

COLEÇÃO
MANUAIS **Dizer
o Direito**

Coord.: MÁRCIO CAVALCANTE

Jaylton Lopes Jr.

MANUAL DE
**PROCESSO
CIVIL**

3ª Edição

Revista, atualizada e ampliada

2023

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Dizer  Direito
www.dizerodireito.com.br

CAPÍTULO VI

PROCESSO

1. INTRODUÇÃO

Conforme estudado no capítulo I, deve-se a Oskar Bülow o desenvolvimento científico do processo e, por conseguinte, o seu rompimento com o direito material. O processo, nesse sentido, faz nascer uma relação jurídica autônoma e que não se confunde com a relação jurídica de direito material. Sendo o processo o instrumento de criação de uma norma jurídica individualizada e, por conseguinte, de realização do direito material, é preciso, para que se atinja tal desiderato, que sejam observados certos pressupostos de existência e validade.

O processo se exterioriza por meio do procedimento, ou seja, pelo conjunto de atos encadeados que levam à criação da norma jurídica individualizada (decisão de mérito). E essa sequência de atos processuais que se sucedem no tempo pode se desenvolver em fases distintas dentro do mesmo processo. É por isso que hodiernamente não se mostra correto estabelecer uma classificação das ações a partir da tutela jurisdicional buscada (de conhecimento, cautelares ou executivas). O processo é um todo unitário, dividido em fases (fase de conhecimento e fase de execução/cumprimento). Fala-se, assim, em *sincretismo processual*, ou seja, a possibilidade de se combinar, em um mesmo processo, tutelas jurisdicionais diversas.

Em regra, após a certificação do direito (fase de conhecimento), não é preciso ajuizar uma ação autônoma para a sua efetivação, bastando se instaurar, nos mesmos autos (leia-se: no mesmo processo), uma nova fase: a de cumprimento de sentença. Não obstante, tendo em vista critérios de competência e a necessidade de uma melhor funcionalidade dos órgãos do Poder Judiciário, há casos em que a propositura da ação autônoma de cumprimento será necessária. É o que ocorre, por exemplo, no cumprimento da sentença penal que fixa o valor mínimo a título de reparação civil de danos (art. 387, IV, do CPP), que deve ser processado no juízo cível. Da mesma forma ocorre com o cumprimento das sentenças arbitrais (art. 31 da Lei nº 9.307/1996 e art. 515, VII, do CPC).

2. PROCESSO E TUTELA DO DIREITO

2.1. Tipologia das tutelas jurídicas

Viu-se que o processo deve ser compreendido como o instrumento de realização do direito material, estabelecendo com este uma relação circular, pois ao mesmo tempo em que o serve, por ele também é servido. Nesse contexto, processo é o caminho que leva à tutela do direito. E tal caminho deve ser organizado para permitir as mais diversas formas de tutelas jurídicas, as quais podem ser assim sistematizadas:

2.1.1. Tutela definitiva

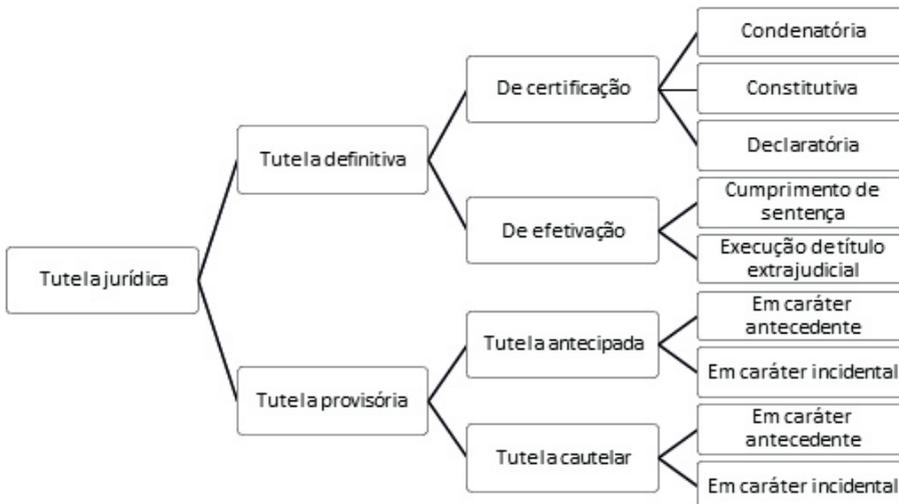
É aquela obtida com base em uma cognição exauriente. O processo se desenvolve de forma ampla e profunda, a fim de que o juiz, a partir de um juízo de certeza jurídica, certifique, ao final, a existência de um direito cuja decisão terá aptidão para tornar-se imutável, ou realize um direito previamente reconhecido. Nesse sentido, a tutela jurídica definitiva pode ser:

- **De certificação:** presta-se a certificar e efetivar um direito a uma prestação (ação condenatória); a certificar e efetivar um direito postestativo (ação constitutiva); ou a certificar a existência, inexistência ou modo de ser de uma relação ou situação jurídica, ou a autenticidade ou falsidade de um documento (ação meramente declaratória);
- **De efetivação:** presta-se a efetivar um direito previamente reconhecido em um título judicial ou extrajudicial (cumprimento de sentença e execução).

