

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**ATOS E CADEIAS DE VÍNCULOS: AS NOVAS BALIZAS DO CONTRADITÓRIO
FRENTE À ATUAÇÃO DESPOLARIZADA DOS SUJEITOS PROCESSUAIS**

Fernando Mantovani Leandro

Presidente Prudente/SP

2018

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**ATOS E CADEIAS DE VÍNCULOS: AS NOVAS BALIZAS DO CONTRADITÓRIO
FRENTE À ATUAÇÃO DESPOLARIZADA DOS SUJEITOS PROCESSUAIS**

Fernando Mantovani Leandro

Monografia apresentada como requisito parcial
de Conclusão de Curso para obtenção do Grau
de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof.
Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues.

Presidente Prudente/SP

2018

**ATOS E CADEIAS DE VÍNCULOS: AS NOVAS BALIZAS DO CONTRADITÓRIO
FRENTE À ATUAÇÃO DESPOLARIZADA DOS SUJEITOS PROCESSUAIS**

Monografia aprovada como requisito parcial
para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues

Gilberto Notário Ligerio

Sérgio Tibiriçá Amaral

Presidente Prudente, 26 de novembro de 2018.

*“O temor do Senhor ensina a sabedoria, e
a humildade antecede a honra.”*

Provérbios 15: 33

AGRADECIMENTOS

Encerra-se mais um ciclo e elencar pessoas que auxiliaram no êxito desse trabalho torna-se difícil pelas inúmeras participações partilhadas ao longo do desenvolvimento.

Não me restam dúvidas que ao consagrar ao Senhor tudo aquilo que fazemos todos os nossos planos serão bem-sucedidos, sendo o presente trabalho prova concreta disso, merecedor, primeiro, de todas as graças, portanto.

Foram diversas as adversidades enfrentadas no decorrer das etapas, tendo minha família desempenhado papel fundamental na solução dos problemas, proporcionando além de tudo ambiente agradável ao desenvolvimento dos temas aqui propostos.

Medular, também, a orientação do professor Daniel Colnago Rodrigues que demonstrando domínio sobre as propostas abordadas permitiu um melhor direcionamento dos assuntos tratados realizando-se assim os aprofundamentos necessários e endossando o projeto com a clareza que lhe faz própria.

Destaco por oportuno as situações vivenciadas em meu ambiente de trabalho, dentro do Tribunal de Justiça de São Paulo, onde por intermédio de casos práticos pude compreender a importância dos assuntos aqui discutidos tendo a oportunidade de relacionar-me com diversos pontos de vista sobre a matéria permitindo-se um amadurecimento das ideias aqui exploradas.

Por fim assevero que de suma importância foram às repreensões recebidas ao longo do caminhar, pois aquele que não as observa é tolo já que quem ama a disciplina ama o conhecimento.

Que o bom senso para sempre nos guarde e o discernimento nos proteja.

Muito obrigado!

RESUMO

Reconhecendo-se a dinamicidade que envolve a ciência processual com o propósito de compatibilizá-la com os avanços e a multiplicidade de situações vividas pela sociedade visou o presente trabalho demonstrar que os conceitos de polos da demanda necessitam ser revistos e adaptados de forma a melhor amoldar-se à busca do contraditório efetivo encampado pelo Novo Código de Processo Civil ensejando assim participações mais efetivas dos sujeitos processuais na formação das decisões judiciais. Desenvolvendo-se o assunto inaugurou-se o caminhar pelas principais evoluções sofridas pelos conceitos de ação e da natureza jurídica de processo desaguando-se no reconhecimento de que os modelos tradicionais ora vigentes não se mostravam aptos e eficazes a solução dos acontecimentos da vida cotidiana. Propôs-se uma reanálise das chamadas condições da ação, asseverando-se os avanços alcançados no campo do direito processual coletivo, permitindo-se ali a possibilidade de migração entre polos da demanda pelos sujeitos processuais, ainda que limitadamente. Posteriormente, por intermédio da utilização das denominadas “zonas de interesses” expandiu-se o campo de análise sobre as condições da ação abarcando situações jurídicas conformadas, também, nas demandas individuais. Nessa esteira, demonstrando-se as implicações daí decorrentes as mais variadas situações cotidianas, alvitra-se um novo pensamento processual fulcrado em participações mais efetivas dos sujeitos processuais através da releitura realizada pelo novo código de ritos a consagrados institutos processuais.

Palavras-chave: Teoria geral do processo. Condições de Ação. Despolarização. Contraditório Efetivo. Participações Efetivas.

ABSTRACT

In recognizing the dynamics involved in procedural science with the purpose of making it compatible with the advances and multiplicity of situations lived by society, this paper intended to demonstrate that the concepts of poles of a demand need to be reviewed and adapted in a better way to conform to the search for the effective contradictory sustained by the New Code of Civil Procedure, thus providing more effective participation of the procedural subjects in the formation of judicial decisions. Therefore, by developing the subject, was inaugurated the walk by the main evolutions undergone by the concepts of action and the legal nature of process, flowing in the recognition that the traditional models now in force, were not able and effective the solution of the events of daily life. It was proposed a reanalysis of the so-called conditions of action, asserting the progress achieved in the field of collective procedural law, allowing there the possibility of migration between poles of the demand for procedural subjects, albeit limited. Subsequently, through the use of the "areas of interest", the field of analysis on the conditions of the action was expanded, encompassing juridical situations conformed, also, in the individual demands. In this wake, demonstrating the implications that result from the most varied daily situations, a new procedural thought is proposed, performed in more effective participations of the procedural subjects through the re-reading carried out by the new code and your rites to consecrated procedural institutes.

Keywords: General theory of the process. Conditions of Action. Depolarization. Effective Contradictory. Effective Participations.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 AÇÃO E PROCESSO	11
2.1 Imanente, Autônoma, Independente, Condicionada - Das Diversas Teorias Acerca da Ação.....	13
2.1.1 Teoria Imanentista	15
2.1.2 Teoria Concretista	16
2.1.3 Teoria Abstrativista	18
2.1.4 Teoria Eclética	20
2.1.4.1 Possibilidade jurídica do pedido	23
2.1.4.2 Interesse de agir	24
2.1.4.3 Legitimidade de parte	25
2.1.5 Asserção ou In Status Assertiones.....	26
2.2 Redescobrimdo Conceitos: Uma Análise das Principais Teorias Acerca da Natureza Jurídica do Processo	28
2.2.1 Processo como procedimento	29
2.2.2 Processo como contrato.....	30
2.2.3 Processo como quase contrato	30
2.2.4 Processo como relação jurídica	31
2.2.5 Processo como situação jurídica	33
2.2.6 Processo como instituição jurídica	34
2.2.7 Processo como procedimento em contraditório.....	36
2.3 Observações Gerais	37
3 A RELEITURA DE CLÁSSICOS INSTITUTOS PROCESSUAIS FRENTE À NOVA ORDEM PROCESSUAL	38
3.1 Condições da Ação	38
3.1.1 Novos matizes acerca da legitimidade	39
3.1.2 Interesse de agir: uma nova compreensão por meio das “zonas de interesse”.....	43
3.2 Citação.....	46
3.3 Negócios Jurídicos Processuais.....	47
3.3.1 Posições jurídicas	50
3.3.2 Interesse	51
3.3.3 Legitimidade.....	52
3.4 Reconvenção	52
3.4.1 Legitimidade.....	54
3.4.2 Interesse	55
3.4.3 Reconvenção da reconvenção	57
3.4.4 Destaques.....	57
3.5 Intervenção de Terceiros.....	58
3.5.1 Denúnciação a lide.....	60
3.5.2 Amicus curiae.....	63
3.6 Saneamento Cooperativo.....	65
3.7 Reexame Necessário	67
3.8 Teoria Geral dos Recursos	69
3.9 Sistema de Estabilidades	72

3.9.1 Coisa julgada	75
3.9.2 Preclusões	77
3.9.3 Ponderações	80

4 REFLEXOS PROCEDIMENTAIS E A NECESSIDADE DE REESTRUTURAÇÃO DO CONTRADITÓRIO FRENTE À ATUAÇÃO DESPOLARIZADA DOS SUJEITOS

.....	82
4.1 Situações Procedimentais	82
4.1.1 Art. 6º§3º da Lei 4.717/65 – Lei da Ação Popular	83
4.1.1.1 Microssistema coletivo	85
4.1.1.2 Mobilidade de atuação dos sujeitos.....	86
4.1.1.3 Uma nova tonalidade sobre a pluralidade de partes	86
4.1.1.4 Intervenção móvel	88
4.1.2 Atuação do Juiz.....	90
4.1.3 Atuação do Ministério Público	93
4.1.4 Legitimidade Concorrente	94
4.1.5 Requerimentos Conjuntos	98
4.1.6 Artigo 834 do Código Civil	100
4.2 Novo Contraditório	102
4.2.1 Um novo modo de pensar o processo civil	104
4.2.2 Remodelando as ideias de condições da ação	107
4.2.3 É possível ainda hoje se falar em polarização processual?	109

5 CONCLUSÃO..... 111

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 113

1 INTRODUÇÃO

Ao nos referirmos à palavra processo de logo nos vem à mente a ideia de dois lados se digladiando durante a litispendência, mas tal concepção estática de polos da demanda aparentemente não se mostra suficiente à organização e explicação de todos os fenômenos que surgem da dinamicidade de um processo – hoje visto como feixe de relações.

Buscaremos através de situações processuais cotidianas demonstrar que por vezes as partes não ficam estanques em suas posições, ou mesmo que fiquem, exercem atos e atividades que pela clássica processual seriam atos ditos incompatíveis por serem “da parte contrária”.

