimação “extraordinária” ou “anômala” necessita de previsão legal e não há norma concedendo-lhe tal prerrogativa na defesa de direitos. Ao intentar a Ação Civil Pública, o Ministério Público do Trabalho só poderá fazê-lo agindo em seu próprio nome e em cumprimento de uma atribuição institucional” (GONÇALVES, A ação civil pública..., 1994, p. 1226).

Este tema já foi anteriormente discutido, lembrando-se da posição de THEREZA ALVIM, para quem o Ministério Público (em geral) tem ‘legitimação própria autônoma (institucional)’, ou ‘legitimação coletiva institucional’, referindo-se às ações desta natureza (*O direito processual...*, 1996, p. 119).

- União, Estados, os Municípios e o Distrito Federal

A legitimação da União, Estados e Distrito Federal é concorrente à do Ministério Público, e tem fundamento no artigo 5º, XXXII, bem como no artigo 24, incisos V e VIII, da CR/88, atuando, tais entes, promovendo a defesa do consumidor, legislando sobre produção e consumo, e sobre responsabilidade por dano ao consumidor, e demais objetos da ação civil pública. Considerando-se também os dizeres do artigo 55 do CDC⁵⁴.

Aos Municípios, compete “legislar sobre assuntos de interesse local” (art. 30, I) e “suplementar a legislação federal e a estadual no que couber” (art. 30, II,

⁵⁴ “A União, os Estados e o Distrito Federal, em caráter concorrente e nas respectivas áreas de atuação administrativa, baixarão normas relativas à produção, industrialização, distribuição e consumo de produtos e serviços.”... (ARAÚJO FILHO, 2002, p. 45)

ambos da CR/88). E ainda, inciso IX, do mesmo artigo quanto “à *proteção ao patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual*”.

Enfim, é de se repetir aqui a lição de AFONSO DA SIVA, ao se referir sobre a necessidade, quanto à atuação das pessoas políticas, de haver correspondência à repartição constitucional de sua competência, observando-se o princípio da predominância do interesse. Assim,

“... à União caberão aquelas matérias e questões de predominante interesse geral, ou nacional, ao passo que aos Estados tocarão as matérias e assuntos de predominante interesse regional, e aos Municípios concernem os assuntos de interesse local” (Curso de direito constitucional..., 1992, p.418).

É importante lembrar, por outro lado, que a legitimação ativa, conferida aos entes públicos ou políticos, não impede que essas mesmas pessoas figurem eventualmente como réis em ação de consumo, vez que é possível questionar-se a qualidade dos serviços públicos (ARAÚJO FILHO, Comentários..., 2002, p.78). Embora tal entendimento não esteja, ainda, bem discutido e nem pacificado na doutrina.

- Entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta

A novidade do CDC está na admissão ou concessão de legitimidade aos órgãos, ainda que sem personalidade judiciária, desde que previsto especificamente, à defesa dos interesses e direitos do consumidor.

A primeira observação que se faz é quanto ao sentido dos dois termos usados pela lei quando legitima estes entes a agir nesta seara, ou seja, falou-se em entidade e órgão, há que diferenciá-los, para melhor compreender o espaço que ocupam na lei.

Bem sinteticamente, diz-se que “*entidade é pessoa jurídica, pública ou privada; e órgão é elemento despersonalizado incumbido da realização das atividades da entidade a que pertence*” (MEIRELLES, *Direito administrativo...*, 1993, p. 62).

Esta referência foi feita apenas para lembrar que o fato dos órgãos não terem personalidade judiciária não os impede de agir (conforme inciso III do art. 82, do CDC)

na defesa do consumidor. O que a lei cobra é que exista uma destinação especial, em relação ao órgão, quanto à defesa do consumidor, sendo que não precisa destinar-se exclusivamente a tal defesa. *“Das entidades estatais ou paraestatais, por coerência lógica, apenas será possível exigir, ...alguma afinidade de seus objetivos com a proteção dos interesses do consumidor”* (ARAÚJO FILHO, *Comentários...*, 2002, p.81).

Os órgãos públicos mais conhecidos são o PROCON e os Núcleos de Defesa do Consumidor da Defensoria Pública (art. 4º, XI, da Lei Complementar nº 80/94).

Estão, então, legitimadas *ad causam*, para a propositura de ações coletivas em defesa dos interesses do consumidor, as entidades da administração pública indireta, que são as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações públicas (art. 4º, II, do Dec.lei nº 200/67)” (ARAÚJO FILHO, *Comentários...*, 2002, p.79-80).

Sendo as entidades deste último grupo, mais conhecidas, segundo ARAÚJO FILHO:

“Autarquias- Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (INMETRO), Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), Banco Central do Brasil (BC), Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), Conselhos Profissionais (CRM, CRO, CRECI, OAB); Empresa Pública- Companhia Nacional de Abastecimento (CONAB). Sem falar nas Universidades públicas” (Comentários..., 2002, p.81).

Ao examinar o tema, MANCUSO apresenta as vantagens e desvantagens que a alternativa da tutela dos interesses difusos, através dos órgãos ou agências especializadas, podem trazer. A vantagem residiria no fato de que a incumbência específica para a atuação neste campo levaria a notável especialização dos órgãos atuantes, e sob este aspecto, estes *“prefeririam ao Ministério Público, ao qual a doutrina endereça a crítica de não ser órgão adequado à persecução dos delitos “especiais””* (Interesses difusos..., 1997, p. 192).

Como desvantagem, havendo unanimidade por parte da doutrina, está o fato de estes órgãos tornarem-se meras *“repartições públicas”*, a se burocratarem,

caracterizadas pela lentidão, incompatível com a celeridade exigida para a tutela dos interesses difusos (MANCUSO, *Interesses difusos...*, 1997, p. 193).

“A solução, assim, estaria no medio virtus: a legitimação caberia às agências e entes públicos institucionalizados, mas com o concurso das associações representativas dos interesses difusos ocorrentes no caso concreto, em legitimação concorrente e disjuntiva” (MANCUSO, *Interesses difusos...*, 1997, p. 193).

Esta solução apresentada está em perfeita harmonia com a doutrina que parece assentar-se neste campo.

- As associações

A importância da legitimação confiada às associações civis revela-se como uma forma de participação mais ativa da sociedade civil na defesa de seus membros, num exercício de cidadania, solidariedade e participação na vida em comunidade, bem como no *“aperfeiçoamento na própria Política Nacional de Relação de Consumo (art. 4º, II, “b”), e uma forma eficiente de evitar que continue o paternalismo estatal exagerado na proteção do consumidor”* (WATANABE, *Disposições gerais, Código brasileiro...*, 2001, p.760).

“Foi justamente objetivando a formação dessa sociedade mais solidária e justa que a Constituição procurou estimular a criação de associações (incs. XVII, XVII, XIX, XX, e XXI, do art. 5º CF)” (WATANABE, *Disposições gerais, Código brasileiro...*, 2001, p.759). Por isso se pode falar da ação civil pública como instrumento de educação democrática (BURLE FILHO, *Ação civil pública...*, 2002, p.402).

A princípio, quando do reconhecimento do poder de agir conferido às associações para a tutela de interesses coletivos *lato sensu*, houve certa resistência, temendo-se que estas terminassem por competir com o monopólio reconhecido ao Ministério Público para a tutela do interesse geral. Mas quando se pensa nas associações regularmente constituídas e reconhecidas pelo poder público, o que se observa é que elas também desempenham papel quase público, sendo *“verdadeiras auxiliares do Ministério Público”* (MANCUSO, *Interesses...*, 1997, 170).

Assim, *“a lei apoiará e estimulará o corporativismo e outras formas de associativismo”*(art. 174, § 2º CR/88), e o art. 82, IV do CDC, abrange os sindicatos,

cooperativas e todas as demais formas de associativismo, desde que atendidos os pré-requisitos legais, ou seja, constituição há mais de um ano, tendo entre seus fins institucionais, a defesa dos interesses e direitos do consumidor (WATANABE, *Disposições gerais, Código brasileiro...*, 2001, p.760).

“Com a advento da Constituição Federal de 1988, os sindicatos não são mais controlados pelo governo, de sorte que têm natureza e personalidade jurídica de associação, podendo mover ações coletivas” (FIORILLO, RODRIGUES ET ANDRADE NERY, *Direito processual...*, 1996, p.117.118).

A atuação destes entes não está condicionada a autorização assemblear, tendo a lei acrescido esta regra para evitar dúvida que poderia existir em função do inciso XXI, do art. 5º da CR/88, que dispõe: *“as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”* (2002, p.7).

E, quanto ao sindicato, a legitimação está, ainda, especificada no artigo 8º, III, da CR/88: *“ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”* (2002, p.16).

No que se refere ao requisito da pré-constituição das associações, há pelo menos um ano, visa este a fortalecer a atuação processual desses entes, impedindo a propositura temerária de ações que não tenham a indispensável seriedade como propósito. Todavia, é possível ser dispensado este requisito pelo juiz, *“nas ações previstas no art. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido”* (ARAÚJO FILHO, *Comentários...*, 2002, p.83), ou seja, no caso da defesa de interesses individuais homogêneos.

A doutrina cita a presença, portanto, de dois sistemas para a admissão das associações como portadoras de interesses difusos:

“em alguns casos, a lei se encarrega de conferir poder de agir a uma determinada associação, para a defesa dos interesses difusos que ele representa; em outros casos, o legislador, mais cauteloso, prefere indicar os quesitos que uma associação deve

preencher para se beneficiar daquele poder” (MANCUSO, Interesses..., 1997, p.170).

Mas, a que título agem tais associações, e em especial o sindicato, é tema bastante controverso na doutrina, especificamente, como não poderia deixar de ser, no âmbito das relações trabalhistas.

MANCUSO afirma que independente dos critérios adotados para conferir legitimação às associações, esta será ordinária, visto que *“é a própria lei que reconhece à associação o poder de representar certa massa de interesses, e, assim, existe a coincidência entre a “titularidade” da pretensão e a pessoa moral que age”* (MANCUSO, *Interesses...*, 1997, p.170), incluindo aqui os sindicatos. Todavia, este autor, quanto à legitimação para agir, não separa a titularidade entre as espécies de interesses coletivos definidos pelo CDC. Tratando-as em bloco único, compreende, então, ser ‘difusa’ também a legitimação, e por isso concorrente e disjuntiva, mas sempre na categoria de legitimação ordinária,

“... porque daquela exegese sistemática e teleológica resultará que o Ministério Público, os entes políticos, seus órgãos descentralizados e as associações recebem poder de agir na justiça, em nome próprio, defendendo interesses que lhes são próprios, embora em termos de co-legitimação, a saber: os interesses socialmente relevantes, que estão incumbidos de tutelar” (MANCUSO, *Interesses...*, 1997, p. 231-232).

NELSON NERY JÚNIOR e ROSA NERY, coerentes com o seu entendimento sobre as diferenças entre as categorias de interesses coletivos *lato sensu*, também as aplicam quando determinam, pela natureza da pretensão, a titularidade da associação e do sindicato nesta seara.

Afirmam que a associação civil está legitimada de forma autônoma para a condução do processo, ou seja, de forma ordinária, *“quando defende direitos difusos e coletivos por ação civil pública ou ação coletiva”*. Todavia, a associação, *“quando defende direitos individuais homogêneos ou direitos individuais de seus associados, é substituta processual”*. Fazem eles a mesma alusão quanto à legitimação do sindicato, afirmando que *“na defesa dos direitos individuais dos associados e integrantes da*

categoria laboral e ações de cumprimento (CF 5º XXI e 8º, III; CLT 872 par. ún), age o sindicato como substituto processual” (Código de processo..., 2001, p.363-364).