2.1.2. Tutela provisória

É aquela obtida com base em uma cognição sumária e em um juízo de probabilidade. Pode ter natureza satisfativa (tutela antecipada) ou assecuratória (tutela cautelar), e, em ambos os casos, pode ser requerida em caráter antecedente ou incidental.

2.2. Fluxograma



3. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

3.1. Conceito de pressupostos processuais

De início, é preciso rememorar que o direito material e o direito processual se encontram em dois grandes planos inconfundíveis. Para que o direito material possa ser reconhecido pelo órgão jurisdicional, é preciso que o processo se desenvolva validamente. A observância das normas de direito processual é uma condição para a aplicação do direito material.¹

Os pressupostos processuais podem ser conceituados como o conjunto de elementos, objetivos e subjetivos, que dão vida ao processo, conferem-lhe validade e admitem que o órgão jurisdicional examine o mérito. São, portanto, condições e premissas para a obtenção de um pronunciamento de mérito, favorável ou desfavorável.²

3.2. Pressupostos processuais e condições da ação

Conforme analisado, a *teoria eclética* concebe o direito de ação como um direito público, subjetivo, autônomo e abstrato, cujo exercício, porém, está condicionado à demonstração da legitimidade *ad causam* e do interesse de agir.

No CPC/73, a legitimidade *ad causam* e o interesse de agir eram considerados, de forma expressa, como condições da ação.³ Àquela época, distinguiam-se as condições da ação (condições para o exercício do direito de ação) dos pressupostos processuais (requisitos necessários para o exame do mérito). O CPC/15, por sua vez, não utiliza a expressão condições da ação, muito embora estabeleça, em seu art. 17, que “para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade”. Nesse sentido, indaga-se: qual a natureza jurídica da legitimidade *ad causam* e do interesse de agir à luz do CPC/15 e de que forma eles se relacionam com o direito de ação?

Debruçando-se sobre o art. 17 do CPC/15, é possível notar que o legislador, ao utilizar o verbo postular (“para postular em juízo..”), referiu-se ao ato de demandar em juízo uma pretensão. Postular é pedir, rogar, suplicar. E “postular em juízo” significa pedir uma tutela jurídica por meio de um processo. Logo, legitimidade e interesse de agir são institutos que estão ligados ao processo e não ao exercício do direito de ação.

O direito de ação decorre do direito de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF). É, portanto, anterior ao próprio ato de “postular em juízo” (art. 17 do CPC). Trata-se de um direito relacionado a uma liberdade pública.⁴ Legitimidade e interesse não

1. Cf. CALAMANDREI, Piero. *Instituições de direito processual civil*, v. I, *Op. cit.*, p. 289.

2. Cf. CHIOVENDA, Chiovenda. Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. I, *Op. cit.*, p. 90.

3. Disponha o art. 267, VI, do CPC/73 que “extingue-se o processo, sem resolução do mérito: VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual”.

4. Cf. CADIET, Loïc; NORMAND, Jacques; MEKLI, Soraya Amrani. *Théorie générale du procès*. *Op. cit.*, p. 308.

são condições para o exercício do direito de ação, mas condições para o exame do mérito.⁵ Ora, da mesma forma que se exige legitimidade e interesse para se postular em juízo, também se exige que a postulação seja formulada perante um órgão investido de jurisdição, imparcial e competente. Exige-se, ainda, que o requerente tenha capacidade de ser parte, capacidade de estar em juízo, que não haja perempção, litispendência, coisa julgada e convenção de arbitragem.

A prestação da tutela jurisdicional exige do julgador a realização de dois juízos: um de admissibilidade e outro de mérito. Há, entre esses dois juízos, uma aparente relação de prejudicialidade, tendo em vista que o juízo de mérito depende, em tese, de um prévio juízo positivo de admissibilidade. Isso significa dizer que o juízo de admissibilidade da demanda recai sobre os pressupostos processuais indispensáveis para o exame do mérito. A legitimidade e o interesse de agir integram, portanto, essa categoria (pressupostos processuais) e não categoria autônoma (condições da ação), como fez o CPC/73.

É preciso lembrar, contudo, que o próprio Superior Tribunal de Justiça, ainda hoje, tem se valido da expressão condições da ação para se referir à legitimidade e ao interesse de agir.

3.3. Classificação dos pressupostos processuais

Os pressupostos processuais podem ser classificados em: a) pressupostos processuais de existência; b) pressupostos processuais de validade.

3.3.1. Pressupostos processuais de existência

São os elementos, objetivos e subjetivos, que formam a relação jurídica processual. Vejamos:

3.3.1.1. Pressupostos processuais de existência subjetivos

São pressupostos de existência subjetivos: a) capacidade de ser parte; b) órgão investido de jurisdição.