A legislação pátria já contempla em seu bojo possibilidades de migração polar, no entanto, não oferece abordagem adequada para alguns dos fenômenos daí decorrentes deixando de lado assim o tratamento de diversas situações que merecem análise pelas repercussões que possuem no campo prático, seja pela possibilidade de uma melhor utilização das armas processuais disponíveis pelas partes, seja pela melhor proteção do direito material envolvido, impossibilitando assim o desenvolvimento de um efetivo contraditório.

O tema ganha novos contornos quando adentramos ao campo das intervenções de terceiros, em especial ao tratarmos da figura do *amicus curiae*, mas não apenas isso se reconhece que a pluralidade de sujeitos em um mesmo polo da relação, inexoravelmente, tem o condão de acarretar o aparecimento de uma gama de interesses divergentes entre as partes e que muitas vezes colidem com o “que era esperado de quem atua naquele polo” gerando implicações processuais que impedem o exercício pleno dos direitos fundamentais processuais, pela falta do devido debate.

Aliás, ilustra com clareza solar a problematização aqui proposta o concurso de credores vivenciados nos processos falimentares nos quais os titulares de créditos apesar de objetivarem o adimplemento intrincam-se em acirradas batalhas a fim de fixar, por exemplo, a ordem em que serão eles recebidos. Exemplos concretos como esses serão melhores analisados no decorrer do trabalho.

Em que pese o até aqui exposto, vislumbramos através das pesquisas bibliográficas que ainda é mínima a produção jurídica nacional sobre o tema e tal

fato aparentemente justifica-se pela própria atuação dos sujeitos processuais que no exercício de suas faculdades processuais apresentam-se obstinados a agirem de acordo com o que se espera de um autor, ou de um réu ou mesmo de um juiz. Como num ato de puro instinto agem de acordo com o lado da demanda que ocupam sobrepujando por vezes seus próprios interesses a fim de manterem-se firme em serem requeridos-requerentes-terceiros.

Alguns aprofundamentos são necessários para que alcancemos o atual estágio da ciência processual vivenciada. Passaremos a expor as fases de pensamento acerca do direito de ação e da natureza jurídica do processo e após nos debruçaremos sobre novos conceitos propostos pelos estudiosos com relação a institutos processuais consagrados, como a citação, a reconvenção, o saneamento, entre outros; destacando na sequência os avanços legislativos que corroboram com o desenvolvimento do tema aqui proposto a fim de propor uma releitura do novo processo civil e adapta-lo a multiplicidade de situações surgidas no campo judicial salientando que não é o propósito do presente trabalho o esgotamento de tais análises, mas apenas subsidiar discussões futuras através da compilação das principais ideias surgidas no seio da doutrina pátria.

Alertamos ao leitor que a dinamicidade com que se pretende analisar o processo isolando a análise dos atos processuais permitirá não apenas uma revisão e reestruturação das posições jurídicas das partes, mas também a reconstrução de conceitos clássicos processuais, entre eles destaca-se o sistema de estabilidades (preclusão e coisa julgada) que deixará de ter suas raízes fincadas exclusivamente sobre a lei passando-se a ser analisado sob o enfoque de uma continuidade como propõe Antonio do Passo Cabral um dos grandes estudiosos acerca do tema.

Reforce-se que o trabalho alcança novos patamares dissociando-se da doutrina até então vigente quando afirmamos que desde o revogado Código Civil de 1916 já se era possível à migração entre polos nas demandas individuais, com base na previsão do atual artigo 834 do Código Reale.

Acompanhe-nos nesta caminhada.

2 AÇÃO E PROCESSO

Daremos início à viagem por intermédio do exame acerca do surgimento do direito e do processo enfatizando-se as diversas correntes de pensamento que se sucederam na busca pela delimitação da verdadeira natureza jurídica do processo e do conceito de ação, ambos componentes da Teoria Geral do Processo, permitindo-se aos operadores do direito uma melhor compreensão dos institutos processuais de modo a demonstrar que os pensamentos que aqui se sucederam não se excluem, mas caminham no sentido de uma verdadeira complementação, possuindo cada corrente de ideias fundamental importância na compreensão do atual estágio da ciência processual, apesar de algumas teorias, como restará demonstrado, servirem atualmente como simples informações históricas.

Justifica-se a análise, pois, entendendo-se as mutações sofridas pelos institutos ao longo do tempo é possível frente à nova ordem constitucional e processual, especialmente essa última reformulada no ano de 2015, que o intérprete alcance resultados coerentes com as evoluções até aqui alcançadas de modo a compatibilizá-los com os ditames esculpidos em nossa carta política sem desprezar os avanços alcançados.

De início, faz-se necessário breve introito histórico a fim de que se compreenda o atual cenário processual, pois se percebe que as pessoas, por vezes, resolviam por si seus conflitos, no entanto, com a multiplicidade de relações surgidas entre elas ao longo do tempo verificou-se que a autotutela não mais se mostrava suficiente a resolução dos conflitos que ali exurgiam exigindo-se a presença de uma autoridade para tal mister.

Sobre o tema explica José Eduardo Carneira Alvim que “desde o momento em que o Estado proibiu a autodefesa dos próprios interesses, teria que dar algo em troca, tendo, então, assumido a tarefa de resolver os conflitos de interesses”.¹

Pasmem! Nem sempre o estado possuiu a força e legitimidade que hoje o tem, impossibilitando a substitutividade que hoje se mostra como característica inerente à própria jurisdição. Procurava-se, por isto, uma justificação,

¹ ALVIM, José Eduardo Carneira. **Teoria Geral do Processo**. 17ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.189.

para que a sentença, os provimentos judiciais em si, pudesse ser forçada aos que ali litigavam de forma coercitiva. No direito romano antigo, isto era possível em virtude da *litiscontestatio*, na fase em que se viu o processo como mero contrato, ou seja, de forma bilateral e livre as partes acordavam aceitar a decisão que viesse a ser proferida pelo *juiz privado*.

A *posteriori*, percebeu-se que era preciso que o *iudex*² acima mencionado fosse uma autoridade pública robusta, que não se deixasse influenciar pelos anseios e aspirações das partes ali envolvidas, função essa que, mais tarde, foi conferida ao Estado.

Nesse diapasão, reservando-se o Estado para si as funções jurisdicionais, esse agora possuía o monopólio para decidir os conflitos que surgiam no seio da sociedade, porém, tal condição exigiu que houvesse um aparelhamento do ente público e o desenvolvimento de uma robusta teoria a fim de que fosse explicado o modo como seriam esses conflitos solucionados.

Alcançada tal fase, é preciso trazer a debate o fato de que os órgãos jurisdicionais são, devido a sua própria natureza, inertes (*nemo iudex sine actore, ne procedat iudex ex officio*) e, assim sendo, exercer espontaneamente a atividade jurisdicional acabaria produzindo resultados opostos aos esperados, pois o intento que baliza toda a atividade jurídica do Estado é a pacificação social e isso viria em muitos casos a fomentar conflitos e discórdias lançando desavenças onde elas antes não existiam.

Contextualizado o modo de funcionamento do Estado e considerando a inércia jurisdicional estatal e o processo como instrumento para exercício do poder passo a discorrer acerca das principais correntes de pensamento acerca do direito ao rompimento de tal inércia – ação – e a natureza do instrumento pelo qual pode a jurisdição ser sentida – processo.

² O pretor era o magistrado romano, numa época em que quem julgava não era o pretor, mas o *iudex* (juiz) ou *arbiter* (árbitro), ambos julgadores privados.

2.1 Imanente, Autônoma, Independente, Condicionada - Das Diversas Teorias Acerca da Ação

A ação é um dos institutos fundamentais da Teoria Geral do Processo, assim como jurisdição e processo e, para alguns também, a defesa.

O vocábulo 'ação'³ possui diversas acepções, sendo por vezes utilizada como sinônimo de direito de ação, de procedimento, de demanda, esse último sua verdadeira expressão, pois ação nada mais é que o exercício do direito de ação não podendo com ele ser confundido sendo um simples ato jurídico.

Distinções feitas, ação e direito de ação não se confundem sendo esse último nas palavras de Fredie Didier Jr um complexo de situações jurídicas. É como afirma Paula Costa e Silva “o direito de acção tem conteúdo múltiplo, sendo, por isso, uma situação jurídica complexa, decomponível em várias situações jurídicas mais simples (direito de resposta, direito de audiência prévia, direito à prova)”⁴.

Posto isso, ação é o direito ao exercício da atividade jurisdicional (ou o poder de exigir esse exercício). Ou seja, é utilizando-se do exercício da ação que se provoca a jurisdição que, por sua vez, se exerce através do processo que é um feixe de relações jurídicas.

Algumas teorias, refletindo o momento histórico de sua concepção, tentaram definir de forma fixa o conceito de ação, porém, antes de adentrarmos as diferentes correntes de pensamento, é preciso breve esboço histórico acerca do direito de ação na Roma Antiga.

No período, destacam-se três fases marcantes e fundamentais ao entendimento do atual cenário processual, como explica José Eduardo Carneira Alvim. Aliás, como destaca Humberto Theodoro Junior comentando acerca dos sistemas processuais que antigamente vigoraram “o processo romano, que foi muito influenciado pelo grego, mormente no tocante à livre apreciação das provas, em sua

³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: volume 1 : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.p. 281.

⁴ SILVA, Paula Costa e. **Acto e Processo: O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do ato postulativo**. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 150.

fase primitiva, tratava o juiz como um árbitro, que decidia com critério pessoal, em tudo o que a lei não previa solução específica”⁵.