Maior é, porém, a corrente no sentido contrário, daqueles que não admitem a figura da substituição processual na esfera dos direitos coletivos *stricto sensu*, acreditando pertencer este instituto ao clássico sistema processual privatístico. É que a substituição processual só poderia ocorrer mediante autorização expressa da lei, não se permitindo uma interpretação extensiva das normas existentes sobre a legitimação dos entes intermediários na esfera dos interesses metaindividuais (VILHENA, *Direito e processo...*, 1994, p. 491-492⁵⁵). Além dos argumentos, já citados, quanto à equivalência entre o poder de agir e o interesse dos entes intermediários.

No processo trabalhista, a questão da substituição processual é muito discutida, visto que a CLT prevê expressamente casos de sua incidência (art. 195, § 1º, na ação de cobrança dos adicionais de insalubridade ou periculosidade, e 872, nas ações de cumprimento, no procedimento administrativo, para aferição de insalubridade ou periculosidade), como também em outros textos legais.

Entretanto, o problema quanto a este tema que aflige o judiciário laboral é o “decorrente de interpretação constitucional e de textos legais relativos aos planos econômicos”, restando a dúvida no sentido de ter, o sindicato, no processo do trabalho, “o direito de substituição genérica dos integrantes da categoria” (MACIEL, *Substituição genérica...*, 1992, p.25).

MACIEL acredita na inexistência da substituição genérica decorrente do artigo 8º da CR/88, visto que não se pode entender que prevaleça a vontade sindical sobre a vontade do indivíduo, especialmente daquele que não quis se sindicalizar; bem como pelo fato de prevalecer no processo trabalhista o instituto da conciliação, conflitante com a figura da substituição processual, que não poderia atuar sem a presença do titular do direito transacionado.

⁵⁵ Neste texto, quanto ao processo do trabalho, existe uma vasta gama de citações jurisprudenciais; bem como estas poderão também ser encontradas na *Revista trimestral Jurisprudência Brasileira Trabalhista*, Curitiba: Juruá, v. 35, 1992.

“Poder-se-ia mesmo dizer que não cabe a substituição processual na Justiça do Trabalho, havendo simples representação, com mandato legal presumido (substituição atípica), tanto que, de acordo com os Enunciados 180 e 225 do TST, pode o substituído desistir da ação, o que não poderia existir na substituição, que não admite intervenção de terceiros” (MACIEL, Substituição genérica..., 1992, p. 26).

Mas, a discussão apresenta dissidências com argumentos fortes no sentido de se entender que, caso se venha a exigir, na Justiça do Trabalho, *“que o próprio titular do direito o exercite, sendo ele empregado, é transformá-lo em desempregado, ou eternizar a violação que vem sofrendo”*, apontando-se, enfim, para a *“instituição da legitimação ordinária sindical”* (SOUZA, *Substituição processual...*, 1992, p. 53)⁵⁶, como solução constitucional para os impasses que se formaram neste campo.

O Enunciado nº 310 do TST⁵⁷, aprovado através da Resolução nº 1/93, buscou unificar os entendimentos em torno deste tema, conferindo-se o fato de que a

“Consolidação das Leis do Trabalho [...] apenas excepcionalmente dispôs a respeito da legitimação extraordinária (substituição processual), sempre de forma atécnica e deficiente, como se infere do art. 195, § 2º [...] e do art. 872, parágrafo único...” (PANDELOT, *Enunciado...*, 1997, p. 204 e 209).

Neste assunto, forte crítica também apresenta CALMON DE PASSOS, argumentando pela impossibilidade de ocorrência da substituição processual pelo sindicato no que se refere aos interesses do trabalhador, estendendo-a aos demais interesses de índole coletiva. Sistematiza este autor seu entendimento nas seguintes afirmativas:

“o trabalhador não está arrolado entre os que a lei considera incapazes, absoluta ou relativamente; [...] muitos dos direitos

⁵⁶ SOUZA defendendo a existência de substituição processual na Justiça do Trabalho, alude ao fato de que foi a expressão substituição processual, retirada do texto original, tendo sido suprimida em votação pelo plenário, por aprovação da Emenda Substitutiva ao então § 4º do art. 10 do projeto da Comissão de Sistematização da Lei Maior, 1992, p.54. O mesmo autor, neste artigo, apresenta uma série de jurisprudências no sentido de favorecer a posição de substituto processual acupada pelo sindicato, e, fora da parte de doutrina, todo o periódico é dedicado à jurisprudência específica da substituição processual na Justiça do Trabalho.

⁵⁷ E. 310 do TST: “I) O art. 8º, inciso III, da Constituição da República, não assegura a substituição processual pelo sindicato...” (CLT, 1999, p.878).

dos trabalhadores são considerados indisponíveis, isto é, reclamam, para o seu exercício válido, determinados controles prévios; [...] Não pode o trabalhador ser limitado no exercício de seus direitos, nem expropriado dele, senão nos termos em que isso for constitucionalmente autorizado. Donde a impossibilidade de haver legitimação extraordinária, em termos de direito material ou direito processual do trabalho. [...] Por conseguinte, carece de boa fundamentação, data venia, os que pretendem ver na legitimação extraordinária, em matéria de direito e processo do trabalho, algo que escapa de todo à teoria geral [...] Não há uma teoria geral da legitimação para o direito tal e outra teoria geral para o direito qual” (Substituição processual e..., 1993, p.27 e 30)⁵⁸.

Esta interpretação apresentada por CALMON DE PASSOS reverte-se, na parte final, na crítica à impropriedade do legislador constitucional na elaboração do art. 8º da CR/88, acreditando este autor não se poder firmar entendimento dentro da literalidade do dispositivo, já que não se pode falar em legitimação ou substituição genérica, universal ou indeterminada, de qualquer categoria, comportando, portanto, para o artigo em foco, uma interpretação sistemática, perseguindo-se o conjunto normativo buscado pela Constituição de 1988⁵⁹ (Substituição processual e..., 1993, p. 30).

Assim, o sindicato terá legitimação ordinária, não-extraordinária (substituto processual), sempre tendo em vista o tipo de direito tutelado (difuso ou coletivo *stricto sensu*), embora não seja este o entendimento, repita-se, que vem prevalecendo⁶⁰.

Fazzalari, tratando dos interesses difusos e coletivos e do emprego do processo civil para tutelá-los, afirma quanto à posição do sindicato, que

⁵⁸ Contrário senso DUARTE NETO, afirma haver diferença “entre a substituição processual trabalhista e a substituição processual civil, *stricto sensu* [...] a substituição processual ampla irá desafogar consideravelmente a estrangulada Justiça do Trabalho brasileira”(Substituição processual trabalhista, 1994, p. 108 e 116). E, referindo-se à súmula 310 do TST apresenta suas várias discordâncias.

⁵⁹ Em sentido contrário FIORILLO, RODRIGUES e ANDRADE NERY, afirmando que: “quando o Ministério Público e as associações agem na defesa dos direitos individuais homogêneos, aí, sim ocorre a substituição processual”, 1996, p.120.

⁶⁰ GIGLIO, *A substituição...*, 1991, v. 2, p. 151, *apud*. VASCONCELOS, *A substituição processual...*, 1993, p.55: “defende a ampliação da Substituição processual no processo do trabalho por falta de restrição expressa” quanto aos direitos ou interesses individuais homogêneos. MAZZILLI, *A ação civil pública*, 1992, p. 104. Considerando o sindicato representante e não substituto processual da classe ou categoria dos trabalhadores: MACHADO FILHO, *Da substituição...*, 1993, p.1311: “O sindicato é, em sua essencial natureza, um representante e, não, um substituto da classe, da categoria, dos trabalhadores e/ ou dos empregadores, coletiva ou individualmente considerados”.

“Altretanto è a dirsi – che non c’è problema di interesse <<collettivo>>... allo stato brado – in molti casi in cui è possibile concludere che il dato interesse è già stato canonizzato dalla legge in <<diritto soggettivo>> del sindacato, in ordine allosvolgimento della sua attività, la tutela avverso le attività antisindacali, di cui all’ art. 28 della l. 300/1970; né realizzano <<interessi collettivi>>, bensì tutelano diritti del singolo, le impugnative delle delibere condominiali di cui agli artt. 1107 e 1109 c.c.”⁶¹ (Istituzione di..., 1994, p.292).

Então, se o interesse protegido pelo sindicato é subjetivo, pode-se entendê-lo como próprio, agindo este em nome também próprio, não cabendo conferir-lhe a legitimação extraordinária, em especial na figura de substituto processual, que age em nome próprio, por direito ou interesse alheio. É este o pensamento de outra parte da doutrina.

“A natureza dos interesses em jogo – interesses coletivos ou difusos – autoriza o reconhecimento de legitimação ordinária para agir a uma pluralidade de sujeitos, não a um só deles, em regime de exclusividade. A legitimação, no caso, não pode deixar de ser concorrente” (ROMITA, Ação civil pública..., 1992, p.1167).

A doutrina bem lembra que, antes da Lei de Ação Civil Pública, e das que a esta seguiram em relação a matéria de interesses coletivos e difusos, a legitimação ordinária não poderia ser cogitada, visto que nem seria praticável, já que inviável o comparecimento de todos os lesados em juízo. Então, a solução dada para o acesso ao Judiciário nos conflitos de interesses difusos, foi a utilização da Ação Civil Pública, através da representação dos interessados pelo Ministério Público (MAZZILLI, *A ação civil pública...*, 1990, p. 37-38).

Com a entrada em vigor do CDC/90, este veio a ampliar o rol de entes com poder equivalente ao do Ministério Público nestas espécies de ações, tendo usado, para tanto, um conceito diferenciado do que seja “parte” no processo.

Assim, o CDC/90, quando da determinação destes legitimados para as ações coletivas, os conferiu, por ficção legal, portanto, a qualidade de ‘partes’, mas não no

⁶¹ Trad.: “Além disso deve-se dizer – que não existe problema de interesse<<coletivo>>... ao estado bradio – em muitos casos no qual é possível concluir que tal interesse já foi canonizado pela lei em <<direito subjetivo>> do sindicato, mediante o desenrolar da sua atividade, a tutela contra as atividades <<interesses coletivos>>, embora tutelem direitos do indivíduo, as impugnativas das decisões de condomínio dos quais no art. 1107 e 1109 c.c.”

sentido processual clássico (titular do direito subjetivo sendo o mesmo do direito processual), adotou, para esta matéria, um novo conceito de parte. “A *“parte”* ativamente legitimada foi concebida como sendo aquele que foi legitimado a intentar a ação” (GONÇALVES, *A coisa julgada...*, 1995, p.70), como já mencionado anteriormente.

Na verdade, nas palavras de GRINOVER, “o primeiro e o mais importante detentor, em juízo, da titularidade das ações coletivas, é a própria sociedade”, sendo caracterizados os interesses metaindividuais, como ‘sociais’; não são ‘públicos’ nem ‘privados’. Não se excluindo do rol das ações coletivas *lato sensu* os direitos e interesses individuais, coletivamente tratados (*A ação civil pública e a...*, 1993, p.215-216).