3.3.1.1.1. Capacidade de ser parte

Trata-se da aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações na ordem jurídica. Decorre do art. 1º do CC, segundo o qual “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. A qualidade de pessoa – pouco importando a sua capacidade para o exercício dos atos da vida civil (capacidade de fato) – é suficiente para que lhe seja conferida a capacidade de ser parte. É justamente por isso que o autor da ação de alimentos deve ser o próprio alimentando, ainda que seja absolutamente incapaz para o exercício dos atos da vida civil (ex.: menor de dezesseis anos).

Não obstante, o ordenamento jurídico também confere capacidade de ser parte a alguns sujeitos que não possuem personalidade jurídica. É o que ocorre, por exemplo,

5. *Ibidem*, p. 319-320.

com o nascituro, o espólio, a massa falida, as sociedades não personificadas, as sociedades irregulares, o condomínio etc. De igual forma, a jurisprudência também reconhece a capacidade de ser parte a determinados órgãos ou entes para a defesa de seus interesses institucionais. Nesse caso, embora não possuam personalidade jurídica, possuem a chamada *personalidade judiciária* (ex.: casas legislativas e demais órgãos e entes de estatura constitucional).⁶

3.3.1.1.2. Órgão investido de jurisdição

Vimos que a investidura é um dos princípios da jurisdição (capítulo III). O processo somente pode ser instaurado perante um órgão investido de jurisdição, seja estatal (Poder Judiciário), seja não estatal (árbitro). Logo, processo instaurado perante órgão não investido de jurisdição é um não-processo; processo decidido por não-juiz ou não-árbitro é um não-processo.

Registre-se que tal pressuposto não impede que as partes resolvam o litígio perante centros comunitários de solução de conflitos, por meio de sessões de mediação ou conciliação. O que não pode ocorrer é a instauração de um *processo judicial* perante um terceiro imparcial que não esteja investido de jurisdição ou não exerça a função de árbitro.

3.3.1.2. Pressuposto processual de existência objetivo

Para que o processo tenha existência, é preciso que a parte interessada apresente ao órgão jurisdicional uma pretensão jurídica, delimitando a demanda e o objeto litigioso. Sem demanda não há processo. Logo, a existência de uma demanda é pressuposto de existência do processo.

3.3.2. Pressupostos processuais de validade

São requisitos, de ordem objetiva e subjetiva, que devem estar presentes para que o órgão jurisdicional examine o mérito. A validade do processo é pressuposto para o exame do mérito.

3.3.2.1. Pressupostos processuais de validade subjetivos

São pressupostos de validade subjetivos: a) capacidade de estar em juízo; b) capacidade postulatória; c) legitimidade *ad causam*; d) juiz competente e imparcial.

3.3.2.1.1. Capacidade de estar em juízo, capacidade postulatória e legitimidade “ad causam”

Capacidade de estar em juízo (ou capacidade processual) é a aptidão conferida pelo ordenamento jurídico para que a pessoa atue em juízo sozinha. Nos termos do art. 70 do CPC, “toda pessoa que se encontre no exercício de seus direitos

6. Cf. STF, RE 595176 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 31/08/2010, DJe-235 DIVULG 03-12-2010 PUBLIC 06-12-2010 EMENT VOL-02445-01 PP-00242 RT v. 100, n. 906, 2011, p. 493-499.

tem capacidade para estar em juízo”. Tal dispositivo decorre da capacidade civil conferida pelo Código Civil aos maiores de dezoito anos, que possuem a chamada *capacidade de fato ou exercício* (art. 3º do CC). Somente tem capacidade de estar em juízo aquele que também possui capacidade de ser parte, porém é possível que aquele que possui capacidade de ser parte não possua capacidade de estar em juízo. É o que ocorre, por exemplo, com o incapaz, que embora tenha capacidade de ser parte, deverá ser representado (ou assistido) em juízo, conforme o art. 71 do CPC (“o incapaz será representado ou assistido por seus pais, por tutor ou por curador, na forma da lei”).

O estudo da capacidade processual das pessoas casadas e do curador especial será feito no capítulo VII, dedicado ao estudo das partes e seus procuradores.

Capacidade postulatória é a aptidão técnica e especial conferida a determinadas pessoas para a prática de certos atos processuais. Em regra, somente os advogados devidamente inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil possuem capacidade postulatória, a qual lhes confere a prerrogativa de peticionar perante o órgão jurisdicional, recorrer das decisões, apresentar arrazoados, formular perguntas às testemunhas etc. No entanto, há situações nas quais a própria parte, mesmo sem ser advogada, detém capacidade postulatória. São exemplos: a) capacidade postulatória do próprio jurisdicionado para as causas de até 20 (vinte) salários mínimos no procedimento da Lei nº 9.099/1995⁷; b) capacidade postulatória dos membros do Ministério Público (art. 129 da CF/88); e c) capacidade postulatória do Presidente da República e Governadores de Estado para o ajuizamento de ADI, ADC, ADO e ADPF (art. 103 da CF/88).