De plano, saliento que em um primeiro momento verificou-se o sistema de ações da lei (*legis actiones*) vigente até o ano de 149 a.C. onde as partes compareciam na frente do pretor (magistrado romano) e através de uma série de mímicas decoradas atuavam, sendo que qualquer erro, por mais que mínimos se demonstrassem, conduziriam a perda da ação. Logo, era preciso seguir-se as orientações previstas sob pena de perda do direito, encontrando-se toda essa ritualística calçada na Lei das XII Tábuas⁶. Destaco que eram cinco as espécies de ações da lei e as partes exerciam por si seu direito perante os pretores – não havia advogados.

Ultrapassado tal momento, iniciou-se novo período nominado “período formulário”, já que com a expansão do território dominado pelo Império Romano houve aumento significativo do número de conflitos no meio social. Nesse tempo, as partes levavam seus problemas ao pretor que definia fórmulas para que os juízes (a época particulares) tivessem um norte para formar seus juízos de valores e tomar suas decisões. Para cada direito violado o pretor passava uma orientação escrita diferente aos árbitros.

Com a maestria que lhe é de costume, José Eduardo Carreira Alvim conclui que:

A fórmula era uma instrução escrita, com a qual o pretor nomeava o juiz (*iudex*) ou árbitro (*arbiter*) e fixava os elementos sobre os quais deveria basear o seu juízo, outorgando-lhe um mandato, mais ou menos determinado, para a condenação eventual do réu ou sua absolvição na sentença.⁷

Ou seja, nos dois sistemas até então expostos – *legis actiones* e *per formulas* -, reconhecia-se a existência de duas fases ao longo dos procedimentos

⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: volume 1 : teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 55.

⁶ Explica Alvim - Eram as seguintes as Tábuas: Tábua I – chamamento a juízo; Tábua II – julgamentos e furtos; Tábua III – direitos de crédito e devedores relapsos; Tábua IV – casamento e pátrio poder; Tábua V – herança e tutela; Tábua VI – propriedade e posse; Tábua VII – delitos; Tábua VIII – direitos prediais; Tábua IX – dispositivos de Direito Público; Tábua X – direito sacro; Tábuas XI e XII – complementam as matérias das Tábuas precedentes. Dessas Tábuas, apenas as Tábuas I a III tratavam do direito processual.

⁷ ALVIM, José Eduardo Carreira. **op. cit.** p. 150.

sendo que a sentença final não era prolatada pelo *pretor*, mas sim pelos árbitros/juízes privados. Não por menos, explica Alvim que tais períodos restaram conhecidos como *ordo iudiciorum privatorum* (ordem dos processos privados).⁸

A terceira fase ficou conhecida como *cognitio extraordinária* e perdurou até o ano de 565 d.C. Houve o sincretismo das fases anteriormente analisadas, passando o *pretor* a concentrar todos os atos instrutórios sendo também sua incumbência a prolação ao final de uma sentença que solucionasse o conflito. Destaca José Eduardo Carreira Alvim que o fortalecimento estatal permitiu-se chegar a essa fase com um estado atuante e não mais como um mero formulador de ritos passando-se o magistrado de pretor a juiz.

Não se esgotou a terceira fase de maneira simplória, estendendo-se por longo período, pois em suas concepções relacionava ação ao direito material violado, desaguando-se na conhecida doutrina civilista ou imanentista da ação, abaixo verificada.

Partindo-se de tais premissas teóricas, passaremos a discorrer acerca dos entendimentos que ao longo da história tiveram maior difusão entre os estudiosos do direito a fim de que se reconheça a verdadeira essência do que se denomina ação, sem com isso gravar a existência de uma definição imutável.

2.1.1 Teoria Imanentista

Por vezes, denominou-se o direito processual como direito adjetivo, dando a esse, concepção de mero atributo do direito material. Tal denominação reforçava ainda mais seu caráter de subordinação e vinculação.

Também denominada teoria civilista ou clássica o direito de ação era considerado o próprio direito material em movimento reagindo a uma agressão. Tal visão teve base teórica nos ensinamentos de Friderich Von Savigny. O direito processual era visto como algo inato, vinculado ao tipo de direito material lesado, dele não possuindo autonomia.

Nessa época, inconcebível era um direito processual sem direito material, por isso, se visualizado nesse contexto histórico o que hoje denominamos

⁸ ALVIM, José Eduardo Carreira. **op. cit.** p.151.

processo, à época, nada mais era que um mero procedimento, um encadear de atos.

Tal pensamento, como explica Cintra-Grinover-Dinamarco, nos direcionava para três consequências inevitáveis: “não há ação sem direito; não há direito sem ação; a ação segue a natureza do direito”⁹. O Código Civil Brasileiro de 1916 espelhando o pensamento originado em Celso (período romano acima explicado) prescrevia em seu artigo 75 que todo direito corresponde uma ação que o assegura.

Os conceitos aqui indicados não ficaram alheios a críticas, tendo da polêmica entre os romanistas Windscheid e Muther, ocorrida na Alemanha, surgido uma nova estrutura para o direito de ação.

Explica José Eduardo Carreira Alvim que “em 1856, Windscheid publicou uma obra intitulada “A ação do direito civil romano do ponto de vista do direito atual”, que foi o ponto de partida das doutrinas acerca da natureza jurídica da ação, até então acomodadas com a definição de Celso, sendo posteriormente rebatido como explica Alvim indicando que ao contrário de Windscheid, procurou Muther demonstrar que havia uma perfeita coincidência entre a actio (ação) romana e a klage (ação) germânica¹⁰. “

Apesar do contraste de pensamentos, as ideias antes se complementavam. É o caso sentido, por exemplo, quando distinguiu Muther ‘ação’ de ‘direito lesado’, indicando as consequências daí decorrentes, as quais foram aceitas por Windscheid, no ano de 1857.

2.1.2 Teoria Concretista

Influenciados pelas ideias acima descritas, de forma a considerar o direito de ação um direito público subjetivo, sepultou-se a teoria imanentista de vez. Wach propunha o direito de ação como um direito do indivíduo contra o Estado sendo o objetivo receber uma sentença favorável e ao mesmo tempo um direito contra o adversário que estaria submetido ao *decisum*.

⁹ CINTRA, Antonio Carlos De Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini DINAMARCO Cândido Rangel. **TEORIA GERAL DO PROCESSO**. 26ª edição. São Paulo: Malheiros. 2015. p. 272.

¹⁰ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 17ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 152.

Explicando as conclusões de Wach com base em monografia escrita sobre ação declaratória na Alemanha em 1885 indica José Eduardo Carreira Alvim que:

[...] embora distinta do direito subjetivo material, a ação pressupõe a existência desse direito, correspondendo apenas a quem tem direito a uma sentença favorável, o que lhe imprime um perfil “concretista”, deixando sem resposta o fenômeno processual em que o juiz nega ao autor a sentença favorável. Para Wach, se o demandante não logra obter uma sentença favorável, não terá existido a ação, tendo havido o exercício de uma mera faculdade jurídica¹¹.

Aqui, pela primeira vez, viu-se a separação entre direito processual e substancial, no entanto, em tal momento histórico havia autonomia, mas não independência, devido a exigência de uma sentença procedente.

É esse o pensamento de Calamandrei como destacado por Carreira Alvim, pois concebe o italiano a ação como “um direito subjetivo autônomo, que pode existir por si mesmo, independentemente da existência de um direito subjetivo material, e concreto, destinado a obter uma providência jurisdicional favorável ao demandante”.¹²

Com o intuito de complementar o raciocínio acima esposado comentando sobre o tema leciona Luiz Guilherme Marinoni que:

[...] para os defensores dessa teoria, o direito de ação é um direito do indivíduo contra o Estado, com o objetivo de obtenção de uma sentença favorável, e ao mesmo tempo um direito contra o adversário, que estará submetido à decisão estatal e aos seus efeitos jurídicos.¹³

Dada sua contribuição para a ciência processual imperioso o destaque das ideias preconizadas por Chiovenda. Sua teoria, como explica José Eduardo Carreira Alvim:

[...] é produto de uma conferência proferida por Chiovenda, no ano de 1903, na Universidade de Bolonha, na Itália, sob o tema “A ação no sistema dos direitos”, sustentando ser a ação “o poder de criar a condição para a

¹¹ ALVIM, José Eduardo Carreira. **op. cit.** p. 153.

¹² ALVIM, José Eduardo Carreira. **op. cit.** p. 154.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de direito processual civil. Teoria geral do processo.** São Paulo: RT, 2006. v 1. p.164.

atuação da vontade da lei”, integrando-a na categoria dos chamados “direitos potestativos”.¹⁴

Verifica-se que enxergava o mestre a ação como um direito potestativo partilhando dos pensamentos concretistas reconhecendo a autonomia da ação frente ao direito material em juízo, mas não reconhecendo seu caráter subjetivo, pois não existiria em sua visão uma obrigação estatal atrelada, ela é direcionada a outra pessoa que lhe deve sujeição não havendo margem para que se permita não acatar tal sujeição.

José Eduardo Carreira Alvim sintetizando a ideia do mestre italiano indica que:

[...] para Chiovenda, a ação, como todos os direitos potestativos, é um poder puramente ideal, de produzir determinados efeitos jurídicos (atuação da lei); poder este que se exercita mediante uma declaração de vontade relativamente aos efeitos que se pretende, e não requer nenhuma ação física, senão a que é necessária para manifestar e manter, durante o processo, a vontade de que a lei seja atuada (demanda judicial).¹⁵

Com a mesma maestria destaca Luiz Guilherme Marinoni que:

[...] entendeu o doutrinador italiano que a ação não era um direito contra o Estado, mas um poder a ser exercido contra o réu, que ficaria sujeito aos efeitos jurídicos derivados do exercício do direito de ação pelo autor e a consequente sentença em seu favor.¹⁶

Da análise, percebe-se não houve aqui qualquer distanciamento da teoria concretista, fazendo com que a teoria não ficasse alheia àqueles mesmos ataques.