Apresenta a autora duas razões para não se excluir este último interesse (eventualmente coletivo), conforme faz alguns autores do tema:

“a) a relevância social que adquirem, em virtude mesmo de seu tratamento coletivo (supra, n^{os} 14-19 deste parecer); b) o fato de que, na sistemática brasileira, a defesa processual dos interesses (ou direitos) individuais homogêneos é feita de forma indivisível no processo de conhecimento, levando a uma sentença condenatória genérica que reconhece a existência do dano geral e fixa o dever de indenizar” (*A ação civil pública e a...*, 1993, p. 216).

Assim, os individuais homogêneos também se referem a interesses de massa, e portanto, gerando conflitos igualmente desta natureza, não se colocando em contraste “*indivíduo versus indivíduo, nem indivíduo versus autoridade*”, mas, como o caso dos interesses difusos e coletivos, tratam-se de típicas escolhas políticas (GRINOVER, *A ação civil pública e a...*, 1993, p. 216).

“Neste enfoque, a titularidade das ações coletivas por parte de órgãos públicos – inclusive do MP – é meramente subsidiária, necessária até enquanto a sociedade não se organiza, mas destinada a retroceder quando as formações sociais assumirem plenamente seu papel, numa democracia verdadeiramente participativa” (GRINOVER, *A ação civil pública e a...*, 1993, p. 217).

Destarte, enquanto os entes intermediários assumem a titularidade nas ações coletivas em defesa de interesses individuais homogêneos, é importante que prevaleça a

autonomia da vontade individual. Desta forma, segue a autora citada, a ação coletiva, ajuizada pelo órgão público ou pelos entes associativos, nos moldes do art. 91 do CDC, leva

“a uma sentença condenatória genérica, que reconhece a existência do dano e estipula o dever de indenizar (art. 95 do CDC). Cessa, aqui, a substituição processual dos entes legitimados à ação coletiva dos arts. 91-100 do CDC. A seguir, a liquidação e a execução da sentença, pelas vítimas ou seus sucessores, será promovida diretamente por estes, ou pelos legitimados às ações coletivas, mas agora a título de representação” (GRINOVER, A ação civil pública e a..., 1993, p. 217).

Neste passo, assevera CALMON DE PASSOS ser viável e até recomendável que atue as associações, como substituta dos associados, se de decisão meramente declaratória ou constitutiva se cuida, bem como no caso da substituição de forma individualizada (*Substituição processual e...*, 1993, p.29).

Conclui-se, enfim, quanto à legitimação dos entes intermediários para a proposição das ações coletivas *lato sensu*, conforme previsão do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, bem como quanto à Ação Civil Pública, o seguinte:

Em primeiro lugar, esta não pode se firmar nos limitados padrões da doutrina processual clássica, visto que o fundamento desta está na concepção privatística do direito, que apesar de continuar em vigor, não comporta (perfeitamente) se estender aos conflitos de massa.

Em segundo lugar, não se questiona que tal legitimação, independente dos desencontros da doutrina em lhe afirmar como ordinária ou extraordinária, seja: ‘concorrente’ e ‘disjuntiva’.

Em terceiro lugar, está pacificado na doutrina, que tanto a legitimação quanto os efeitos da coisa julgada nas ações coletivas *lato sensu* (temas mais controvertidos nesta seara) podem ser diferenciados segundo a natureza dos direitos ou interesses por elas tutelados, tendo-se que analisar caso a caso, buscando-se uma definição específica para classificar aquela situação jurídica controvertida, a fim de lhe aplicar o melhor direito. E, para se alcançar este objetivo, deve-se levar em conta, também, além do número de titulares (determinados ou indeterminados) dos interesses,

o fato, ou relação-base, que os agrupam; bem como a adequação da determinação do ente intermediário representante destes titulares, e, por fim, a relevância social da tutela pretendida.

Frente a estas ponderações, chega-se ao objeto da última análise a que se propôs fazer, no que se refere aos efeitos da coisa julgada nas ações de índole coletiva. Deve-se assim, verificar-se que os entes intermediários legitimados

“não agem em seu próprio nome, pleiteando direito próprio, porque os direitos e interesses definidos no art. 81 não lhes pertencem. Têm eles a titularidade da ação coletiva, mas não a dos direitos nela postulados, que são das pessoas indeterminadas, de grupo ou de indivíduos ligados pela conexão da origem comum do dano. [...] Eles agem como representantes dos titulares dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, porque o provimento jurisdicional requerido a esses titulares é destinado” (GONÇALVES, A coisa julgada..., 1995, p.67).

Alerta GONÇALVES, contudo, que, ainda que tais entes não sejam os titulares dos direitos ou interesses tutelados nas ações coletivas *lato sensu*, e nem mesmo sejam os destinatários do provimento delas resultantes, estes, por determinação do CDC/90, “são “partes” legais, são “partes” apenas por força de lei”, e que a Lei, “conferindo-lhes tal qualidade, pretendeu dar solução ao problema da eventualidade do contraditório deficiente, do processo mal conduzido pela inabilidade na produção de provas” (A coisa julgada..., 1995, p. 67).

A prova desta afirmação, como demonstra este autor, está na própria lei ao disciplinar a coisa julgada, no artigo 103, do CDC/ 90, nos seguintes termos:

“Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada:

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

II- ultrapartes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência de provas, nos termos do inciso

anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

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

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

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

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

§ 4º- Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.” (ARAÚJO FILHO, Comentários ao..., 2002, p. 175-176).

Examinando-se especificamente o alcance e efeitos da coisa julgada nas ações coletivas, torna-se necessário, ainda que brevemente, apontar alguns aspectos básicos deste instituto processual.

Em princípio, somente se pode falar em coisa julgada (material) diante de sentenças definitivas (de mérito). Assim, se a sentença na ação coletiva for meramente terminativa (formal), inexistente coisa julgada; nesse último caso, não tem aplicação o supracitado artigo 103 do CDC/90.

É importante também mencionar que “a coisa julgada se prende à indiscutibilidade do efeito declaratório da sentença, tornando-o imutável” (MARININI e ARENHART, *Manual de...*, 2001, p.707) após seu trânsito em julgado, ou seja, até que da decisão não caiba mais nenhum recurso (art. 467 do CPC/73). E, uma vez transitada em julgado, “nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide” com as ressalvas da lei (artigo 471 CPC/73).

Outro dispositivo legal do qual não podemos fugir é o previsto no artigo 472 do CPC/73, que dispõe: “*A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros*”. Então, a controvérsia, no que se refere às ações coletivas *lato sensu*, reside no fato de se saber quais as pessoas serão alcançadas pelo efeito da coisa julgada, isto é, se tais efeitos podem, porventura, estenderem-se além das partes litigantes, para a esfera de ‘terceiros’ que não estiveram demandando e contradizendo.

Pelo exposto, não é difícil perceber que, também nesta matéria, o tratamento dado à coisa julgada nos moldes do CPC, não pode ser trasladado para o âmbito da jurisdição coletiva, até porque, como já foi dito, nas ações desta natureza, o critério de legitimação não reside na titularidade do interesse (que é indivisível nas ações coletivas *lato sensu*), mas se deslocam para outros parâmetros, como a relevância social e a idoneidade do ente representativo (MANCUSO, *Ação civil pública trabalhista...*, 1996, p.1194). Dá a impressão, tal análise, de que houve mudança em consideração à coisa julgada nas ações coletivas *lato sensu*.

Entretanto, não é desta forma que toda a doutrina entende quanto à adequação das normas do CPC/73 às ações coletivas *lato sensu*, ou simplesmente, ao CDC/90. Pondera, por sua vez, GONÇALVES, que “*a inovação não se deu em relação ao conceito de coisa julgada, como sustentam alguns juristas, mas sim, de certa forma, com grande dose de artificialidade, em relação ao conceito de parte, na ação coletiva*”. Continua então prevalecendo, para caracterizar a coisa julgada, a imutabilidade que a decisão adquire, após seu trânsito em julgado, não tendo sido esta tocada pelo artigo 103 do CDC/90. “*Mas a sentença faz coisa julgada entre as partes para as quais é dada*” (*A coisa julgada...*, 1995, p.67)⁶².

Por fim, ainda como aspecto preliminar, é relevante lembrar que, em função do artigo 21 da Lei 7.347/85 (Ação civil Pública), existe verdadeira “*simbiose*” entre esta e o Código de Defesa do Consumidor, sendo que as regras atinentes à coisa julgada, previstas para as relações de consumo, aplicam-se também às demais ações coletivas, relativas a outros objetos. Somente no que houver incompatibilidade entre as leis, é que

⁶² MARINONI e ARENHART, *Manual...*, 2001, p. 707-708, comungam desta mesma opinião.

prevalecerá o específico sobre o geral, o que, todavia, não há necessidade de se aplicar ao direito brasileiro (MARININI e ARENHART, *Manual de...*, 2001, p.706).

Cada espécie de direito ou interesse 'coletivo', foi considerado separadamente, como prevê a própria Lei, em relação aos efeitos da coisa julgada em defesa dos direitos ou interesses difusos (art. 103, I CDC/90), e, apesar de se observar que existe uma tendência de tratamento unificado para estes, é necessário, neste ponto, que se siga a sistemática adotada pelo Código, a fim de se evitar maiores dúvidas neste campo de estudo.

Assim, a primeira observação que se tem a fazer é que o titular desses direitos ou interesses reclamados na ação coletiva, é a comunidade de pessoas indeterminadas, ligadas por circunstância de fato. Mas essa coletividade indeterminada de pessoas não pode agir por si só, visto que sequer há determinação de quem sejam. Neste caso, "*a situação da coletividade se assemelha àquela das pessoas jurídicas ou mesmo entes despersonalizados quando vão a juízo, eis que só podem fazê-lo através de quem a lei determina*" (THEREZA ALVIM, *O direito processual...*, 1996, p. 117). Desta forma, tem lugar os entes enumerados pelos artigos: 5º da LACP/85, e, 82, incisos I a IV do CDC/90.

Diante, então, de uma ação para proteção, em primeiro lugar, de direitos ou interesses 'difusos', quanto aos efeitos da coisa julgada, três possibilidades serão passíveis de ocorrer:

a) a sentença acolhe o pedido, julgando procedente a ação, produzindo coisa julgada *erga omnes* (oponível contra todos), valendo para todos os legitimados, bem como para todos os titulares de tais interesses, exceto os que houverem ajuizado ação individual e não tiver sido requerida a suspensão do processo, no prazo de 30 dias da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva, nos moldes do art. 104⁶³, do CDC/90, valendo também, para o réu.

⁶³ Art. 104 CDC/90: "*As ações coletivas, previstas nos incisos I e II do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.*" (ARAÚJO FILHO, *Comentários...*, 2002, p. 191). Quanto a este

“Para todos eles, a sentença se reveste da autoridade da coisa julgada, e a imutabilidade desta veda que outro legitimado proponha nova ação com a mesma pretensão e a rediscussão em juízo da matéria decidida” (GONÇALVES, A coisa julgada..., 1995, p. 69).

b) Se a sentença julgar a ação coletiva improcedente por insuficiência de provas, entende a doutrina dominante, que a decisão não faz coisa julgada, e qualquer dos legitimados poderia propor outra ação, excluindo-se a formação de coisa julgada *erga omnes*, ou seja, os efeitos da coisa julgada serão produzidos, portanto, interpartes (legitimado e réu). Desta forma, qualquer legitimado poderá intentar ‘outra ação’, com idêntico fundamento, valendo-se de ‘nova prova’ (em conformidade com o § 2º do artigo 301 do CPC/73⁶⁴).