Vale lembrar ainda que o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que “os membros das Defensorias Públicas, conquanto exerçam atividade assemelhada à advocacia, possuem peculiaridades que justificam que a eles seja dispensado tratamento diverso, inclusive com a inexigibilidade de sua inscrição nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, na medida em que a sua capacidade postulatória decorre da nomeação e posse no referido cargo público”⁸.

No mesmo sentido, ao julgar a ADI 4636, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, conferiu interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, § 1º, da Lei nº 8.906/1994, para declarar inconstitucional qualquer interpretação que resulte no condicionamento da capacidade postulatória dos membros da Defensoria Pública à inscrição dos Defensores Públicos na Ordem dos Advogados do Brasil.

A **legitimidade “ad causam”**, por sua vez, é a pertinência subjetiva para a demanda. Em regra, os titulares da relação jurídica processual devem ser os mesmos da relação jurídica de direito material. Contudo, há casos em que tal simetria não ocorrerá, nascendo, então, a chamada legitimização extraordinária. Tal pressuposto será estudado no item 3.4 deste capítulo.

7. Art. 9º Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória.

8. AgInt no REsp 1654495/ES, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/08/2019, DJe 28/08/2019.

3.3.2.1.2. Juiz competente e imparcial

Sendo a competência o limite para o exercício da jurisdição, sua inobservância macula a validade do processo. Se a incompetência for relativa, caberá ao réu argui-la em preliminar de contestação, sob pena de preclusão e, conseqüentemente, prorrogação da competência, visto que, em regra, o juiz não pode conhecer de ofício a incompetência relativa (art. 337, II e § 5º, do CPC e Súmula 33 do STJ).

Por outro lado, se a incompetência for absoluta, poderá ser arguida pelo interessado em qualquer tempo e grau de jurisdição, bem como ser conhecida de ofício pelo juiz. Aliás, pode até mesmo ser arguida após o trânsito em julgado, como fundamento de ação rescisória (art. 966, II, do CPC).

No tocante à imparcialidade, trata-se de uma característica essencial ao exercício da jurisdição. O CPC, em seus arts. 144 e 145, elenca as hipóteses de impedimento e suspeição, respectivamente. Nos casos de impedimento, há uma presunção absoluta de parcialidade do julgador. Tal situação – assim como ocorre na incompetência absoluta – é tão grave que pode ser arguida em qualquer tempo e grau de jurisdição, inclusive após o trânsito em julgado, mediante ação rescisória (art. 966, II, do CPC). Já nas hipóteses de suspeição, há uma presunção relativa de parcialidade do julgador. Isso significa que se a suspeição não for arguida no prazo de 15 (quinze) dias, a contar do conhecimento do fato, haverá preclusão, sem prejuízo, contudo, de o próprio juiz, de ofício, declarar-se suspeito, inclusive por motivo de foro íntimo.

3.3.2.2. Pressupostos processuais de validade objetivos

Os pressupostos processuais de validade objetivos podem ter caráter intrínseco ou extrínseco. Vejamos:

3.3.2.2.1. Pressupostos processuais de validade objetivos intrínsecos

São todos os requisitos que dizem respeito à marcha do processo, ou seja, requisitos formais do processo (formalidade do processo). Cite-se, como exemplo, a regularidade da petição inicial, a observância do procedimento, as comunicações dos atos processuais etc.

3.3.2.2.2. Pressupostos processuais de validade objetivos extrínsecos

São requisitos, positivos ou negativos, que devem estar presentes quando da propositura da ação, e dizem respeito a fenômenos externos ao processo. Tais pressupostos se subdividem em:

- **Positivo:** trata-se do interesse de agir. Para que o processo tenha validade, é preciso que ele seja apto a proporcionar à parte autora algum proveito (*utilidade*); de igual forma, o acionamento do Poder Judiciário deve representar a última (ou única) forma de se alcançar o bem da vida pretendido (*necessidade*). Tal tema será melhor estudado no item 3.5 do presente capítulo;

- **Negativos:** a validade do processo depende também da ausência de determinados fenômenos cuja presença impedem o seu desenvolvimento e avanço para a resolução do mérito, implicando, assim, extinção do processo sem resolução do mérito. São pressupostos extrínsecos negativos: a) ausência de perempção; b) ausência de litispendência; c) ausência de coisa julgada; d) ausência de convenção de arbitragem. Cada um desses fenômenos será estudado no capítulo XXVI.

3.4. Legitimidade para a causa (*legitimatío ad causam*)

Nos termos do art. 17 do CPC, “para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade”. Conforme estudado no capítulo V, segue-se, nesta obra, o entendimento de que a legitimidade e o interesse de agir migraram das chamadas condições da ação para os pressupostos processuais de validade.

A legitimidade para a causa é a pertinência subjetiva para a demanda. Trata-se de qualidade conferida pelo ordenamento jurídico para que determinada pessoa formule, em nome próprio, uma pretensão em juízo. E essa legitimidade decorrerá ou do fato de a parte ser a própria titular da relação jurídica material discutida ou da autorização conferida a ela pelo ordenamento jurídico.