2.1.3 Teoria Abstrativista

Chiovenda exteriorizou os pensamentos acima indicados por volta dos anos de 1900, no entanto, antes disso em 1877 Degenkolb já desenvolvera na Alemanha a teoria da ação como direito abstrato de agir.

¹⁴ ALVIM, José Eduardo Carreira. **op. cit.** p. 160.

¹⁵ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 17ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.161.

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de direito processual civil. Teoria geral do processo**. São Paulo: RT, 2006. v 1. p. 165-166.

Em verdade, o pensador falava em um direito de ser ouvido. É que o fato de se ir ao juízo e receber uma sentença desfavorável não tem, na visão do autor, o condão de aniquilar a ação exercida. Via o idealista a incerteza como inata ao processo não podendo se exigir a decisão favorável como pressuposto de sua existência.

Como bem observa José Eduardo Carneira Alvim esta teoria:

[...] é exposta por Degenkolb para quem a ação é um direito abstrato de agir, desvinculado de todo fundamento positivo que legitime a pretensão de quem a exercita, sendo o primeiro doutrinador a definir a ação “como direito subjetivo público, correspondente a todo aquele que de boa-fé creia ter razão, para ser ouvido em juízo e obrigar o adversário a se apresentar”.¹⁷

Buscou-se um conceito de ação desvinculada e independente de qualquer direito anterior.

Os defensores diziam que não é por que foi improcedente que não existiria direito de ação. Aqui se tem o direito de ação como incondicionado, reforçando-se, aliás, a tese dos concretistas de direito autônomo, desvinculado do direito material, porém acrescentando nova característica, qual seja a independência.

Analisando tal corrente de pensamento, Daniel Amorim Assumpção Neves observa que para seus idealizadores:

O direito de ação é abstrato, amplo, genérico e incondicionado, não existindo nenhum requisito que precise ser preenchido para sua existência. Nessa concepção, não existem condições para o exercício da ação, muito menos quando tais condições só podem ser analisadas à luz do direito material, que para a teoria abstrata é absolutamente irrelevante para fins de existência do direito de ação.¹⁸

Concluiu-se que não deixa de existir ação quando uma decisão justa ou injusta nega ou acolhe a pretensão do autor; o simples fato de movimentar a máquina já é suficiente para indicar que o direito de ação foi efetivamente exercido.

Seus criadores apoiaram Oskar Von Bullow quanto a autonomia do processo como relação jurídica diversa daquela submetida ao órgão jurisdicional.

¹⁷ ALVIM, José Eduardo Carneira. **Teoria Geral do Processo**. 17ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 158.

¹⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8ª edição. Salvador: JusPODVIM, 2016. p. 156.

Dessa corrente de pensamentos, diversas ramificações foram surgindo, as quais não ficaram alheias a críticas, como se segue: Pensou-se em uma teoria na qual seria o juiz o sujeito passivo do direito de ação, é insofismável, é ele um simples agente estatal. Em outra banda pensou-se na ação como manifestação do direito de petição. É infundado, não é esse o intuito de tal remédio constitucional que visa levar aos órgãos públicos representações contra abusos do poder. De forma incoerente ainda tentam explicar a ação como exercício privado de uma função pública, isso faz com que a ideia publicizada de processo fique ameaçada e de logo enfraquecida e, ainda, ao mero deleite do arbítrio particular.

Apesar das críticas acima tecidas, algumas de suas ramificações teóricas merecem destaque, pois apesar de seguirem as rotas traçadas pela teoria abstrata contêm peculiaridades tais a ponto de se constituírem verdadeiras teorias autônomas sendo por vezes acolhidas nos diplomas processuais vigentes em volta do globo.

2.1.4 Teoria Eclética

Na esteira dos fatos acima colacionados, merece referência os ensinamentos de Enrico Tulio Liebman, italiano, que tanto influenciou e influencia a processualística brasileira, defensor da teoria eclética do direito de ação e por isso denominado abstrativista impuro que preconiza a autonomia e independência do direito de ação, no entanto, apontando que existem condições que devem ser observadas quando da análise do *merito causae*.

Comentando tal teoria, Candido Rangel Dinamarco e Greco Filho asseveram que “a teoria eclética defende que a existência do direito de ação não depende da existência do direito material, mas do preenchimento de certos requisitos formais chamados de ‘condições da ação’”¹⁹.

De maneira maestral, sintetizando o pensamento de Liebman, José Eduardo Carreira Alvim elucida: “portanto, a ação seria um direito subjetivo público, autônomo e abstrato, mas instrumentalmente conexo a uma pretensão de direito

¹⁹ DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 296. GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2. n. 08, p. 43.

material”²⁰. Tal instrumentalidade é realizada pelas condições da ação que, como observa Cassio Scarpinella Bueno, são "as condições mínimas para que alguém possa provocar a função jurisdicional."²¹

Buscando sistematizar as noções aqui expostas, Fredie Didier Jr leciona que “Condição da ação” é uma categoria criada pela Teoria Geral do Processo, com o propósito de identificar uma determinada espécie de questão submetida à cognição judicial”.²² E ainda, prossegue o autor na busca de uma alocação de tais requisitos no campo processual indicando que “essas não seriam questões de mérito nem seriam propriamente questões de admissibilidade”.²³

Em espécie, condições da ação, utilizando-se da visão primária de Enrico Tulio Liebman sobre o assunto, seria o interesse de agir a legitimidade de partes e a possibilidade jurídica do pedido.

Digo em suas acepções primárias, pois foi essa última condição suprimida em estudos mais recentes e também no atual Código de Processo Civil, sendo hoje consideradas condições da ação, portanto, o interesse de agir e a legitimidade *ad causam*, apenas.

Cumprir destacar que, apesar de acima destacada como opção do legislador, parcela doutrinária manifesta-se no sentido de que no Novo Código de Processo Civil foram suprimidas tais condições devido à falta de previsão legal – supressão terminológica - tornando-se essas pressupostos processuais, ou por vezes matéria de mérito, a depender do caso concreto em análise.

É nesse sentido a crítica realizada pelo mestre baiano Fredie Didier Jr às condições da ação destacando que:

A principal objeção a essa categoria tinha fundo lógico: se apenas há dois tipos de juízo que podem ser feitos pelo órgão jurisdicional (juízo de admissibilidade e juízo de mérito), só há duas espécies de questão que o mesmo órgão jurisdicional pode examinar. ²⁴

²⁰ ALVIM, José Eduardo Carreira. **op. cit.** p. 160.

²¹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1. p. 366.

²² DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: volume 1: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 344.

²³ **Ibidem.**

²⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **op. cit.** p. 345.

E com a clareza que lhe é costumeira ainda arremata: “ao adotar o binômio, as condições da ação não desapareceriam. É o conceito ‘condição da ação’ que seria eliminado. Aquilo que por meio dele se buscava identificar permaneceria existente, obviamente”.²⁵

De se notar que caso aceitas as lições até aqui indicadas, forçoso o reconhecimento de que o Novo Código de Processo Civil teria adotado a teoria abstrata da ação e não mais a eclética como vigorava no Código Buzaid.

Aparentemente, apesar das discussões doutrinárias referenciadas, na visão jurisprudencial hoje dominante foi a corrente eclética a adotada pelo CPC/15:

Informativo 381/STJ: 4.^a Turma, REsp 254.417/MG, j.16.12.2008, rel. Luís Felipe Salomão. O Código de Processo Civil adotou a teoria eclética, ao prever expressamente que a sentença fundada em ausência das condições da ação é meramente terminativa, não produzindo coisa julgada material (art. 485, VI, do Novo CPC).²⁶

Após breve análise acerca das discussões surgidas com a entrada em vigor do novo diploma processual civil, passaremos a análise das condições da ação, atentando-se para o fato já mencionado e aclarado por Luiz Guilherme Marinoni e Candido Rangel Dinamarco quando indicam que:

O próprio Liebman reformulou seu entendimento original, passando a defender que a possibilidade jurídica estaria contida no interesse de agir, de forma que ao final de seus estudos restaram somente duas condições da ação: interesse de agir e legitimidade.²⁷

Para melhor conformação, passaremos a análise das condições da ação da forma como anteriormente eram tratadas e sistematizadas, inaugurando-se tópico apartado para tratar dos avanços sofridos pelo instituto logo adiante.

²⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **op. cit.** p. 345.

²⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **op. cit.** p.189.

²⁷ DINAMARCO, Candido Rangel **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 299; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de direito processual civil. Teoria geral do processo**. São Paulo: RT, 2006. v 1. p.165-166; 173-174.

2.1.4.1 Possibilidade jurídica do pedido

O estudo deve ter como marco inicial o contido no art. 17 do atual Código de Processo Civil: “para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade”, inferindo-se daí que a possibilidade jurídica do pedido foi deslocada para o mérito.

Humberto Theodoro Junior assevera que “é importante destacar o acerto da posição adotada pelo novo Código ao excluir a possibilidade jurídica do pedido do rol das condições da ação”.²⁸

Apesar da nova sistemática adotada pelo código, alerte-se que o juiz, ao analisar a legitimidade e o interesse, por vezes adentra ao círculo do mérito. Mas devemos ressaltar que, de forma contrária, quando analisada possibilidade jurídica essa põe fim a cognição e a atividade jurisdicional, pois resolve a crise de certeza existente, diferente das outras duas condições.