“O que torna possível o ajuizamento de outra ação, no caso de improcedência por insuficiência de provas, é a legitimação concorrente, que foi conferida aos entes nomeados no art. 82”. Visto que, se outro for o legitimado a propor ação coletiva com o mesmo pedido e a mesma causa de pedir, não haverá coincidência quanto às partes, que não serão as mesmas. Então, é necessário que se exclua, entre os legitimados, aquele que ajuizou a demanda julgada improcedente por insuficiência de provas. *“Assim, no sistema acolhido pelo Código de Defesa do Consumidor, na nova ação, não haverá as mesmas “partes””* (GONÇALVES, A coisa julgada..., 1995, p. 70).

Se, após a iniciativa de cada um dos demais legitimados (considerado parte ativa), a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, *“esgota-se a via da legitimação coletiva para a demanda, porque entre cada legitimado e o réu, a sentença faz coisa julgada entre as “partes””* (GONÇALVES, A coisa julgada..., 1995, p. 70).

c) Quando a sentença julgar improcedente a ação por outro motivo (que não a insuficiência de provas), tal decisão faz coisa julgada *erga omnes*, assim, a matéria por

artigo é bom marcar que houve erro material na redação do dispositivo ao se referir aos efeitos da coisa julgada *erga omnes* e *ultra partes* como aludidos nos incisos II e III do artigo anterior, visto que tais efeitos são, na realidade, dos incisos I e II, respectivamente.

⁶⁴ § 2º- do art. 301 do CPC: “Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido” (CPC, 2002, p.75).

ela decidida já não poderá ser discutida pela via da ação coletiva, restando a opção, para os membros da coletividade, socorrerem-se da ação individual, se quiserem defender seus direitos. Sendo possível, tal solução, também ser adotada no caso da improcedência por insuficiência de provas.

Em se tratando de ação coletiva pretendendo tutelar direitos ou interesses ‘coletivos *stricto sensu*’, tendo-se como titulares destes, também, uma coletividade (que se reúne, em associação, grupo ou corporação, para fins institucionais), conforme o inciso II, do art. 103, do CDC/90, a sentença fará coisa julgada *ultrapartes*, limitando-se, entretanto, ao grupo, categoria ou classe. Com exceção desta observação que se fez, existe coincidência no tratamento da coisa julgada nestes casos, em relação aos casos apontados no estudo dos direitos ou interesses difusos.

a) Desta forma, a sentença que julgar procedente ação coletiva vale com força de coisa julgada para o grupo, categoria ou classe, titulares do direito pleiteado (com a observação do art. 104 do CDC); para os legitimados (que não poderão intentar outra ação, tendo como pretensão a matéria já decidida); e vale também para o réu.

*“Ao utilizar a expressão *ultrapartes*, para indicar aqueles para os quais a imutabilidade da sentença operará, a lei já revela em que sentido empregou o termo “partes”. [...] Pelo princípio do contraditório, que assegura às partes o direito de participarem em simétrica paridade no processo, construindo, juntamente com o Juiz, a fase que prepara o provimento, este somente pode se designar às partes, quer tenham elas utilizado ou não a garantia de participação que lhes é assegurada. [...] Nos casos em que a participação no contraditório de todos os destinatários do provimento se torne inviável, por serem excessivamente numerosos e mesmo por serem indeterminados, dá-se a legitimação extraordinária [...] A sentença faz coisa julgada entre a parte ativa, quer tenha demandado em seu próprio nome, diretamente ou representada, quer tenha sido substituída processualmente, quer tenha sido ou não agente do contraditório, e a parte passiva” (GONÇALVES, *A coisa julgada...*, 1995, p. 70-71).*

A todos que atuaram no processo, os legitimados (parte ativa por ficção legal), os titulares do direito material pleiteado em juízo (verdadeiras partes no processo), e àquele que detém a legitimação passiva, foram dirigidas as expressões *erga*

omnes e *ultrapartes* marcadas pela Lei, não podendo estes voltarem a discutir a matéria já decidida. Tendo sido, a utilização destas expressões, a forma que o legislador encontrou para, ainda que por ficção legal, modificar o conceito de parte na esfera das ações coletivas *lato sensu*, não promovendo nenhuma outra alteração no sentido de coisa julgada determinado pelo CPC/73.

Sobre tal artifício legal, critica GONÇALVES, afirmando que as expressões são: “*inúteis, além de darem a falsa impressão de que a sentença, na ação coletiva, faz coisa julgada entre os que não são destinatários do provimento*”. Explicando, entretanto, que a razão do legislador, ao usar este artifício, foi de resguardar a tutela dos direitos e interesses da coletividade, visto que não confiou totalmente na habilidade dos legitimados (titulares do contraditório) para assegurarem o resultado favorável do provimento (*A coisa julgada...*, 1995, p. 68-69).

b) Sendo julgada improcedente a ação coletiva *stricto sensu*, por insuficiência de provas, recai-se nas mesmas conseqüências já analisadas para tutela dos direitos e interesses difusos, já analisado.

c) E, por fim, se a ação for julgada improcedente por outro motivo, que não a insuficiência de provas, a sentença fará coisa julgada *ultrapartes*, tornando-se imutável o julgado, e valendo tal efeito para os legitimados; para o grupo, a categoria ou classe, e, o réu, esgotando-se a via coletiva, porém não a via da ação individual.

Assim, pode-se concluir que tanto na coisa julgada em razão da tutela de direitos ou interesses difusos, quanto de direitos ou interesses coletivos em sentido estrito, conforme ocorre também (nesta seara) na ação popular, a coisa julgada é dita *secundum eventum litis*, porque se opera apenas em face das circunstâncias da causa. Então, só a sentença que houver julgada a causa de maneira plenária (com base em todas as provas atinentes ao conflito), é que terá condição de operar coisa julgada material.

Neste caso, em que o legislador afirma que não há coisa julgada material quando insuficiente for a prova, “*há a ruptura com o princípio (que é uma ficção necessária) de que a plenitude do contraditório é bastante para fazer surgir cognição*

exauriente". Fica demonstrada a preocupação de o legislador, quanto à participação dos legitimados (art. 82 CDC/90) no processo coletivo, "*não ser capaz de fazer surgir cognição exauriente, e de que essa deficiente participação não pode prejudicar a comunidade ou coletividade*" (MARINONI e ARENHART, *Manual do...*, 2001, p.709).

Importante também marcar a idéia de 'nova prova', que não significa prova surgida após a conclusão do processo. Na verdade, esta já pode até ser conhecida e constar do processo, mas que por qualquer motivo (foi mal-utilizada ou houve falta de preparo, por exemplo), contanto que a esta seja dado o tratamento indispensável à sua renovação no processo.

No que se refere à coisa julgada nas ações para tutela direitos ou 'interesses individuais homogêneos' (eventualmente coletivos, e cujo dano se originou de causa comum), a situação é distinta dos dois casos anteriores, como acontece nas demais matérias já examinadas.

É de se observar que estes últimos interesses se caracterizam pela divisibilidade, estabelecendo o art. 91 do CDC/90, a que título os legitimados ativos, determinados pelo artigo 82, desta mesma lei, agem:

"Os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes" (ARAÚJO FILHO, *Comentários...*, 2002, p. 119).

Quis a lei fazer-se pensar que tais legitimados postulam, em juízo, em nome próprio, direito ou interesse alheio (vítimas e seus sucessores), qualificando-se, neste caso, tais legitimados ativos, como substitutos processuais. Entretanto, a tradicional matéria da legitimação extraordinária, da qual é espécie típica a substituição processual, não foi tratada em todos os seus contornos pelo CDC/90. Visto que, como se sabe,

"nas ações coletivizadas, os legitimados não pleiteiam em nome próprio o específico direito individual de cada um dos respectivos titulares; ao contrário, limitam-se a pedir o reconhecimento genérico da responsabilidade do réu pelos danos causados (art. 95), o que é muito diferente.[...] Essas peculiaridades, ... indicam a necessidade de uma nova

construção dogmática para a legitimação ad causam nas ações coletivas” (ARAÚJO FILHO, Comentários..., 2002, p. 120).

Mais uma vez, alerta o Mestre AROLDO PLÍNIO GONÇALVES, que este descompasso com a doutrina tradicional, “*se deve, também, à concepção de “parte”*” adotada, esta sim, ‘inovadoramente’, pelo CDC/90 (*A coisa julgada...*, 1995, p. 71). Por isso, o artigo 94 desta Lei dispõe que, proposta a ação coletiva, seja publicado edital, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes⁶⁵, não se ferindo, desta forma, os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Quanto aos efeitos da coisa julgada propriamente, duas possibilidades podem ocorrer em se tratando de interesses individuais homogêneos:

a) Nos termos do inciso III, dos artigos 81 e 103 (CDC/90), a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, no caso de procedência do pedido, visto que, alargado o conceito de parte pelo CDC/90, serão alcançados por esta: os legitimados, os titulares do direito pleiteado e o réu (destinatários do provimento), não podendo estes intentar outra vez a ação.

Por outro lado, caso se tratasse da figura de substituição processual, não haveria necessidade de se precisar os sujeitos atingidos pela coisa julgada, que se consistiriam entre os substituídos e o réu, marcando-se aqui, mais uma vez, que o CDC/90 não adotou coerentemente a figura da substituição processual (art. 91), e, além de ter considerado os legitimados ativos como ‘parte’, admitiu a legitimação concorrente entre estes (art. 82). Enquanto na sistemática tradicional da substituição processual, a presença do substituto só é possível com a exclusão do substituído como parte principal no processo. Aliás, como se disse, em capítulo anterior, para alguns doutrinadores, a substituição processual só existiria realmente, enquanto espécie de legitimação extraordinária exclusiva conferida ao substituto.

Como segunda possibilidade, tem-se a seguinte determinação.

b) Sendo julgada improcedente a ação, esta decisão não faz coisa julgada *erga omnes*, e sim, apenas interpartes, ou seja, atinge os que agiram em juízo, o

⁶⁵ Lembrando-se que para esta situação específica terá lugar o previsto no § 3º- do art. 103.

legitimado, os litisconsortes e o réu. Entretanto, “*as vítimas ou sucessores que não compareceram como litisconsortes não são alcançados pela força da coisa julgada e poderão propor ação de indenização a título individual*” (GONÇALVES, *A coisa julgada...*, 1995, p. 72). Houve, portanto, a exclusão dos autores de ações individuais, que não suspenderem estas (art. 104 do CDC/90) no prazo da lei.

E, mais uma vez, este entendimento foge à sistemática da substituição processual, pela qual se poderia supor que a sentença produziria seus efeitos em relação a todos os substituídos, quer tenham comparecido ou não como litisconsortes. “*Mas a limitação do item III, do art. 103, que previu a formação da coisa julgada erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, não autoriza essa conclusão*” (GONÇALVES, *A coisa julgada...*, 1995, p. 72).

Apesar de a interpretação da lei (CDC/90) nem sempre traduzir-se com coerência, principalmente em relação aos institutos jurídicos processuais já postos, o que é de se considerar louvável nesta, é o fato de que o legislador não permitiu que a utilização da via coletiva interferisse nas dimensões individuais do direito de exercício da ação, conforme observa GONÇALVES (*A coisa julgada...*, 1995, p. 73). Proporcionando, assim, um casamento harmônico entre estas duas principais e conhecidas⁶⁶ esferas da própria natureza humana (individual e coletiva) que, certamente, não terminará em divórcio, visto que a utilização de uma (via coletiva), não pode e nem deve excluir ou impossibilitar a solução de conflitos sociais (que inevitavelmente atinge a esfera individual), se recorrendo à outra (via individual).