Em regra, tem legitimidade, ativa ou passiva, o titular da relação jurídica de direito material subjacente. Trata-se da chamada *legitimação ordinária*. Assim, a ação de resolução de contrato de promessa de compra e venda, por exemplo, deve ser ajuizada por um dos contratantes contra o outro; a ação de despejo, da mesma forma, deve ser ajuizada pelo locador contra o locatário.

Não obstante, é possível que o próprio ordenamento jurídico permita que o não-titular da relação jurídica de direito material defenda, em nome próprio, pretensão alheia. Quando isso ocorre, fala-se em *legitimação extraordinária (ou substituição processual)*. Essa distinção entre legitimação ordinária e legitimação extraordinária é extraída da parte final do art. 18, *caput*, do CPC (“Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”).

3.4.1. Classificação da legitimidade

A partir da compreensão do conceito de legitimidade, à luz art. 18 do CPC, é possível classificar a legitimidade *ad causam* em:

3.4.1.1. Legitimação ordinária

O legitimado defende em juízo, em nome próprio, interesse próprio. O titular da relação jurídica processual também é titular da relação jurídica de direito material subjacente (ex.: ação de despejo ajuizada pelo locador contra o locatário).

3.4.1.2. Legitimação extraordinária (ou substituição processual)

O legitimado defende em juízo, em nome próprio, interesse alheio. Trata-se de um substituto processual. O titular da relação jurídica processual não precisa ser titular da relação jurídica de direito material subjacente, pois sua legitimidade decorre de autorização do ordenamento jurídico. Nesse caso, o legitimado extraordinário é parte processual, mas não é parte material (parte do litígio). Podem ser citados os seguintes exemplos: a) legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação em defesa dos interesses de incapaz; b) alienante de coisa litigiosa na hipótese de o seu adversário não consentir com a sucessão processual pretendida pelo adquirente (art. 109 do CPC).

A legitimação extraordinária, por sua vez, pode ser classificada em:

- **Legitimação extraordinária autônoma:** o legitimado extraordinário não necessita da presença do titular da relação jurídica de direito material para a condução do processo (ex.: a legitimidade do Ministério Público para demandar em defesa dos interesses de uma criança ou adolescente independe da presença do infante no processo);
- **Legitimação extraordinária subordinada:** a atuação do legitimado extraordinário está subordinada à presença, no processo, do titular da relação jurídica de direito material. É o que ocorre, por exemplo, na assistência simples. O assistente atua, em nome próprio, na defesa dos interesses do assistido. Logo, o assistente é um legitimado extraordinário, conforme previsão do parágrafo único do art. 121 do CPC (“sendo revel ou, de qualquer outro modo, omissivo o assistido, o assistente será considerado seu substituto processual”). Contudo, somente haverá assistência simples – e, portanto, legitimação extraordinária –, enquanto houver uma parte principal a ser assistida. Dizendo por outras palavras, a atuação do assistente simples está subordinada à presença do assistido no processo. É por isso que, nos termos do art. 122 do CPC, “a assistência simples não obsta a que a parte principal reconheça a procedência do pedido, desista da ação, renuncie ao direito sobre o que se funda a ação ou transija sobre direitos controvertidos”.

3.4.1.3. Legitimação exclusiva

Diz-se legitimação exclusiva quando o ordenamento jurídico admite apenas a atuação de um único legitimado, ordinário ou extraordinário. É o que ocorre, por exemplo, na ação direta de inconstitucionalidade interventiva (representação de inconstitucionalidade interventiva), prevista no art. 36, III, da CF, na qual a legitimidade ativa é exclusiva do Procurador-Geral da República.

Outro importante exemplo diz respeito à ação de improbidade administrativa. Antes do advento da Lei nº 14.230/2021, a legitimidade ativa era conferida ao Ministério

Público e à pessoa jurídica interessada. Com o advento da referida lei, o art. 17 da Lei nº 8.429/1992 passou a prever a legitimidade exclusiva do Ministério Público⁹.

3.4.1.4. Legitimação concorrente

Na legitimação concorrente, há mais de um legitimado para a causa. A título de exemplo, a ação de anulação de casamento pode ser proposta por qualquer dos cônjuges ou pelo Ministério Público (art. 1.549 do CC). Podem ser citados, ainda, os seguintes exemplos: a) a colegitimação dos condôminos para a ação reivindicatória; b) a colegitimação dos possuidores para a ação possessória; c) a colegitimação dos cidadãos para a ação popular; d) a colegitimação para a ação civil pública (arts. 5º da Lei nº 7.347/1985 e 82 do CDC).

A legitimação concorrente pode ser classificada, ainda, em disjuntiva ou conjunta.