Ou seja, a condição da ação (como outrora se tratou) aqui discutida sempre teve sua análise fundada em uma verificação abstrata de incidência no sistema jurídico e, como explica Humberto Theodoro Junior, “esse requisito, de tal sorte, consistia na prévia verificação que incumbia ao juiz fazer sobre a viabilidade jurídica da pretensão deduzida pela parte em face do direito positivo em vigor”.²⁹

Sempre se defendeu que não existiria possibilidade jurídica do pedido se esse não fosse encontrado no direito material positivo.

A doutrina de longa data esforça-se na busca de exemplos nos quais se poderia pensar em hipóteses de impossibilidade jurídica do pedido puramente processuais, já que todas as desenvolvidas culminavam ou em uma análise de mérito ou na falta de interesse processual, sendo por esses absorvidos. Por isso, destaca Humberto Theodoro Junior a acertada posição do diploma processual “que limita as condições da ação apenas às figuras do art. 17, ou seja, o interesse e a legitimidade. Deixa-se de lado, por inútil, a condição da possibilidade jurídica que ou se confunde com o mérito ou se subsume no interesse”.³⁰

Com a rápida explanação aqui desenvolvida, restou demonstrado os

²⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: volume 1: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.230

²⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **op. cit.** p. 230

³⁰ **Ibid.** p. 231

motivos que conduziram a supressão de tal condição no novo diploma processual, permitindo-se, inclusive, uma melhor adequação topológica dentro do sistema legislativo.

2.1.4.2 Interesse de agir

O interesse de agir, ou por alguns também denominado interesse processual, liga-se a utilidade da demanda. Devemos nos perguntar: é útil movimentar a máquina estatal?

Alfredo Buzaid tentando demonstrar o momento em que é esse interesse de agir sentido e o diferenciando de interesse substancial ensina que “se a parte sofre um prejuízo, não propondo a demanda, e daí resulta que, para evitar esse prejuízo, necessita exatamente da intervenção dos órgãos jurisdicionais”³¹ poderemos afirmar que há interesse de agir.

É preciso atentar-se que não é o caso de definir se o autor merece uma sentença favorável ou não, mas sim verificar se caso saísse vencedor da demanda o provimento favorável lhe trará ganhos significativos a ponto de justificar o rompimento da inércia jurisdicional.

Nesse sentido, Humberto Theodoro Junior destacando a relevância de se verificar se há no caso concreto interesse de agir a fim de se evitar lides temerárias e a inútil movimentação da máquina judiciária arremata que:

O processo jamais será utilizável como simples instrumento de indagação ou consulta acadêmica. Só o dano ou o perigo de dano jurídico, representado pela efetiva existência de uma lide, é que autoriza o exercício do direito de ação³².

Retomando, a utilidade questionada no primeiro parágrafo é traduzida pelo interesse processual, como explica Humberto Theodoro Junior, e “exige a conjugação do binômio necessidade e adequação, cuja presença cumulativa é sempre indispensável para franquear à parte a obtenção da sentença de mérito”³³, ou seja, a fim de que se afirme se há interesse de agir devemos voltar os olhos as

³¹ BUZOID, Alfredo. Do ônus da prova. **Revista Forense**. v. 204, out.-nov.-dez.1963. p. 88-89.

³² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: volume 1 : teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.226.

³³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **loc. cit.** p. 227.

seguintes indagações: é necessária a atuação do poder judiciário para resolução de tal conflito? E ainda, o instrumento é adequado para a solução do caso concreto?

Sintetizando, deve-se com base no interesse de agir buscar o judiciário por ser ele apto a alterar a situação fática sendo o pleito indispensável à resolução do conflito posto em juízo.

Não é por outra que Vicente Greco Filho adverte que “haverá, pois, falta de interesse processual se, descrita determinada situação jurídica, a providência pleiteada não for adequada a essa situação”³⁴

As ideias aqui inauguradas serão melhor analisadas tópicos a frente quando se justificará a necessidade de uma reestruturação de institutos para que a nova ordem processual se adeque a realidade social e constitucional vigentes.

2.1.4.3 Legitimidade de parte

É preciso haver vínculo entre os litigantes e a pretensão jurídica afirmada, é o que denominava Enrico Tulio Liebman de “pertinência subjetiva da demanda”.

Nesse sentido também caminha Daniel Amorim Assumpção Neves, utilizando dos ensinamentos de Araken de Assis observando que:

Conforme tradicional lição doutrinária, a legitimidade para agir (*legitimatio ad causam*) é a pertinência subjetiva da demanda ou, em outras palavras, é a situação prevista em lei que permite a um determinado sujeito propor a demanda judicial e a um determinado sujeito formar o polo passivo dessa demanda.³⁵

De forma clássica, sua verificação pode ser feita por meio da análise do objeto litigioso. É como explica Arruda Alvim Netto quando indica que “estará legitimado o autor quando for o possível titular do direito pretendido, ao passo que a legitimidade do réu decorre do fato de ser ele a pessoa indicada, em sendo procedente a ação, a suportar os efeitos oriundos da sentença³⁶”.

³⁴ GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, n. 14-2. p.81.

³⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8ª edição. Salvador: JusPODVIM, 2016. p.200.

³⁶ ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: RT, 1975, v. 1. p. 319.

Saliento que é preciso desmistificar a verificação da legitimidade através unicamente do objeto litigioso, propondo que, mais do que isso, sejam levados em consideração os interesses que se formam ao longo de cada novo ato dentro do procedimento. É nesse sentido o alerta que faz Humberto Theodoro Junior em observação a conceituação proposta por Arruda Alvim Netto, pois como aponta tal definição “impregna-se excessivamente do conteúdo da relação jurídica material deduzida em juízo, e não condiz bem com a ideia de direito autônomo e abstrato que caracteriza, modernamente, a ação como o direito à composição definitiva da lide”.³⁷

Os apontamentos finais aqui destacados serão mais bem analisados tópicos à frente.

2.1.5 Asserção ou In Status Assertiones

De concepção moderna, encontra-se em posição intermediária quando sopesadas as teorias abstrata e eclética da ação - propondo que as condições da ação são verificadas a luz exclusivamente da petição inicial tendo como lógica basilar o quanto a máquina judiciária movimentou-se.

Nesse sentido é a contextualização teórica realizada por Daniel Amorim Assumpção Neves indicando que “em tempos mais recentes surgiu na doutrina a teoria da asserção (in status assertionis), também chamada de *prospettazione*, que pode ser considerada uma teoria intermediária entre a teoria abstrata pura e a teoria eclética”³⁸.

Analisando os ideais preconizados por tal corrente de pensamento, observa-se que em sede de cognição sumária, a falta de condições da ação levaria a extinção sem resolução de mérito do processo, já em sede de cognição exauriente a falta de condições da ação escapa a extinção sem mérito, sendo uma verdadeira punição pelas inverdades afirmadas densificando o dever de boa-fé processual, justificando assim a improcedência da ação.

Apesar da teoria em sua origem propor que a presença das condições da ação deve ser analisada pelo juiz com os elementos fornecidos pelo próprio autor em sua petição inicial, sem nenhum desenvolvimento cognitivo, destaca Bedaque

³⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: volume 1 : teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.228.

³⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **op. cit.** p.189.

que “existe até mesmo parcela doutrinária que entende que tal análise possa ser feita depois da petição inicial, desde que ainda com uma cognição superficial das alegações feitas pelo autor”.³⁹

Fato é que indicam os defensores de tal teoria que sendo possível ao juiz mediante uma cognição rasa verificar a ausência de uma ou mais condições da ação deve extinguir o processo sem a resolução do mérito por carência de ação (art. 485, VI, do Novo CPC), é assim, pois, apesar de só reconhecida nessa fase processual, desde o começo seu reconhecimento já seria possível o que ocasionaria a extinção do processo.

Baliza-se tal pensamento no princípio da economia processual e justifica-se pelo fato de que, sabendo que o processo não alcançará o mérito, não há porque movimentar toda a máquina judiciária sendo de rigor a extinção por carência da ação – aproximando-se aqui da teoria eclética.

Por outro giro, necessitando-se que o juiz se debruce de forma mais acentuada sobre o processo a fim de reconhecer a presença de condições da ação não mais haverá essas que passarão a ser entendidas como matérias de mérito. É como acima destacado, para que tenham natureza de condições da ação, deve ser verificado no caso concreto o grau de exigência e de atividade da máquina judiciária. Nesse viés, a falta de tais condições descoberta por meio de cognição exauriente ensejará uma sentença de rejeição do pedido do autor (art. 487, I, do Novo CPC), que será posteriormente blindada com a autoridade da coisa julgada material. Assemelha-se aqui à teoria abstrata pura a qual milita pela total independência e autonomia entre o direito processual e material.

Com grande felicidade conclui Daniel Amorim Assumpção Neves analisando pontos de encontro das doutrinas de Greco, Luiz Guilherme Marinoni, Alexandre Câmara e Barbosa Moreira que:

O que interessa para fins da existência das condições da ação para a teoria da asserção é a mera alegação do autor, admitindo-se provisoriamente que o autor está dizendo a verdade. Se o autor alega ser o possuidor numa ação possessória, já basta para considerá-lo parte legítima, sendo a análise da veracidade ou não dessa alegação relegada ao juízo de mérito.⁴⁰

³⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. p.54.

⁴⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **op. cit.** p.190.