⁶⁶ Das profundas e transcendentais análises divulgadas cotidianamente pelo culto espiritualista e Professor ARTHUR J. ALMEIDA DINIZ já se pode vislumbrar a possibilidade de se tratar o homem em outras dimensões além das conhecidas. Citando o Professor e Jurista JOHN RAWLS de Harvard (EUA): “Felicitamos o pelo esforço em enfrentar o desafio dos tempos modernos: conciliar liberdade individual e justiça social. [...] Devemos, sim, falar de uma cultura humana, planetária”.

7. PERSPECTIVAS ATUAIS DAS AÇÕES COLETIVAS NO DIREITO BRASILEIRO.

A concepção clássica é de que a formação da lide reflete uma controvérsia entre partes, individualmente consideradas, e foi esta que, durante muito tempo, norteou o instrumental do Direito, em geral, e especialmente, do Direito Processual Civil. Mas, a partir do momento em que as controvérsias começaram a extrapolar a esfera jurídica dos indivíduos, passou-se também a ser necessária a flexibilização dos instrumentos processuais para que pudessem ser aplicados de forma útil, segura e econômica, ao atendimento das demandas dos grupos lesados conjuntamente e por um mesmo ato de determinada pessoa, física ou jurídica, agindo, o lesado, individualmente ou em grupo.

Vêm-se se moldando, no Direito Processual, as idéias de interesse coletivo e difuso, as quais emergem do fenômeno da coletivização dos interesses. Entretanto, em vez de dar definição de direitos ou interesses coletivos e difusos, assim como dos individuais, é tarefa do direito processual dotar o instrumental do processo de mecanismos aptos à tutela desses novos institutos. Todavia, tal preocupação, inaugurada pelo Código de Defesa do Consumidor, vem fazendo a doutrina processual encarar este desafio.

As discussões iniciam-se a partir da idéia de se poder denominar tais 'interesses' (coletivos, difusos e individuais homogêneos) como 'direitos', equiparando-os. ARRUDA ALVIM e THEREZA ALVIM, bem como CANOTILHO¹, asseveram que tais expressões não se equivalem. No entanto, tal discussão passa a não ter mais sentido, a partir dos argumentos apresentados por KAZUO WATANABE, expostos por CASTRO MENDES, nos seguintes termos:

“os termos ‘interesses’ e ‘direitos’ foram utilizados como sinônimos, certo é que, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os ‘interesses’ assumem o mesmo status de ‘direito’, desaparecendo qualquer razão prática e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica

¹ Direito Constitucional, 1991, p.656-657.

entre eles.[...] A necessidade de estar o direito subjetivo sempre referido a um titular determinado ou ao menos determinável impediu por muito tempo que os 'interesses' pertinentes, a um tempo, a toda uma coletividade e a cada um dos membros dessa mesma coletividade, como por exemplo, 'os interesses' relacionados ao meio-ambiente, à saúde, à educação, à qualidade de vida, etc, pudessem ser havidos por juridicamente protegidos.[...].Com o tempo, a distinção doutrinária entre 'interesses simples' e 'interesse legítimo' permitiu um pequeno avanço, com a outorga de tutela jurídica a estes últimos". (Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, 2000, p. 718-719, apud. MENDES, Ações coletivas..., 2002, p.205-206).

Assim, como WATANABE, outros juristas não acham relevante tal discussão, por isso, não se deverá criticar aqui aqueles que utilizam o termo 'direito' por 'interesse', e vice-versa, aceitando-se como corretas ambas denominações, para o tratamento dos direitos ou interesses metaindividuais.

Está na Constituição da República de 1988, além de em outros diplomas legais recentes, a autorização para que determinados entes possam assumir a posição de sujeito ativo ou passivo, em nome próprio, na defesa de direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos (ação popular, mandado de segurança coletivo, ação civil coletiva, etc).

O que se deve observar nessas modalidades especiais de ação, do ponto de vista processual, é se elas atendem às condições para seu exercício válido. Nesse passo, volta-se às condições mínimas exigidas para tanto, marcada a primeira pela autorização legal (legitimação ativa dos entes intermediários), sobre a qual não pairam dúvidas; e a segunda, pela determinação do interesse em agir (assunto este ainda em construção).

"É sensível que a personificação do interesse, isto é, seu caráter direto e pessoal, que o torna afetado a um titular, vai-se esmaecendo, para dar lugar ao reconhecimento de um novo tipo de interesse processual, surgido a partir de dados objetivos, da realidade exterior" (MANCUSO, Interesses difusos, 1997, p. 130-131).

Vem prevalecendo, como forma de legitimação dos interesses, a relevância social desses, tornando o interesse a ser tutelado, legítimo, se assim configurado.

Destarte, considerar “*a existência dos interesses difusos, como um novum genus, cuja tutela se justifica do fato de tratar-se, em última análise, de interesses legítimos e socialmente relevantes*” (MANCUSO, *Interesses difusos*, 1997, p. 139), parece a melhor alternativa de interpretação a respeito destes, configurando-se, assim, como suporte à viabilização da sua proteção.

Assim, retomando-se o que foi analisado neste estudo, pode-se dizer hoje que a eficácia da proteção dos interesses metaindividuais, no Brasil, inaugurada com a Lei da ação popular, em 1965, resultou ameaçada até o advento da Lei da ação civil pública, em 1985, exatamente pela limitada esfera de atuação neste sentido, geralmente, tímida e insuficiente do cidadão, em benefício do interesse público.

Observa-se que a Ação Civil Pública, inicialmente, foi muito criticada, dirigindo-se tais críticas contra o recém-legitimado para a tutela nesta seara, o Ministério Público, quer pela sua falta de aparelhamento; quer pelo seu comprometimento maior com o próprio Poder Público, em detrimento do social, e, portanto, do coletivo; quer, ainda, por sua deficiência infra-estrutural.

Mas, ao longo do tempo, a experiência vem confirmando o êxito do passo dado em tal direção. A prova disto é que o legislador constituinte da Carta Política de 1988 acabou por ampliar o leque dos legitimados ativos para a tarefa de tutelar os direitos e interesses metaindividuais, fato que foi referendado, mais recentemente, em 1990, com o Código de Defesa do Consumidor.

A partir daí, não se parou mais o Direito, no sentido da evolução legislativa quanto à cobertura de tal matéria, que se deu tanto através da criação de novas leis, quanto da ampliação do conteúdo ou esfera de utilização das leis já existentes. Tal caminho vem sendo acompanhado de muito perto pela doutrina e demais instrumentos infraconstitucionais, objetivando-se dar suporte técnico e teórico à efetivação dos direitos e interesses metaindividuais

Como bem adverte MANCUSO,

“o conceito de que hoje se conhece por ação civil pública, no direito processual civil brasileiro, deve ser compreendido no

contexto mais amplo de uma notória linha evolutiva por que vêm passando os três pilares da ciência processual: a ação, [...] o processo, [...] e finalmente a jurisdição” (Ação civil pública trabalhista..., 1996, p.1180).

Assim, a ação vai se desprendendo do enfoque individualista, sem dele se descuidar, e alcançando relevante expressão na tutela dos direitos e interesses metaindividuais, nos vastos espaços que o universo coletivo abre.

O processo vai abandonando a visão tradicional de uma relação jurídica entre Estado e o jurisdicionado, passando a operar como instrumento idôneo a alcançar uma ordem jurídica mais justa e efetiva na tutela dos direitos e interesses da sociedade como célula universalizada.

E a jurisdição não mais contida no clássico trinômio: poder, órgão e função, volta-se à distribuição do serviço judiciário o mais próximo possível do jurisdicionado, estando sensível aos seus anseios e comprometida com a solução rápida e de qualidade aos conflitos a ela levados para apreciação. Seja por meio da atuação dos Juizados Especiais, seja pela solução, por atacado, de conflitos de massa.

Por tudo isto, pode-se afirmar, nas palavras de MANCUSO que: *“temos agora o Estado-juiz integrado no esforço comum que empolga os demais Poderes e a própria sociedade civil, no contexto de uma vera democracia participativa, instaurada na atual Constituição” (Ação civil pública trabalhista..., 1996, p.1180).*

Tem-se, atualmente, na ordem jurídica nacional, a proteção aos mais diversos e relevantes temas velados pela ação civil pública e pelas ações coletivas, entre os quais: a família; o consumidor ; os empregados em geral; o contribuinte; o meio ambiente; os idosos; os deficientes; a própria idoneidade da administração pública, entre outros, estão acobertados por meios judiciais de vigilância e defesa.

Destarte, pode-se conceituar Ação Civil Pública, nos moldes do contexto atual, como:

“meio processual de natureza não-penal, apto à instrumentação judicial dos interesses metaindividuais, socialmente relevantes, e, mesmo quando de natureza individual, desde que qualificados

pela nota da indivisibilidade ou homogeneizados pela origem comum, uns e outros portados em juízo pelos co-legitimados credenciados pelo legislador como sendo “representantes adequados”, atuando em caráter concorrente-disjuntivo” (MANCUSO, Ação civil pública trabalhista..., 1996, p.1180-1181).

O caráter concorrente e disjuntivo está presente em todas as ações de índole coletiva, podendo-se com isso afirmar que *“atualmente, inexiste, portanto, sistema de taxatividade para a defesa de interesses difusos e coletivos” (MAZZILLI, A defesa dos interesses..., 1995, p. 100, apud. MANCUSO, ob. cit., 1996, p. 1181).*

Não há dúvidas, também, que o trato processual coletivo de situações jurídicas individuais, numerosas e homogeneizadas pela origem comum, traz benefícios de diversas ordens, atingindo as mais variadas relações.

Genericamente falando, poder-se-ia de imediato assinalar: a economia processual em todas as suas feições (tempo, dinheiro, atos processuais, etc.); maior segurança jurídica gerada pela equidade das decisões em relação aos prejudicados (principalmente); prevenção da proliferação de inúmeras ações individuais, com o natural, porém, gradual, desafogamento da máquina judiciária (tão visível e prejudicial ao Judiciário nacional); e, sem dúvida, tem também cumprido função pedagógica, à medida que pode ser considerado instrumento de educação para a democracia participativa².

Já se comentou, anteriormente, que no ordenamento jurídico brasileiro não há carência de meios processuais para a tutela dos direitos e interesses metaindividuais, aliás, *“o Brasil pode orgulhar-se de ter uma das mais completas e avançadas legislações em matéria de proteção de interesses supraindividuais” (MOREIRA, A Ação civil pública e..., 2002, p. 345).*

Todavia, não se deve esperar que apenas leis e pleitos judiciais sejam capazes de encaminhar à solução de problemas tão complexos e relevantes como os contidos no campo dos direitos e interesses metaindividuais. Visto que, melhor que a solução reparatória dos danos ou prejuízos, porventura causados neste terreno, é a solução preventiva e inibitória no trato de tais matérias.

² BURLE FILHO, 2002, P.402-413, quanto à função pedagógica.

Para que assim ocorra, é necessário tanto uma ação administrativa, “*que precisa exercer-se espontânea e continuamente, sem aguardar provocações veiculadas através do Judiciário*” (MOREIRA, *A Ação civil pública e...*, 2002, p.345); como, também, uma ação ou comportamento dos membros da sociedade como comunidade una, consciente e, portanto, fortalecida.