- **Disjuntiva (ou simples):** o legitimado pode atuar sozinho no processo. Não se impõe a formação de um litisconsórcio. É o que ocorre, por exemplo, na legitimidade concorrente dos condôminos para a ação reivindicatória. Outro exemplo é a legitimação concorrente prevista no art. 5º, *caput*, da Lei nº 9.394/1996 (lei de diretrizes e bases da educação nacional), segundo o qual “o acesso à educação básica obrigatória é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída e, ainda, o Ministério Público, acionar o poder público para exigí-lo”;
- **Conjunta (ou complexa):** há imposição de formação do litisconsórcio. É o que ocorre, por exemplo, na ação de oposição, na qual o polo passivo será ocupado, necessariamente, pelas partes (autor e réu) do processo principal (art. 683, parágrafo único, do CPC). Também é o que ocorre na ação de alteração de regime de bens (art. 734 do CPC), a qual deve ser proposta necessariamente por ambos os cônjuges.

3.4.2. Legitimação e negócio jurídico processual

Sendo o processo uma relação jurídica da qual exsurgem deveres, direitos, ônus e faculdades, possuindo, ainda, sujeitos, objeto e forma, é plenamente possível a celebração de negócio jurídico processual objetivando adequar o procedimento, atual ou futuro, às especificidades da causa, assim como convencionar sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais das partes. Tal negócio pode ser celebrado antes ou no curso do processo, nos termos do art. 190 do CPC.

Questão intrigante diz respeito à possibilidade de o negócio jurídico processual versar sobre legitimidade. De início, é preciso estabelecer uma premissa: a legitimação

9. Art. 17. A ação para a aplicação das sanções de que trata esta Lei será proposta pelo Ministério Público e seguirá o procedimento comum previsto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), salvo o disposto nesta Lei.

convencional, se possível, somente dirá respeito à legitimidade extraordinária. Isso porque não faria sentido, por exemplo, convencionar que somente terá legitimidade o titular da relação jurídica de direito material, haja vista que essa é a regra do sistema (legitimação ordinária). Em outras palavras, o negócio jurídico processual serve justamente para modificar uma situação jurídica já prevista em lei.

Conforme prevê o art. 18 do CPC, “ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”. A parte final do referido dispositivo é que permite que o não-titular da relação jurídica de direito material esteja legitimado para a causa. Contudo, exige-se, para tanto, autorização do ordenamento jurídico. O CPC/73, em dispositivo correspondente, dizia “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”. A substituição da palavra “lei” por “ordenamento jurídico” é o fundamento autorizador da modificação da legitimidade extraordinária mediante convenção processual.

Vale registrar que o tratamento dado ao negócio jurídico processual pode ser diferente em se tratando de legitimação negocial extraordinária ativa ou legitimação negocial extraordinária passiva. De igual forma, o tratamento dado ao negócio jurídico poderá ser diferente em se tratando de convenção que transfere a outrem a legitimação extraordinária ou convenção que apenas amplia a legitimação extraordinária. O tema pode ser estruturado da seguinte forma:

a) Legitimação negocial extraordinária ativa

O negócio jurídico prevê que determinada pessoa, não-titular da relação jurídica de direito material, terá legitimidade ativa para postular em juízo. Tal legitimação negocial extraordinária ativa pode ser:

- **Por transferência:** o negócio jurídico transfere ao terceiro a legitimidade ativa. Cite-se, como exemplo, negócio jurídico processual entre locador (proprietário) e locatário estabelecendo que somente a administradora do imóvel terá legitimidade ativa para ajuizar as ações judiciais decorrentes do contrato de locação;
- **Por ampliação:** o negócio jurídico amplia a legitimação ativa, permitindo que um terceiro não-titular da relação jurídica de direito material também possa ajuizar a ação. Cria-se, nesse caso, uma espécie de legitimação concorrente entre o legitimado ordinário (legitimação que já decorre da relação jurídica de direito material) e o legitimado extraordinário (legitimação criada pelo negócio jurídico). Cite-se, como exemplo, negócio jurídico processual entre locador (proprietário) e locatário estabelecendo que, além do locador, a administradora do imóvel também terá legitimidade ativa para ajuizar as ações judiciais decorrentes do contrato de locação.

Na legitimação negocial extraordinária ativa, quer por transferência, quer por ampliação, o futuro réu deve consentir, ou seja, deve ser um dos convenientes.

b) Legitimação negocial extraordinária passiva

O negócio jurídico prevê que determinada pessoa, não-titular da relação jurídica de direito material, poderá ser demandada por um dos celebrantes. Tal legitimação negocial extraordinária passiva pode ser:

- **Por transferência:** o negócio jurídico transfere ao terceiro a legitimidade passiva, ou seja, a legitimidade para ser demandado. Tal negócio jurídico equivale a uma assunção de dívida por parte do terceiro estranho à relação jurídica de direito material. Cite-se, como exemplo, negócio jurídico processual no qual a sociedade controlada transfere à sociedade controladora a legitimidade para ser demandada. A eficácia do negócio depende do consentimento do novo legitimado extraordinário passivo e do futuro autor;
- **Por ampliação:** o negócio jurídico amplia a legitimação passiva, permitindo que um terceiro não-titular da relação jurídica de direito material também possa ser demandado. Cite-se, como exemplo, negócio jurídico processual no qual a sociedade controladora anui ao contrato celebrado pela sociedade controlada, assumindo a qualidade de colegitimada passiva para eventual demanda decorrente do negócio jurídico. Nesse caso, como a legitimidade passiva ordinária estará preservada (sociedade controlada), havendo, tão somente, ampliação da legitimação passiva, não há necessidade de consentimento do futuro autor.