Atente-se que doutrinariamente critica-se tal teoria no ponto em que se altera a natureza de um instituto jurídico de acordo com a cognição exercida pelo juiz sobre ela, o que se mostra inaceitável, pois como observa Candido Rangel Dinamarco “uma condição da ação será sempre uma condição da ação, não existindo nenhuma relevância se sua ausência pode ser percebida liminarmente pelo juiz ou somente após o exaurimento de sua cognição”.⁴¹

Cabe por fim atentar aos leitores que apesar do desenvolvimento até aqui esboçado aparentar uma orientação voltada para os dogmas processuais civis, por vezes, já entendeu o Superior Tribunal de Justiça pela possibilidade de aplicação de tal teoria no campo processual penal, dando azo à fortificação de uma teoria geral do processo, como dita pelo Professor Fredie Didier Junior “essa desconhecida”.⁴²

Esgotadas as principais teorias acerca do conceito de ação, centraremos nossos esforços no estudo das diversas correntes que tentam ao longo dos tempos definir a natureza jurídica de processo a fim de fixar parâmetros que serão posteriormente utilizados para uma moderna compreensão dos institutos processuais.

2.2 Redescobrimo Conceitos: Uma Análise das Principais Teorias Acerca da Natureza Jurídica do Processo

Apesar de visto por parte da doutrina como fim em si próprio, de forma majoritária é tido como meio para solução de conflitos.

Mas nem sempre foi assim. É que, como já indicado, o processo é encarado hoje como o instrumento de exercício de uma função do Estado a qual se submetem às partes independente de seu querer, porém dos escritos romanos antigos infere-se que esse possuía características eminentemente privadas – *litiscontestatio*, onde as partes aceitavam se submeter às decisões.

Sua instrumentalidade dá-se por meio de procedimentos, que são encadeamentos de atos pelo qual o formalismo processual vai se exteriorizando, adaptando-se a realidade do direito material e das partes em litígio.

⁴¹ DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 313-315.

⁴² DIDIER JUNIOR, Fredie. **Sobre a teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. 5ª ed., 2018 Salvador: jusPODIVM

Ao se tentar buscar a natureza jurídica de tal instituto algumas teorias ao longo do tempo foram surgindo marcando-se essas por visões privatistas e publicista a depender do momento histórico em que desenvolvidas e estudá-las torna-se de fundamental importância a fim de que seja definido o regime jurídico a ser aplicado a depender do tratamento reconhecido ao instituto.

2.2.1 Processo como procedimento

Por muito se considerou a origem de processo como um caminhar de atos, levava-se em conta apenas seu significado conceitual (do latim, *procedere* = seguir adiante). Justifica-se com isso a confusão que sempre se fez com o procedimento - sucessão de atos processuais, sendo em certas ocasiões confundido e utilizado até mesmo como sinônimo de autos.

Não era possível nessa época falar na existência de uma teoria autônoma do processo, vigoravam as ideias imanentistas/civilistas de Friedrich Carl Von Savigny - o direito de ação era considerado o próprio direito material em movimento reagindo a uma agressão.

Nessa época, inconcebível um direito processual sem direito material. Desse modo, forçoso o reconhecimento do que hoje denominamos processo como um mero procedimento. Não é por outra que, ao referir-se ao direito processual, por vezes o denominavam como direito adjetivo, pois esse era visto como um mero apêndice do direito civil.

Conclui-se como demonstrado por Alexandre Câmara que:

[...] de qualquer forma, a essa época, entendido o direito de ação como o próprio direito material reagindo a uma agressão ou a uma ameaça de agressão, o processo era confundido com o procedimento, imaginando-se que os atos processuais praticados durante essa reação perante o Poder Judiciário, e que formavam o procedimento necessário para a efetiva proteção do direito material, representassem o processo.⁴³

Ademais, hoje se mostra tão aceita e latente tal distinção que são inúmeras as vezes em que podemos verificar a existência de diversos procedimentos dentro de um mesmo processo.

⁴³ CAMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. v. 2. p. 125.

2.2.2 Processo como contrato

Teve forte aceitação na doutrina francesa, ligando-se às ideias romanas de processo e suas fases, como explicado no capítulo acerca da ação. Indicava Robert J. Pothier que as partes anuíam com a submissão a decisão estatal, ou seja, tinha a ideia de bilateralidade envolvida, com um cunho privatista em submeter-se a jurisdição estatal.

Entre os séculos XVIII e XIX ganhou força seus ideais a fim de equacionar o processo a partir de fenômenos jurídicos privados não possuindo o Estado a força para intervir na demanda e na vida particular como hoje têm.

De clareza solar os dizeres de José Eduardo Carreira Alvim indicando que:

[...] na fase remota do direito romano, o Estado não havia alcançado ainda um estágio de evolução capaz de permitir-lhe impor a sua vontade às partes litigantes; pelo que se buscava uma justificação, para que a sentença pudesse ser imposta coercitivamente aos contendores. Isto se tornou possível com fundamento na *litiscontestatio*, pela qual as partes convencionavam aceitar a decisão que viesse a ser proferida pelo juiz, em troca do eventual direito que pudessem ter.⁴⁴

Essas ideias ficaram apenas como informações históricas, pois não se pode pensar em as partes decidirem se submeterem ou não as decisões estatais. Aliás, a obrigatoriedade de tal submissão tornou-se pedra de toque da jurisdição sendo, inclusive, uma de suas características.

2.2.3 Processo como quase contrato

Como acima indicado à ideia de processo como contrato teve grande aceitação na França, mas também foi daí que vieram suas principais críticas, algumas infundadas, como por exemplo, a feita por Amault de Guényvàu o qual concebia o processo como um quase contrato.

Tentava-se a todo custo adequar o processo ao direito privado para que dele se justificasse a irradiação de obrigações para as partes; isso era um verdadeiro erro, pois naquela época a lei já era fonte de obrigações.

⁴⁴ ALVIM, José Eduardo Carreira. **op. cit.** p. 186.

Ponderando acerca do tema Cintra-Grinover-Dinamarco indicam que a fim de adequar tal teoria e enquadrá-la na estrutura privatista da época “e não se aceitando tratar-se de um contrato, nem de um delito, a única saída viável seria entendê-lo como um quase contrato”.⁴⁵

Note-se que, de maneira ainda frágil, buscava-se um distanciamento do cunho eminentemente privatista de processo até então vigente.

2.2.4 Processo como relação jurídica

No ano de 1868, Oskar Von Bullow com a obra intitulada “Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias”, deu nova dimensão a natureza jurídica de processo, permitindo-se à doutrina processual verificar a existência de uma energia que justifica e modifica a prática dos atos dentro do procedimento unindo os sujeitos processuais. Digo nova dimensão, pois não foi ele quem primeiro reconheceu sua existência, mas sim quem *a priori* a sistematizou.

A obra acima citada é considerada a que primeiro concebeu existência própria ao direito processual, desvinculando-o do direito material.

Com essa visão contemplou-se ao processo natureza de relação jurídica fazendo com que saísse do campo privatista e adentrasse no campo publicista passando o Estado a atuar de forma equidistante das partes. Já é possível, nesse estágio, perceber o porquê de ser a citação considerada como pressuposto de existência àquela época, já que era ela a responsável por formar a relação triangular e equidistante entre as partes, fazendo surgir a relação jurídica de direito processual.

Em sua teoria Bullow enxergava a existência de duas espécies de relações jurídicas, indicava a relação de direito material como sendo o objeto de discussão do processo e uma relação de direito processual delimitando a estrutura por meio da qual a discussão ocorreria. Ou seja, elas não se confundiam, demonstrando-se essa teoria total entranhamento com a teoria abstrata da ação.

Tais ideias, ainda embrionárias, foram hoje aperfeiçoadas sendo perfeitamente aceitável a existência de um processo sem a formação da relação jurídica processual completa preconizada por Bullow, como, por exemplo, nos casos

⁴⁵ CINTRA, Antonio Carlos De Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral Do Processo**. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 172.

de improcedência liminar do pedido, extraindo-se também por aqui que a citação deixou de ser considerada um pressuposto de existência passando a ser desenvolvida como requisito de validade.

Apesar da evolução acima indicada merece destaque o fato de que já naquela época notava Oscar Von Bulow a existência de diferenças substanciais entre os sujeitos que participavam das relações jurídicas processuais e materiais, além da diferença de objetos e até mesmo de seus requisitos formais de caracterização. Não é por outra que em sua obra anteriormente indicada denominou os requisitos formais da relação jurídica processual de pressupostos processuais.

Sintetizando o pensamento publicista de Bulow, Cassio Scarpinella Bueno aponta que “a diferença nítida entre os dois planos permitiu ao doutrinador perceber que, em seus três elementos essenciais, a relação jurídica processual não se confunde com a relação jurídica material”.⁴⁶ São tais elementos os seguintes: a) seus sujeitos (autor, réu e Estado-juiz); b) seu objeto (a prestação jurisdicional); c) seus pressupostos (os pressupostos processuais).

Mas, afinal, o que se entende por relação jurídica? De maneira simplória, pode ser essa entendida como a existência de múltiplos e variados liames jurídicos entre o estado-juiz e as partes criando a esses sujeitos a titularidade de situações jurídicas, não uma, varias; exigindo-se em cada uma determinada espécie de comportamento.

Nesse diapasão o processo, então, passa a ser enfrentado pelo viés dos atos que lhe dão estruturação e das relações entre eles além dos aspectos das relações entre os sujeitos que nele interagem. Com isso, passou o procedimento a ser apenas a forma de exteriorização do processo, ou seja, apenas o aspecto formal deste último, mas com ele não se confundindo - processo resguardou para si apenas seu aspecto finalístico de meio adequado e legítimo para exercício do poder.