Por outro lado, deve ser também motivo de preocupação e cuidado, o uso abusivo dos instrumentos processuais existentes, visto que, utilizados irresponsavelmente, com certeza, correr-se-á o risco de estes caírem no descrédito, o que, inevitavelmente, significaria um retrocesso da própria ordem jurídica como um todo. “*Os institutos legais tanto se desacreditam e inoixiam por inaplicação, como por aplicação desordenada e abusiva*” (OTHON SIDOU, *Do mandado de segurança*, 1969, p. 256, *apud*. BURLE FILHO, *A ação civil pública...*, 2002, p. 409).

É essencial, então, para aqueles que lidam com ações civis públicas e ações civis coletivas, principalmente, entre estes os legitimados ativos, bem como julgadores, que tenham presentes as lições da história dos diversos institutos jurídicos, entre os quais, a da própria ação popular que (não obstante, mantenha-se na ordem jurídica nacional e contenha seu significado histórico), parece encaminhar-se para o desuso.

Há de se cercarem as questões relacionadas à responsabilidade dos legitimados ativos, com destaque para o Ministério Público, que tem que se conscientizar de que, “*se é preciso coragem para ajuizar determinadas ações civis públicas, também o é para o arquivamento de inquérito civil, quando a falta de justa causa estiver presente*” (BURLE FILHO, *A ação civil pública...*, 2002, p. 410).

No que se refere à responsabilidade dos juízes, adverte-se que a estes cabe o dever de evitar o descrédito do instituto, ao mesmo tempo em que devem examinar tais ações com boa técnica, visto que têm o dever de probidade processual e ética-jurídica. O processo não pode ser manipulado para viabilizar o abuso de direito; assim, a imparcialidade com que os julgadores decidem não permite fazê-los pender, quando do julgamento de um direito ou interesse metaindividual, para um lado (o do mais fraco) ou para o outro (mais fortalecido), e sim, para o justo direito.

E, por fim, dirigindo-se tanto à conduta dos julgadores, quanto dos legitimados ativos na esfera coletiva, deve ser preocupação deles, evitar a busca apenas de popularidade das corporações a que pertencem, através da divulgação irresponsável sobre o teor das ações usadas e permitidas neste campo. Se assim agirem, tais atitudes concorrem, certamente, para o descrédito tanto dos institutos jurídicos, quanto da própria autoridade e seriedade das entidades que representam. Nos jornais³ já se pode vislumbrar até uma certa ‘rixa’ que vem se formando entre, principalmente, Ministério Público e o Poder Judiciário, como se tivessem estes que medirem forças, ao invés de usá-las, conjuntamente, em benefício da sociedade; ao menos é o que se espera de duas instituições com missões tão relevantes.

Fala-se também de certos óbices de caráter técnico-jurídico, e de algumas barreiras de ordem política (que, acredita-se, superáveis), entre os quais podem ser citados:

*“a) o temor do enfraquecimento do Estado, que ficaria à margem do processo pelo qual os interesses difusos ascenderiam, diretamente, de suas bases de origem até o judiciário, sem passagem intermediária pelo Legislativo ou pela Administração; b) esse “acesso direto” conflitaria com o sistema político-representativo, o qual prevê instituições coligadas de representantes do povo, com função de normatizar e estender aos anseios e aspirações populares considerados relevantes (Legislativo); [...] c) esse “acesso direto” implicaria, ainda, um “superdimensionamento” do Judiciário, levando para sua seara certas atribuições que lhe não seriam específicas, tais as que integram o processo de “escolha política” dos valores que deverão prevalecer na comunidade; [...] a essa “macrocefalia” do Judiciário, corresponderia uma conseqüente mitigação ou enfraquecimento dos outros Poderes, restando abalado o princípio da independência e harmonia entre eles” (MANCUSO, *Interesses...*, 1997, p.228).*

Responde MANCUSO a tais indagações, afirmando que elas não podem prevalecer, uma vez que o princípio da ubiqüidade da justiça não permite que qualquer controvérsia seja afastada da apreciação do judiciário, quando não dirimidas voluntariamente. É evidente por outro lado, que a atividade jurisdicional, neste espectro,

³ ESTADO DE MINAS, 19 nov. 2002: “Judiciário resiste em aceitar ação, cerca de 200 mil pessoas foram beneficiadas com decisões de ações civis públicas movidas pelo MPT. Apesar dos resultados, 2ª Turma do TRT afirma que falta legitimidade”.

ficará na dependência da rapidez e da eficácia com que atuem também os outros Poderes. E, por fim, “*a harmonia e independência entre os Poderes pressupõe que cada um deles se desincumba satisfatoriamente de seus misteres*” (MANCUSO, *Interesses...*, 1997, p.228).

Do ponto de vista prático, o grande entrave na efetivação desta tutela específica, considerando o que se pode observar no direito brasileiro, parece estar, apesar do esforço legislativo, na correta e segura definição do que sejam interesses: difuso; coletivo *stricto sensu* e individual homogêneo, precisando, neste campo, sem dúvida, maior investimento na abordagem deste tema pela doutrina.

Enfim, a evolução do Direito brasileiro em direção ao universo dos interesses metaindividuais deve persistir, visto que tem este a árdua tarefa de suprir às necessidades contemporâneas, dentro dos parâmetros constitucionalmente definidos.

8. CONCLUSÃO

Conforme se verificou, um dos marcos da evolução processual consistiu na polêmica travada entre dois civilistas tedescos, nos anos de 1856 e 1857, a respeito do conceito de ação instituído pelos romanos. Segundo a doutrina de WINDSCHEID, a *actio* romana identificava-se, mais ou menos, com a noção de direito subjetivo. Assim, o sistema jurídico romano se fixava nas *actiones*; dizia-se, então, que a ação precedia ao direito, podendo, o pretor, inclusive criar uma fórmula para o caso concreto, ainda que não houvesse lei a respeito.

Já o Direito Contemporâneo é representado pela figura processual denominada 'pretensão', isto é, a faculdade de impor a vontade mediante a via judiciária. Neste passo, passou à frente a preocupação com a proteção aos direitos e interesses, seguindo uma linha evolutiva, à medida que também evoluíram a complexidade das relações sociais. Buscou-se, então, a tutela, inicialmente aos direitos e interesses individuais, seguido dos sociais; e hoje tem-se a prevalência dos direitos e interesses coletivos *lato sensu* sobre os demais. Foram estas as três gerações de direitos tutelados pelo ordenamento jurídico, pelas quais se pode contar a história da própria evolução do constitucionalismo nacional.

A doutrina jurídica e legislação atuais vêm procurando se desvencilhar das limitações que afetariam, negativamente, a efetivação da sistemática jurídica contemporânea, caso se persista na adoção, sem qualquer readaptação, do modelo de procedimento privatístico tradicional, para soluções dos conflitos de massa, uma vez que seria, este, um exercício complexo, além de limitado. Então, a trilha deste caminho não mais pode interferir na efetivação dos novos direitos e interesses (de terceira geração) constitucionalmente reconhecidos como garantias fundamentais.

A ação constitui, modernamente, direito (no plano constitucional) ou poder e faculdade (no plano processual), cujo exercício tem em vista acionar a atividade jurisdicional do Estado em benefício do indivíduo enquanto cidadão, e da coletividade, enquanto universalidade de indivíduos, na defesa dos direitos e interesses destes.

À medida que o exercício do direito de ação é efetivado, é examinada a presença das condições e dos pressupostos processuais para se admitir tal atividade. Verificada a presença destes, além da existência de algum vício capaz de levar o processo à nulidade (e a possibilidade ou não da sanção deste vício, se encontrado), pode-se, então, dizer que o processo está pronto para se desenvolver válida e regularmente, isto é, forma-se a relação jurídica processual.

Entre aqueles que compõem a relação jurídica processual, estão a parte imparcial (juiz) e as partes parciais (autor e réu), daí a primeira preocupação em se compreender o sentido de 'parte' no processo.

O conceito tradicional de 'parte', formado na corrente civilista, refere-se aos sujeitos da relação jurídica material deduzida em juízo. Tendo-se por 'autor' aquele que pede o reconhecimento de seu direito, ou seja, credor (em sentido geral); e por réu aquele contra quem se pede esse reconhecimento, ou seja, o obrigado. Entretanto, tal conceito só se presta a acobertar relações jurídicas de natureza individual, visto que está preso ao Direito material. Começou aí a preocupação em se conceber autonomia ao Direito Processual, afastando-o da submissão ao direito substancial.

Passou-se, então, com a teoria de WACH, a se considerar o conceito de 'parte' como atinente ao direito processual. Chegando, com SCHÖNKE, a se compreender 'parte' num conceito moderno, como aquelas pessoas que pedem ou em face das quais se pede, em nome próprio, a tutela jurisdicional, mas, inicialmente, tal entendimento foi trabalhado apenas no horizonte limitado das relações jurídicas individuais.

Demonstrado, pela doutrina, que nem sempre o sujeito da relação jurídica material se confunde com a da relação processual, após firmada a autonomia do direito de exercício da ação (direito processual) em face do direito material, a concepção tradicional e limitada de 'parte' não pode ter mais lugar único na Teoria Geral do Direito. Entretanto, pode-se dizer que foi este o primeiro passo na direção da viabilização da criação do instituto da substituição processual, pelo qual se admite que aquele que participa do processo, nem sempre será o titular do direito discutido, podendo a lei conferir legitimação a outro, que não o titular ordinário da pretensão.

Nesta posição, prevista na tradicional processualística nacional, o substituto processual age em nome próprio, na defesa de direito alheio, na condição de parte principal (substituindo o titular do direito em litígio), nos moldes do artigo 6º do CPC/73.

Por outro lado, tais inovações conceituais não poderiam deixar de atingir o processo, que também teve seu conceito renovado pelo italiano FAZZALARI, que o compreende como um procedimento realizado em contraditório entre as partes, concepção esta que parece mais adequada aos preceitos processuais que vêm se remodelando na doutrina processual contemporânea.

Assim, nestes moldes contemporâneos, a interpretação aplicada à concepção de 'parte', como conceito formal, a qual deve prevalecer, se revela provisória e contingencial, referindo-se, mais especificamente, às funções que os participantes parciais exercem ou exerceram no processo, como meio de se verificar a sua real condição naquela situação jurídica litigiosa.

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, verificou-se um esforço legislativo, em direção à ampliação dos direitos fundamentais individuais, sociais e coletivos, como se requer aos Estados Democráticos de Direito. Instituiu-se proteção constitucional, também, aos direitos e interesses denominados difusos e individuais homogêneos, como nova geração de tutelas específicas.

Tal esforço parece ganhar espaço à medida que se faz refletir na elaboração de novas leis, como também nas reformas imprimidas naquelas leis anteriores a 1988, com a pretensão de se dar, cada vez mais efetividade à Carta Magna brasileira, paradigma para outros ordenamentos jurídicos, em relação à matéria das ações coletivas *lato sensu*.

Assim, nas ações coletivas *lato sensu*, havendo necessidade de se dar *status* processual de 'parte' aos entes intermediários, houve modificação do que se deve entender por 'parte' no processo coletivo.

Para estas ações, a concepção de 'parte', deve referir-se àquele que foi legitimado a intentar a ação. Portanto, hoje se pode pensar que outros legitimados, que

não apenas aquele que ocupa a posição de 'substituto processual', terão a possibilidade de agir ativamente, também como 'partes', por serem portadores da legitimação *ad causam*, conferida a eles por vontade da lei. Parecendo ser esta (determinação legal) a maior semelhança entre o legitimado como substituto processual e os legitimados como entes intermediários para proporem ações de índole coletiva.