3.4.3. Legitimidade para a causa (legitimatio ad causam) X legitimidade para o processo (legitimatio ad processum)

Não se pode confundir a legitimidade para a causa com a chamada legitimidade para o processo. A primeira refere-se à pertinência subjetiva para a demanda, ou seja, a possibilidade de determinado sujeito ocupar o polo ativo ou passivo da relação jurídica processual. A segunda, por sua vez, refere-se à capacidade de estar em juízo, que decorre da própria capacidade de exercício (art. 3º do CC).

Como visto, uma criança, para a ação em que pede alimentos, tem legitimidade ativa, pois tem capacidade de ser parte. Contudo, embora tenha legitimidade para a causa, não possui legitimidade para o processo (capacidade de estar em juízo), devendo, nesse caso, ser representada por seu representante legal.

3.5. Interesse de agir (interesse processual)

O interesse de agir (ou interesse processual) é um pressuposto processual de validade extrínseco positivo. Revela-se por meio de um binômio: interesse-utilidade e interesse-necessidade.

a) Interesse-utilidade

O processo deve ter aptidão para proporcionar à parte algum proveito jurídico. A título de exemplo, a ação de despejo contra o locatário que, mesmo após o encerramento do contrato de locação, não desocupou o imóvel, é útil ao locador, pois, por meio dela, ele terá o bem novamente à sua disposição. Haverá, portanto, um proveito jurídico e econômico ao autor (locador). Por outro lado, se a ação de despejo for

ajuizada após a desocupação do locatário, o pedido de despejo não é útil ao autor e, portanto, pelo menos em relação a este pedido, não haverá interesse de agir.

b) Interesse-necessidade

Haverá necessidade sempre que o bem da vida pretendido pelo autor não puder ser obtido de outra forma que não mediante o processo judicial. Registre-se, por oportuno, que a possibilidade de adoção de meios alternativos de solução dos conflitos, por si só, não retira o interesse de agir no que tange ao aspecto da necessidade. Isso porque, em regra, ninguém pode ser obrigado a buscar uma determinada forma de solução de conflito.

É possível, contudo, que a lei exija, para a obtenção do bem da vida, o prévio requerimento administrativo. Nesse caso, a ausência do prévio requerimento conduz ao reconhecimento da ausência de interesse de agir. Cite-se, como exemplo, a ação que tem por objeto a concessão de benefício previdenciário. Segundo o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 631.240/MG, Rel. Min. Roberto Barroso, a concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise.¹⁰

Questão interessante é saber se há interesse de agir nas chamadas ações constitutivas necessárias. Conforme estudado no capítulo III, as ações constitutivas necessárias são aquelas em que somente por meio da jurisdição estatal é possível constituir, modificar ou extinguir uma relação/situação jurídica (ex.: ação de interdição). O autor não tem escolha. A tutela do direito somente pode ser obtida mediante processo judicial. Vê-se, assim, que a tutela jurisdicional não é a última forma de se obter o bem da vida pretendido, mas sim a única forma. Nesse caso, tendo em vista que as ações constitutivas necessárias decorrem de uma opção legislativa, haverá uma presunção absoluta de interesse-necessidade e, conseqüentemente, de interesse de agir.

3.5.1. O chamado “Interesse-adequação”

Parte da doutrina entende que além da utilidade e necessidade, o interesse de agir também é composto por um terceiro elemento: a adequação. Sob esse aspecto, o pedido do autor deve ter aptidão para resolver a lide, ou seja, deve ser apto a satisfazer concretamente sua pretensão.

Parece-nos, contudo, que a adequação em nada se relaciona com o interesse de agir. O tratamento desse tema e suas conseqüências processuais residem no campo das invalidades processuais. Não se pode confundir o interesse de agir (pressuposto processual de validade objetivo extrínseco positivo) com as formalidades do processo (pressuposto processual de validade intrínseco). Nesse sentido, deparando-se o

10. Tal entendimento, contudo, não se aplica à ação de revisão de benefício previdenciário. De acordo com a jurisprudência do STJ, entende-se que não é necessário prévio requerimento administrativo para se configurar o interesse de agir de demanda revisional previdenciária. Precedentes: EDcl nos EDcl no AgRg nos EDcl no REsp 932.436/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 19/8/2014, DJe 2/9/2014 e EDcl no AgRg no REsp 1.479.024/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 28/4/2015, DJe 4/8/2015.

juiz com uma ação inadequada (inadequação da via eleita), deverá adotar uma das seguintes providências: a) determinar a correção do vício, evitando-se a extinção prematura do processo (arts. 139, VI e IX; 317; 321 do CPC); b) aproveitar o procedimento em razão do atingimento de sua finalidade (arts. 188 e 277 do CPC)¹¹; c) extinguir o processo sem resolução de mérito, caso não seja possível corrigir o vício processual (art. 485, IV, do CPC); d) julgar o pedido do autor improcedente, aplicando, se possível, o princípio da primazia do julgamento do mérito (arts. 282, § 2º e 488 do CPC), conforme o caso.