Apesar da enorme aceitação doutrinaria, não ficou a teoria ameahada de críticas sendo visto com maus olhos a concepção de diferentes fases de análise processual nas quais em uma se observava apenas pressupostos processuais e em outra se realizava uma análise exclusiva do mérito; ainda, critica-se a figura do juiz como intocável na qual não pode ter suas ações violadoras atingidas pelas reprimendas da lei, ou seja, de suas violações, não se originavam sanções. Talvez,

⁴⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1. p.376.

a crítica mais incisiva seja o fato de não se coadunar com a mais moderna doutrina processual a estruturação de um direito processual no qual as partes se apresentem unicamente em uma posição de sujeição ao órgão jurisdicional, pois como se sabe hoje se revestem essas de poder de influência nas decisões judiciais, verdadeiro sentido de efetivo contraditório.

Aquilatando as ideias acima elucidadas de intensa alvura a lição de Cintra-Dinamarco-Grinover indicando que do mesmo modo que processo não se confunde com procedimento, também não se consuma no conceito único de relação jurídica processual, pois “é inegável que o Estado e as partes estão, no processo, interligados por uma série muito grande e significativa de liames jurídicos”.⁴⁷

Com as conclusões aqui levantadas, permite-se afirmamos que, nesse momento, o processo civil passou por um divisor de águas, transmudando-se para um sistema no qual as pessoas tornarem-se o centro de relevância exigindo-se, assim, uma reestruturação de toda teoria processual.

2.2.5 Processo como situação jurídica

Apesar não ter despertado perante os processualistas grande interesse a teoria desenvolvida por James Goldschmidt, ao criticar a relação jurídica processual preconizada por Oskar Von Bullow, em muito contribuiu a ciência jurídica.

O processo, para essa corrente de pensamento, tem um dinamismo que transforma o direito objetivo antes estático em meras chances, representado pela simples possibilidade de praticar atos que levem a uma perspectiva de reconhecimento ou prolação de uma sentença favorável à parte. Exige-se, porém, um ônus para quem a busca, representado pelos encargos de assumir determinadas posturas como forma de evitar a derrota ao longo do procedimento.

Explicando o assunto Daniel Amorim Assumpção Neves referindo-se a Celso Neves indica que “justamente essa sucessão de diferentes situações jurídicas,

⁴⁷ CINTRA, Antonio Carlos De Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO Cândido Rangel. **op. cit.** p. 306

capazes de gerar para os sujeitos deveres, poderes, ônus, faculdades e sujeições, representava a natureza jurídica do processo”.⁴⁸

Em resumo, para Goldschmidt onde havia o direito ao se iniciar sua discussão dentro de um processo passam a existir meras chances. São das sucessões de diferentes situações jurídicas capazes de gerar para os sujeitos deveres, poderes, ônus, faculdades e sujeições, que se extrai a natureza jurídica do processo.

Apesar da contribuição da teoria na definição de diversos conceitos da praxe processual como ônus, poderes, faculdades; pecou seu idealizador quando utilizou como ponto de partida as deformações do processo. Ainda, é impossível falar e mesmo se pensar em processos formados por uma simples situação jurídica quando é esse na verdade uma gama de situações. Aliás, é esse conjunto de situações o que hoje se denomina relação jurídica, tratando-se o processo não como uma única relação jurídica como um dia também se pensou, mas como um feixe de relações jurídicas.

Destacando a importância da teoria para os dias atuais, Bermudes obtempera que “é corrente hoje afirmar que a relação jurídica processual cria em relação aos seus sujeitos sucessivas situações jurídicas ativas e passivas no decorrer do procedimento”.⁴⁹

Tais ideias ganham contornos ímpares quando cotejadas com as premissas aqui levantadas, de análise de atos processuais isoladamente, já que se aumentariam, significativamente, o número de situações jurídicas a serem vivenciados ao longo dos processos judiciais.

2.2.6 Processo como instituição jurídica

Idealizada por Jaime Guaspe a teoria também ganhou adeptos como Coutore que apesar de patrocina-la por um tempo, aceitando as críticas a ela tecidas, distanciou-se pela sua imprecisão e generalidade, como abaixo será analisado.

⁴⁸ NEVES, Celso. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 7. 178-180

⁴⁹ BERMUDES, Sergio. **Introdução ao processo civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 82.

Pensando-se em processo como instituição jurídica antes de qualquer análise conceitual acerca de tal apontamento é preciso se definir: o que é uma instituição? Partindo-se dessa premissa é que se pode reconhecer as ideias preconizadas por tal teoria, porém daqui também se extrai as principais falhas da corrente. Apontando tal nequice sustenta José Eduardo Carreira Alvim que “o defeito desta teoria está no impreciso conceito de instituição, pois tudo ao final pode ser reduzido ao esquema institucional, uma vez que tão elástico e impreciso é o significado de instituição”.⁵⁰

É que se sustentando por si só a instituição ganha força no seio social pelo fato de que as pessoas a entendem como de observância obrigatória e tomam atitudes para preservá-la, não obstante as leis as prevejam em seu bojo.

Mas nem sempre foi assim. Em passado remoto apenas se elencavam hábitos mais cotidianos a fim de indicar caminhos a serem seguidos pelas pessoas, mas descumpri-los não gerava qualquer reprimenda, o que facilitava que à época as pessoas tomassem decisões diametralmente opostos aos hábitos sociais e possuíssem condutas que desviassem do senso comum, já que não seriam sancionadas.

Diante da multiplicidade de relações e a fim de buscar segurança no meio social algumas dessas “dicas de comportamento” passam a ter caráter vinculante, não legal, mas através de pressões do próprio grupo social levando seu descumprimento muitas vezes ao descrédito perante o meio social.

Explicando o tema José Eduardo Carreira Alvim aponta que “os mores são, pois, padrões de comportamento com o caráter obrigatório, resultante da pressão exercida pelo próprio grupo social sobre cada um de seus membros, através daquelas atitudes, como o repúdio, a vaia etc.”⁵¹

Após tais passagens, verificou-se que as reprimendas do grupo social não eram suficientes, sozinhas, para que fossem os costumes cumpridos, necessitando de um algo mais. Nasce nesse momento o que Jaime Guaspe chama de instituição prevista em lei e com sanções jurídicas pela sua violação. Concedeu-se um verdadeiro fortalecimento e aumento de grau de obrigatoriedade a certos comportamentos tidos pela sociedade como indispensáveis ao convívio conjunto.

⁵⁰ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 17ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 191

⁵¹ ALVIM, José Eduardo Carreira. **loc. cit.** p. 188.

Arrematando a lição leciona Carreira Alvim que:

[...] por “instituição” entende Guasp não somente o resultado de uma combinação de atos tendentes a um fim, como também “um complexo de atividades relacionadas entre si pelo vínculo de uma ideia comum objetiva, à qual adere, seja ou não essa a sua finalidade específica, as diversas vontades dos sujeitos dos quais provém a referida atividade”.⁵²

Como se pode notar, definir processo como instituição não é suficiente para explica-lo, pois, instituição, como demonstrado, possui estrutura de pouca densidade fazendo com que diversas categorias possam ser amoldadas em seu bojo, ou seja, dizer que algo é uma instituição poderia funcionar dentro de raciocínios tais como uma carta curinga, se considerada a elasticidade do conceito.

Ainda, imperioso destacar que tal visão demonstra um viés sociológico, que se sobrepõe a análise jurídica do instituto processual.

2.2.7 Processo como procedimento em contraditório

Seu formulador, o italiano Elio Fazzalari, ataca a inserção da relação jurídica processual no conceito de processo preconizada por Oskar Von Bulow indicando que deve ser essa substituída. Preconiza o autor a ideia de “módulo processual” representado pelo procedimento realizado em contraditório e propõe que no lugar daquela se passe a considerar como elemento do processo essa abertura à participação, que é constitucionalmente garantida.

É preciso aclarar que o intuito não é dizer que processo e procedimento são a mesma coisa, aqui se enfatiza o contraditório (gênero), ou seja, é da imposição constitucional que surge as relações jurídicas com toda suas implicações, sujeições, poderes, deveres, ônus. Seria a relação jurídica uma das formas de densificação e exteriorização do contraditório.

Explicando a teoria enfatiza Daniel Amorim Assumpção Neves que “é justamente essa paridade simétrica de oportunidades de participação a cada etapa do procedimento que o torna um processo. O doutrinador italiano afirma que o processo é uma espécie do gênero contraditório”.⁵³

⁵² ALVIM, José Eduardo Carreira. **loc. cit.** p.190.

⁵³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **op. cit.** p.237.

Densificando sua teoria indica o pensador que o procedimento contém atos interligados de maneira lógica e regidos por determinadas normas sendo que o posterior, também regido por normas, dependerá do anterior e entre eles se formará um conjunto lógico com um objetivo final.

Depreende-se desse panorama teórico que a cada novo ato deve ser permitido a participação das partes em contraditório sendo justamente essa paridade simétrica de oportunidades a cada etapa do procedimento que cria o que denominamos processo sendo esse uma espécie do gênero contraditório.

2.3 Observações Gerais

Infere-se da evolução teórica desenvolvida acerca da conceituação de ação e da natureza jurídica do processo que as diversas correntes de pensamento que se sucedeu não se excluem sim se complementam não se podendo dizer que qualquer definição está pronta e acabada, pois refletem tais institutos o atual estágio da sociedade que regulam. Nada obstante, portanto, de melhor valia a utilização do termo dimensões ao tratar da evolução de tais institutos.

Por intermédio do dinamismo acima indicado permitiu-se partir de uma visão de processo e ação atrelados à violação de um direito material e alcançar uma perspectiva de análise constitucional na qual são dadas as partes o direito de influenciar de forma eficaz na decisão final, mesmo que seja a sentença a elas desfavorável.