Os entes intermediários estão taxativamente enumerados no artigo 82 do CDC/90, e, sobre estes, pode-se dizer que são considerados 'partes' institucionais. Diante destas circunstâncias, preocupou-se a doutrina em formular também um novo conceito de 'parte', como aquele que está, ativamente, legitimado a intentar ação na defesa dos direitos e interesses coletivos *lato sensu*. Vem, então, a discussão doutrinária em torno da natureza jurídica da titularidade de tais entes, quando atuam na tutela de cada um dos direitos e interesses metaindividuais, ou seja, coletivos, difusos e individuais homogêneos.

À semelhança do que ocorre na substituição processual, em que a natureza da legitimação do substituto é extraordinária (vista que apenas possível mediante previsão legal), entende parte da doutrina, em princípio, que esta também deve ser a natureza jurídica da legitimação no caso dos entes intermediários (legitimados por lei à tutela coletiva), especialmente quanto aos denominados interesses individuais homogêneos. Agindo estes em nome próprio, na defesa de direito alheio, por isso o caráter excepcional da legitimação a eles conferida.

Outro grupo afirma ser a legitimação de natureza ordinária, visto que os entes intermediários agem em nome próprio, por interesse igualmente próprio, e na posição de parte na relação processual.

Não há dúvidas, porém, de que, num caso ou noutro, estará a determinação da legitimação dos entes intermediários, sempre refletida por uma opção do legislador e, como tal, sujeita às influências dos vetores sociais e culturais de um dado momento histórico, político e econômico. Assim, consideraram-se como entes adequados e capazes de 'representarem' a coletividade na tutela de seus direitos e interesses coletivamente discutidos: o Ministério Público; as pessoas jurídicas de direito público; as entidades e órgãos públicos; e as associações civis.

Levando-se em conta que para se desenvolver, válida e regularmente, uma relação jurídica, tanto de natureza coletiva, quanto individual, é preciso estarem presentes as 'condições para o exercício do direito de ação': legitimação e interesse de agir. E que, como tais entes intermediários são legitimados por lei, é válida e regular esta legitimação; não pode ser questionada.

Apenas se pode dizer que a natureza jurídica de tal legitimação, em sede de direitos e interesses coletivos *lato sensu*, merece um tratamento específico, que pode variar conforme as características institucionais do ente legitimado, por um lado, e o tipo de interesse efetivamente protegido, por outro. Não havendo controvérsia, no entanto, em se admitir que se trata de 'legitimação coletiva institucional', inegavelmente, concorrente e disjuntiva, resposta encontrada na interpretação do Código de Defesa do Consumidor de 1990, conjugado com a sistemática da Constituição da República de 1988, em sintonia com todo sistema integrado de leis já existentes para a tutela dos direitos e interesses metaindividuais. Destacando-se também a importância da Ação Civil Pública nesta esfera de direitos.

Por outro lado, interpretando-se o art. 6º do CPC/73 nacional, fica difícil acomodá-lo à tutela dos interesses metaindividuais, não sendo possível, enfim, sua adoção, irrestritamente, em qualquer das três espécies destes. Uma vez que há, também, uma tendência em não diferenciá-los entre si, quanto à categoria de interesses que protegem, apesar de se poder diferenciá-los, cada qual por suas peculiaridades próprias, todos se dirigem à tutela dos interesses metaindividuais, enquanto difuso, coletivo ou individual homogêneo.

E, fugindo-se a uma tentativa, fadada à frustração, de combinação ou adaptação entre a espécie de legitimação esculpida no instituto da substituição processual, como tipicamente extraordinária, e a legitimação conferida aos entes intermediários, parece mais adequada a instituição ou criação de uma legitimação própria e específica a estes últimos.

Concluindo-se, então, que quanto a esta legitimação dos entes intermediários, poder-se-ia entender de natureza triádica (aproveitando o termo apresentado por SEVERO NETO, que, no entanto, confere a tais entes legitimação

extraordinária), que resultaria da combinação entre alguns institutos distintos (legitimação ordinária, substituição processual e representação) porém de forma conjugada.

Assim, pode-se admitir que a legitimação dos entes intermediários tanto advém da legitimação ordinária (estabelecida pela exegese sistemática e teleológica do art. 5º da Lei de Ação Civil Pública, que dispõe que tais entes recebem o poder de agir da própria justiça, e não do titular 'ordinário', neste caso, a coletividade), quanto da legitimação extraordinária na espécie típica da substituição processual, na qual tal legitimação é conferida aos legitimados por determinação legal, em casos excepcionais, estando estes sempre na condição de 'parte'.

Lembrando-se de que não se pode negar que os entes intermediários se apresentem, também, como 'interessados' na solução do litígio coletivo, em razão da função institucional conferida a cada um deles.

Sem se esquecer, enfim, de que a tais entes também se pode atribuir a qualidade de 'representantes' (adequadamente escolhidos), na defesa dos direitos e interesses do titular, ou seja, a coletividade. Não cabendo, por este motivo, a negociação, transação ou disposição acordada pelos entes, sem a presença dos verdadeiros titulares dos interesses protegidos por aqueles.

Destarte, no que se refere aos direitos ou interesses metaindividuais, e, quanto aos legitimados ativos escolhidos, politicamente, para a tarefa da tutelá-los, está-se diante de 'autor ideológico', assim compreendido por uma ficção legal, ao qual foi conferida legitimação coletiva institucional, de forma concorrente e disjuntiva, como afirmado acima. A definição da titularidade para defesa dos interesses metaindividuais teve como base os seguintes elementos: relevância social dos interesses, urgência da tutela, aptidão, idoneidade e adequação de quem se apresente como seu portador ou representante.

Firmando-se, dentro desta proposta, observa-se que os efeitos da coisa julgada, que atingirá tanto os entes legitimados ativos, como os representados, à medida que a sentença proferida na esfera coletiva trazer benefícios a estes últimos (desde de

que não tenha havido ação individualmente proposta no mesmo sentido, e não suspensa no prazo legal).

Não se impedindo, por outro lado, caso haja a improcedência da ação coletivamente proposta, por insuficiência de provas, que seja outra ação, com o mesmo fundamento, proposta por igualmente outro, entre os entes legitimados concorrentes, se nova prova estes apresentarem. Nem, tampouco, ficará inviabilizada a via individual, que permanecerá sempre aberta.

Quanto à verificação da condição do interesse em agir, vale lembrar que, conforme se demonstrou, interesse e direito situam-se em planos diferentes; o primeiro ocupa o plano fático (se desenvolve e integra livremente); enquanto o segundo, o plano ético-normativo (surge dos valores escolhidos pela autoridade, com vistas, porém, à regulação das relações sociais), fato este que acontece nos ordenamentos jurídicos democráticos.

Da discussão deste tema, surgem expressões tais como: interesse social, interesse geral, interesse público e interesse coletivo, como formas de se explicar a natureza do interesse que deve respaldar a escolha dos entes intermediários, com a tarefa de tutelar os direitos e interesses de terceira geração. Mas, em todas estas formas de representação, pode-se observar que haverá sempre a prevalência da individualidade do interesse, configurando-se a atuação dos entes intermediários, isto sim, numa expressão 'do exercício coletivo de interesses individuais'. Desta forma, estas espécies de interesses se integram para formar o gênero de '*interesses pluri ou metaindividuais*', para os quais a lei viabilizou a atuação dos entes intermediários.

Aos interesses individuais e coletivos, presentes na contingência das relações sociais, não se pode dar um caráter absoluto, havendo, conforme as circunstâncias, a prevalência maior de um sobre o outro.

Quanto ao interesse processual, propriamente dito (nos termos tradicionais), este há de se verificar, na medida da necessidade, urgência e relevância social da atuação dos entes intermediários, para a solução mais eficaz e rápida dos litígios de

natureza metaindividuais; para os quais, como já foi dito, não se fecharam as vias individuais.

Constata-se que o Direito processual civil brasileiro, conjugado com os demais diplomas legais extravagantes, bem como com a atual Constituição da República, se interpretados e aplicados de forma integrada e com as devidas relações e medidas exigidas pela tutela dos interesses metaindividuais, pode e tem oferecido elementos para o tratamento adequado destes direitos de terceira geração. Devendo-se marcar, dentro deste 'sistema integrado' para a tutela de tais direitos ou interesses, principalmente, a ação popular, a ação civil pública e as ações coletivas do código de defesa do consumidor.

Com ênfase ao importante papel que vem sendo desempenhado neste campo de atuação pelo Ministério Público, seja por sua obrigatória presença no processo como fiscal da lei, seja como parte, ou mesmo através de sua legitimação subsidiária, em caso de desistência ou abandono da causa, bem como pela faculdade de instauração de inquérito civil, com possibilidade de decidir, inclusive, sobre seu arquivamento, quando desnecessário ser levado adiante. Marcando-se igualmente o empenho, por parte do Judiciário, que com cautela vem proferindo suas decisões cada vez mais acertadas, demonstrando que, como o Ministério Público, também reconhece o papel que lhe cabe dentro deste contexto, como intérprete dos textos legais, bem como aplicador destes na análise dos fatos em sede de tutela aos interesses metaindividuais.

Por derradeiro, há que se ressaltar que, apesar do Código Processual Civil Brasileiro, de 1973, estar sendo utilizado como instrumento viabilizador da efetivação das ações coletivas, recorrendo-se sempre subsidiariamente às suas normas, e por vezes buscando-se adaptações interpretativas de seus dispositivos em relação aos novos direitos e interesses metaindividuais. Talvez, tivesse chegado o momento de se pensar em incorporar-se ao texto principal deste Código, as conquistas já realizadas nesta última década, em torno da tutela processual dos direitos e interesses metaindividuais. Parecendo esta forma o caminho que levará ao maior avanço do direito em direção a este campo de tanta relevância social, dirimindo-se as dúvidas e incertezas que ainda dividem a doutrina em suas considerações, fato que, sem dúvida, vem afetando a segurança jurídica das decisões proferidas neste campo. Além do quê, a adaptação do

Código representaria atitude, que certamente iria marcar, ainda mais, a posição de superioridade da legislação brasileira dentro desta matéria.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFIAS

ACKEL FILHO, Diomar. *Writs constitucionais (habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data)*. São Paulo: Saraiva, 1988.

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, v. I.

ALVIM, Thereza Celina Diniz de Arruda. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, 1996, v. 34.

ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, 1997, v. 16.

ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *A tutela dos interesses difusos em direito administrativo: para uma legitimação procedimental*. Coimbra: Almedina, 1989.

ARA, Carmen Samanes. *Las partes en el proceso civil*. Colección Ley de enjuiciamiento civil 2000. Madrid: La Ley, 2000.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Comentários ao Código de defesa do consumidor: direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2002.

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

ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. I.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo et GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARBERO, Domenico. *La legittimazione ad agire in confessoria e negatoria servitutis*. Milano: Dott, A. Giuffrè, 1950.

BARBI, Celso Agrícola. Ação, partes, despesas judiciais, intervenção de terceiros e do Ministério Público no novo código de processo civil. *Revista Forense*. Rio de Janeiro (Guanabara), v. 247, 854-855, p.20-26, jul./ago./set. 1974.

- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: forense, 1998, v. I.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 16. ed., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 1994.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Sistema de direito processual: civil, tributário e trabalhista*. São Paulo: Ltr., 1998.
- BRASIL. Código Civil (1916). Lei n. 3.071, de 1^o-/01/1916; e adendo especial com a Lei n. 10.406, de 10/01/2002. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BRASIL. Código de Processo Civil (1973). Lei n. 5.869, de 11/01/1973. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BRASIL. Constituição (1969). Emenda constitucional n. 1, de 17/10/1969. Belo Horizonte: Legislação Mineira, s/d.
- BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional n. 35, de 20/12/2001. 29. ed., São Paulo: Saraiva, 2002.
- BURLE FILHO, José Emmanuel. Ação civil pública, instrumento de educação democrática. In: MILARÉ (coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.402-413.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998, v. I.
- CAMPOS JÚNIOR, Ephraim de. *Substituição processual*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985.
- CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo nas sociedades contemporâneas. Trad. José Carlos Barbosa Moreira. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 318, p.119-128, abr./mai./jun. 1992.
- CARNEIRO, Athos de Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Trad. Adrián Sotero De Witt Batista, São Paulo: Classic Book, 2000, v. I.
- _____. *Sistema de direito processual civil: Composição do processo*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira, São Paulo: Classic Book, 2000, v. II.
- _____. *Sistema de direito processual civil: Introdução e função do processo civil; Apêndice: Código de Procedimento Civil Italiano de 1940*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira, São Paulo: Classic Book, 2000, v. I.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Trad. Jose Casais Y Santaló, Madri: REUS, 2000, t. I.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2000, vls. I e II.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 438, ano 61, p. 23-35, abr./1972.

CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini et DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CONGRESSO INTERNACIONAL DE RESPONSABILIDADE CIVIL: consumidor, meio ambiente e danosidade coletiva, 1995, Blumenau. *O Ministério Público de São Paulo e a defesa coletiva dos interesses do consumidor: uma década de experiência*. Blumenau: Documentos Básicos (Selected Paper), 1995. v. 1, p. 271-277.

COSTA, Lopes da. *Manual elementar de direito processual civil*. 3. ed. Atual. por TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Rio de Janeiro: Forense. 1982.

COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil*. 3. ed. Trad. de Mozart Victor Russomano. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Os "writs" na constituição de 1988: mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data, habeas corpus, ação popular*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

CRETELLA NETO, José. *Dicionário De Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Jurisdição, ação (defesa) e processo*. São Paulo: Dialética, 1997.

DIAS, Francisco Barros. Substituição processual: Algumas hipóteses da nova Constituição. *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, Uberlândia: Universidade Federal de Uberlândia, v. 18, n. 1 e 2, p.179-194, 1989.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DINIZ, Arthur José Almeida. didática da dor. *Estado de Minas*, Belo Horizonte, 31 dez. 2002, Caderno opinião, p. 7.

DOWER, Néelson Godoy Bassil. *Curso básico de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Nelpa Edições, p.107-198, 1996, v. I.

DUARTE NETO, Bento Herculano. Substituição processual trabalhista. In: *Temas modernos de processo e direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1994. p.62-120.

FAZZALARI, Elio. *Istituzione di diritto processuale*. 7. ed. Pádova: CEDAM, 1994.

FERRARA, Francesco. *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis: interpretação e aplicação das leis*. 3, ed. Trad. por Manuel A. Domingues de Andrade, Coimbra: Arménio Amado – Editor, Sucessor, 1978.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FERREIRA, Valle. Subsídios para o estudo das nulidades. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, Ano XIV, n. 3 (Nova fase) – p. 29 a 38, out./ 1963.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. Ação civil pública – gizamento constitucional. In: MILARÉ, Édis (coord). *A ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, capítulo 1, 2002, p. 525-544.

FILOMENO, José Geraldo de Brito. Da política nacional de relações de consumo. In: *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p.52-115, 2001.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha et NERY, Rosa Maria Andrade. *Direito processual ambiental brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FRANÇA, Júnia Lessa. *Manual para normalização de publicações técnico-científicas*. Colab. Ana Cristina Vasconcellos, Maria Helena de Andrade Magalhães, Stella Maris Borges. 5. ed. rev., Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2001.

FURTADO, Emmanuel Teófilo. Direitos humanos de primeira, segunda e terceira gerações e o enquadramento da ação civil pública trabalhista. *Revista LTr*. São Paulo, n. 59, p. 498-503, abr./ 1995.

GIDI, Antônio. Legitimidade para agir em ações coletivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 12, p.52-66, out./dez. de 1994.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. A ação civil pública na justiça do trabalho. São Paulo: *Revista LTr*, São Paulo, n. 58, p.1225-1229, out./ 1994.

_____. A coisa julgada no Código de Defesa do consumidor e o conceito de parte. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 331, p. 65-73, jul./ago./set. 1995.

_____. *Da denúncia da lide*. 3. ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998.

_____. *Nulidades no processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

_____. *Poder Judiciário*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *O Judiciário e a Constituição*. São Paulo: Saraiva, cap. 2, 1994, p. 23-3.

_____. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 12 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1996, v. I.

GRINOVER, Ada Pelegrine. A ação civil pública e a defesa dos interesses individuais homogêneos. *Direito do Consumidor*. n. 5, jan./mar. 1993.

_____. Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. In: MILARÉ, Édis (coord). *A ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, capítulo 1, 2002, p. 19-39.

GRINOVER, Ada Pelegrini et BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. Introdução. In: *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p.1-13.

JAPIASSÚ, Hilton et MARCONDES, Danilo. *Dicionário básico de filosofia*. 3. ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1996.

LACERDA, Galeno. Eficácia da prestação jurisdicional no atendimento às demandas sociais. In: *Uma vida dedicada ao direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, cap. 13, p.229-240.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Ação civil pública e ação civil coletiva: compossibilidade na Justiça do Trabalho. In. Seminário: *10 anos da ação civil pública na justiça do trabalho*, Auditório do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, 22 de nov./2002.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1989.

MACHADO FILHO, Sebastião. Da substituição processual. *Revista LTr*, São Paulo, 1993, v.57, p. 1306-1311.

MACIEL, José Alberto Couto. Substituição genérica pelo sindicato. *Jurisprudência Brasileira Trabalhista*. Curitiba: Juruá, 1992, v. 35, p. 25-26,.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. Direito e interesse. *Texto divulgado pelo autor na Pós-Graduação do Curso de Direito da PUC/MG*. 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ (coord). *Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.753-798.

_____. A ação civil pública trabalhista: análise de alguns pontos controvertidos. *Revista LTr*. São Paulo, v. 60, 1996, p. 1180-1196.

_____. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 4. e. revi. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Uma análise comparativa entre os objetos e as legitimações ativas das ações vocacionadas à tutela dos interesses metaindividuais: mandado de segurança coletivo, ação civil pública, ações do código de defesa do consumidor e ação popular. *Revista Justitia*, São Paulo, v. 160, 1992, p. 181-203.

- MARINONI, Luiz Guilherme et ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Millennium, 1999, v. I e v. II.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra. Ação civil pública e ação civil coletiva. *Revista LTr*. São Paulo, v.59, p. 1449- 1451, nov./1995.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O Ministério Público do Trabalho. In: *Revista LTr*, São Paulo, n. 56, p.1297-1301, nov./1992.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. A ação civil pública. In: *Livro de estudos jurídicos*. Coord. TUBENCHALK, James e BUSTAMANTE, Ricardo. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1992, v.4, p.95-106.
- _____. A ação civil pública no estatuto da criança e do adolescente. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, ano 79, v. 659, p. 36-39, set./ 1990.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 18. ed. 2. tir., São Paulo: Malheiros, 1993.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, (Coleção Temas atuais de direito processual civil, v. 4), 2002.
- MILARÉ, Édís. A ação civil pública por dano ao ambiente. In: MILARÉ, Édís (coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.140-261.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. I.
- MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Os direitos difusos nas grandes concentrações demográficas. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 70, p.143-153, abr./jun. de 1993.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação civil pública e a língua portuguesa. In: MILARÉ, Édís (coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.345-349.
- _____. A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 276, p.1-8, out./nov./dez. 1981.
- _____. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 404, p.9-18, jun. 1969.
- NERY JÚNIOR, Nelson et NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NERY JÚNIOR, Nelson. Disposições Finais. In: *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. p. 915-962.

OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. *Curso de direito processual civil- Teoria geral do processo civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais Ltda., 1973, p. 11- 277.

_____. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos e difusos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 33, p.7-25, jan./mar. de 1984.

PANDELOT, José Nilton Ferreira. Enunciado n. 310 do TST. In: VIANA, Márcio Túlio et RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coords). *O que há de novo em processo do trabalho (homenagem a Wilson Carneiro Vidigal)*. São Paulo: LTr, 1997, p. 203-223.

PASQUALOTTO, Adalberto. Revendo a intervenção do Ministério Público no processo civil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 12, p.37-43, out./nov. 1994.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Em torno das condições da ação – A possibilidade jurídica do pedido, *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo: Saraiva, v.4, p. 55-65, jun./dez.1961.

_____. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data: Constituição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

_____. Substituição processual e interesses difusos, coletivos e homogêneos: vale a pena “pensar” de novo? *Seleções Jurídicas*, Rio de Janeiro: Advocacia dinâmica, n. 3, p. 25-31, mar./1993.

PRADE, Péricles. *Conceito de interesses difusos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. *Juizados especiais cíveis: comentários à lei n. 9.099. de 26-9-1995*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. 2.ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, v.1.

ROMITA, Arion Sayão. Ação civil pública trabalhista, legitimação do Ministério Público do Trabalho para agir. *Revista LTr*. São Paulo, v. 56, p.1165-1169, out./1992.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. *Teoria geral do direito processual civil: lide e sua resolução*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 1993, v.1.

- SELENE, Ana Carolina. Judiciário resiste em aceitar ações. *Estado de Minas*, Belo Horizonte, 19 nov. 2002, Justiça, p. 25.
- SEVERO NETO, Manoel. *Substituição processual*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- SILVA, Ovídio A Baptista da et GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. 3. ed. rev. e atua. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SILVA, Paula Costa e. *A transmissão da coisa ou direito em litígio*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.
- SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. *A defesa no processo civil: exceções substanciais no processo de conhecimento*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 59-118.
- SOARES, Fernando Luso. *Tópicos e sumários de processo civil – parte geral*. Lisboa: Almedina, 1991, v. I.
- SOUZA, Motauri Ciocchetti de. *Ação civil pública e inquérito civil*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- SOUZA, Norberto Silveira de. Substituição processual, garantia constitucional. *Jurisprudência Brasileira Trabalhista*. Curitiba: Juruá, v. 35, 1992, p. 53-55.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. A tutela dos interesses coletivos (difusos) no direito brasileiro. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 318, p.43-53, abr./mai./jun. de 1992.
- _____. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. I.
- TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, v. I.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e internacionais básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. “Class action” e o mandado de segurança coletivo: diversificações conceptuais. São Paulo: Saraiva, 1990.
- TUCCI, Rogério Lauria et CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- VASCONCELOS, Regina Maria de Oliveira. A substituição processual no processo do trabalho à luz das normas processuais do código de defesa do consumidor. *Revista LTr*. São Paulo, v.57, 1993, p. 54-55.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. *Da ação civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Ação civil pública ou ação coletiva? In: MILARÉ (coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 441-457.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Direito e processo do trabalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Renato correia de et TALAMINI, Eduardo. Coord. Luiz Rodrigues Wambier. *Curso avançado de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. v. I.

WATANABE, Kazuo. Disposições gerais. In: *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p.722-784.

_____. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. *Revista de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. São Paulo: Lex Editora S.A, v. 88, mai./jun. 1984, p.15-21.