3.5.2. Perda superveniente do objeto

O interesse de agir deve estar presente durante todo o curso do processo, e não apenas no momento da propositura da ação.

É possível que o autor tenha interesse de agir quando da propositura da ação, mas o perca no curso do processo. Em outras palavras, é possível que no curso do processo surja algum fato que retire a utilidade ou a necessidade da tutela jurisdicional buscada.

É o que ocorre, por exemplo, quando, no curso do processo relativo ao pedido de concessão de benefício previdenciário, o INSS concede o benefício no âmbito administrativo, em razão de recurso administrativo que estava pendente de julgamento e foi posteriormente provido. Nesse caso, o autor não mais terá interesse de agir em relação ao pedido de concessão do benefício previdenciário, podendo até ter interesse no prosseguimento da ação para estabelecer o termo inicial de concessão do benefício e, conseqüentemente, exigir da autarquia federal o pagamento dos valores retroativos devidos. A chamada perda superveniente do objeto, portanto, nada mais é do que a perda superveniente do interesse de agir.

Nessa perspectiva indaga-se: é possível que o autor que, originariamente, não detinha interesse de agir para a demanda, o obtenha no curso do processo? Em outras palavras, é possível a aquisição superveniente do interesse de agir? É plenamente possível. Contudo, a análise quanto ao aproveitamento dos atos processuais deve ser casuística, pois não pode acarretar prejuízo ao réu.

O fundamento para se admitir a aquisição superveniente do interesse de agir decorre da regra prevista no art. 493, *caput*, do CPC, segundo a qual “se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão”.

A título de exemplo, imagine uma ação de cobrança cujo vencimento da dívida somente ocorreu após a distribuição da petição inicial, mas antes da citação do réu. Nesse caso, embora o autor não tivesse interesse de agir quando da propositura da ação – já que a dívida ainda não estava vencida –, passou a tê-lo supervenientemente, de modo que não haveria razões para se extinguir o processo sem resolução de mérito, à luz dos princípios da economia processual e instrumentalidade das formas (art. 277 do CPC).

11. Aplicação dos princípios da instrumentalidade das formas (*pás de nullité sans grief*).

3.6. Teoria da asserção

A legitimidade para a causa e o interesse de agir, pressupostos processuais de validade, podem ser conhecidos a qualquer momento e em qualquer grau de jurisdição, conforme dispõe o art. 485, § 3º, do CPC. A inobservância desses pressupostos processuais leva à extinção do processo (ou de parcela dele) sem resolução do mérito.

Com efeito, nem sempre é fácil fazer a distinção entre o que é pressuposto processual (legitimidade e interesse de agir) e o que é mérito. Isso porque em muitos casos somente é possível descobrir que a parte é ilegítima ou que o autor não possui interesse de agir após a instrução processual. Em tal caso, admitir o reconhecimento da ilegitimidade ou ausência de interesse de agir após o decurso de longa marcha processual viola a segurança jurídica, a economia processual, a efetividade da jurisdição e a razoável duração do processo.

Foi justamente a partir dessa circunstância que nasceu, na Itália, a *teoria da asserção* (*in status assertionis* ou *della prospettazione*). Para a *teoria da asserção*, a análise da legitimidade e do interesse de agir deve ser feita pelo juiz levando-se em consideração apenas, e de forma abstrata, os fatos alegados pelas partes, que serão tomados, em um exame inicial, como se verdadeiros fossem.

A teoria da asserção não tem por objetivo explicar o conceito de ação. Ela não surgiu como forma de substituir as teorias explicativas do direito de ação. A teoria da asserção convive muito bem, por exemplo, com as teorias abstrata e eclética do direito de ação. A teoria da asserção preocupa-se com o tratamento que deve ser dado à ilegitimidade ou à ausência de interesse de agir, em caso de acolhimento.

Nesse sentido, se antes da instrução processual o juiz verificar que pela simples leitura da petição inicial há ilegitimidade de parte ou ausência de interesse de agir, deverá, caso não seja possível corrigir o vício, proferir sentença de extinção do processo sem resolução do mérito (art. 485, VI, do CPC). Contudo, se somente após a instrução do processo ficar demonstrado que desde a propositura da ação uma das partes já era ilegítima ou que o autor não detinha interesse de agir, deverá o juiz julgar o pedido improcedente, resolvendo, pois, o mérito, nos termos do art. 487, I, do CPC.

Por fim, é preciso ter sempre em mente que, à luz da teoria da asserção, não importa o momento de sua aplicação (antes ou depois da resposta do réu), mas sim a necessidade ou não de se provar a ilegitimidade ou a ausência de interesse de agir.

3.7. Fluxograma