É cediço que novos desafios virão e entender o processo como feixe de relações jurídicas possibilitando que as partes participem de forma efetiva ao longo do procedimento desafia os operadores do direito a criarem mecanismos que aumentem a possibilidade de participação das partes, possibilitando novas oportunidades processuais densificando e estruturando, assim, um novo devido processo legal quando substancialmente analisado.

As implicações aqui indicadas aparentemente foram sentidas pelo Novo Código de Processo Civil que quando da consagração e institutos processuais clássicos os adaptou a essa nova realidade como será abaixo colacionado.

3 A RELEITURA DE CLÁSSICOS INSTITUTOS PROCESSUAIS FRENTE À NOVA ORDEM PROCESSUAL

Extrai-se pela evolução acima referenciada que a adoção do sistema *civil law*, exige que as codificações com o passar do tempo e influenciadas pelas transformações sociais sejam reformuladas e adaptadas e quando apenas mudanças pontuais não lhe restem suficientes para atender aos anseios populares, necessário se faz a elaboração de um novo diploma legislativo.

Percebe-se que com o direito processual civil não foi diferente quando em rompimento com a ordem vigente desde 1973 teve sua base legislativa reformulada por um novo código de ritos, fruto da Lei. 13.105/15 – Novo Código de Processo Civil. Oportuno destacar que a nova postura processual adotada tem como umas de suas vigas mestras o caráter principiológico que se irradia por todo o caderno processual, além de reconhecer textualmente as posições doutrinárias e jurisprudenciais consagradas no seio da doutrina pátria, sendo sem dúvida corolário de uma grande revolução jurídica a ser sentida gradualmente nos anos que se seguirão.

Imbuídos desse sentimento de renovação é que daremos início à análise de clássicos institutos processuais que foram revistos e adaptados à nova ordem constitucional e social vigente demonstrando-se que o processo não pode hoje ser visto como uma linha na qual cada parte ocupa um lado e o juiz ao meio equilibra as forças envolvidas, mas de forma circular onde os sujeitos ao longo do procedimento alteram-se entre as mais diversas posições de forma a melhor tutelar seus interesses, inclusive validando situações nas quais o próprio magistrado desloca-se do núcleo do círculo para seus extremos, por exemplo, quando se torna parte em um incidente de suspeição.

3.1 Condições da Ação

Utilizando-se do roteiro procedimental proposto pela legislação processual civil começaremos o estudo pela análise das condições da ação destacando as inovações sofridas com o advento do Novo Código de Processo Civil, já que são essas verificadas pelo magistrado logo na propositura da demanda.

Exige-se uma diminuição do espectro de análise das chamadas condições da ação ganhando destaque às ideias pensadas por Antonio do Passo Cabral quando propõe que diferentemente de cuida-las como estanques e de aferição em momento processual único as ponderemos de forma isolada a cada novo ato processual surgido.

Essa nova compreensão será mais bem aclarada e desenvolvida na sequência, destacando-se, inclusive, sua incidência nos demais institutos processuais.

3.1.1 Novos matizes acerca da legitimidade

Perquiridas através do exame de determinados institutos conclui-se que as condições da ação não precisam ser revistas apenas em situações específicas, mas repensadas ao longo de todo o Código. Sua existência e aplicação ainda hoje se justificam a fim de racionalizar o procedimento evitando-se movimentações inúteis da máquina pública.

É que quando tratadas as teorias referentes ao conceito de ação, apesar de se pensar em um direito processual totalmente autônomo e independente do direito material – teoria abstrata verificou-se que apenas com isso não seria possível dar efetividade ao direito, pois diversas demandas mesmo que temerárias deveriam tramitar para que ao final se alcançasse tal conclusão.

Cientes de tais deficiências a corrente abstrata se ramificou por meio de alguns de seus membros e tão longe se foi que formou verdadeira corrente autônoma de pensamento, o que se denominou de pensamento eclético. Conceberam-se assim as chamadas condições da ação, por meio das quais se faz um juízo prévio de admissibilidade das ações, evitando-se assim que demandas infundadas tumultuem o sistema judiciário.

As condições da ação funcionam como verdadeiro filtro, sendo analisadas com base no direito material colocado em discussão, a fim de se aferir a legitimidade e o interesse das pessoas que ali litigam (como abordado anteriormente à possibilidade jurídica foi suprimida por seus idealizadores do rol de condições da ação).

Como supramencionado é aqui o momento no qual se verifica a pertinência subjetiva da demanda, ou seja, é a lei material que diz quem é legitimado para atuar em determinado polo da demanda.

Bem observa Antonio do Passo Cabral sobre o assunto que “legitimidade é, portanto, uma comparação entre a situação de fato de cada sujeito do processo e a situação legitimante a ele correspondente. Se coincidirem, dir-se-á legitimado o sujeito.”⁵⁴

De maneira simplória e facilitando o entendimento é como se o ordenamento material (civil/penal/tributário) previsse determinadas hipóteses e com isso abstratamente indicasse como deve ser realizado o contraditório em casos tais fixando quem ocuparia determinada posição no jogo processual. Essa relação jurídica material é aquela observada quando as partes trazem os fatos até o judiciário sendo tal análise denominada de legitimação ordinária - que é a regra de nosso ordenamento. Ou seja, olhamos para o caso concreto e a situação descrita na lei, se houver compatibilidade, dizemos que há legitimação, ou seja, há pertinência subjetiva.

Tal concepção, decerto, carrega consigo as ideias imanentista de um direito processual movimentando-se a partir de agressões ao direito material e tirando daí todo seu substrato.

Com a evolução das correntes de pensamento hoje podemos concluir que nem sempre aquele que iniciou a demanda perante o judiciário é quem realmente tem razão, mas o fato de tal improcedência em nada modifica a existência do direito de ação. Nesse ângulo, o antigo sistema para aferição de legitimidade na qual se via o credor como autor e o réu como devedor não é mais sozinho capaz de resolver os conflitos que exsurtem da sociedade.

É preciso reconhecer que o modo de se aferir os legitimados atualmente modificou-se, tomemos como exemplo as ações coletivas acima citadas - a Lei 7.357/85 que disciplina a ação civil pública elenca em seu art. 5º um rol de legitimados que sem muito esforço percebemos que em nada se relacionam ao direito material posto em juízo, não seria possível nem mesmo em tese atribuímos

⁵⁴ CABRAL, Antonio do Passo. **Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda.** Revista Eletrônica do Ministério Público Federal. p. 05. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Tut_Col_Cabral%2001.pdf >

tal pertinência subjetiva. A única forma conciliatória seria tratarmos tais situações como de legitimidade extraordinária, ou substituição processual.

Conveniente, portanto, o apontado por Rodolfo de Camargo Mancuso “o direito moderno apresenta situações que não conseguem ser transpostas ao modelo tradicional da legitimidade, um modelo tipicamente privatista do autor-credor contra o réu-devedor, com base num direito subjetivo e em interesses materiais privados contrapostos.”⁵⁵

Com isso, diversas foram as correntes criadas para tentar distanciar a legitimidade de um diagnóstico fulcrado em elementos de direito material, o que não nos parece acertado, já que todo o funcionamento do direito processual é pensando na efetivação do direito material violado, é o direito material propulsor do direito processual - é ele quem o anima.

Nesse panorama, tentando compatibilizar as questões até aqui desenvolvidas, Antonio do Passo Cabral propõe que a verificação da legitimidade seja realizada a cada novo ato processual, e não, apenas, na propositura da demanda. Muda-se o enfoque de observação, ou seja, “é possível reduzir a análise da legitimidade a certos momentos processuais específicos, vale dizer, não mais um juízo de pertinência subjetiva da demanda (a legitimatio ad causam), mas referente ao ato processual específico (a legitimatio ad actum).”⁵⁶

A crítica ao atual modelo norteia-se pelo seguinte contexto: se o filtro da legitimidade é aferido de acordo com a situação de fato vivenciada e o direito material posto em juízo, essas situações não devem ser verificadas uma única vez, mas sim sempre que a situação fática legitimadora se alterar deve haver uma nova verificação de legitimidade; é preciso compreender que o direito de ação não se esvai com a propositura da ação, ele é permanente e fica sendo exercitado, parceladamente, a cada novo ato processual.

Nesse sentido o contraditório-influência torna-se a válvula propulsora de novas situações legitimadoras devendo cada novo ato surgido ser observado não de acordo com a situação originária, mas de acordo com a realidade ali florescida.

⁵⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Titularidade do direito, legitimação para agir e representação processual**, Revista dos Tribunais, ano 89, vol.771, janeiro, 2000.p.91.

⁵⁶ CABRAL, Antonio do Passo. **Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda**. Revista Eletrônica do Ministério Público Federal. p. 07. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Tut_Col_Cabral%2001.pdf >

Não nos restam dúvidas de que é com esse isolamento de exame dos atos que será permitido um melhor exercício das faculdades processuais disponíveis em cada momento.

A aceitação dos dogmas aqui propostos, implicitamente, traz consigo a possibilidade de quem as partes cambiem entre as posições jurídicas que ocupam repensando-se o processo e a relações jurídicas não mais de forma triangular, mas sim, com base em atuações circulares, na qual a posição central desse globo estaria ocupada pela tutela justa e efetiva e todos os sujeitos a ela vinculado por uma linha denominada contraditório-influência, alterando-se os sujeitos suas posições processuais a cada novo ato processual.

Assevere-se o juiz também deve participar desse cambio de posições.

Apesar do movimento aqui demonstrado ao que tudo indica a doutrina ainda é relutante em permitir uma maior mobilidade processual baseada nas especificidades do caso concreto sendo firme em permitir uma legitimidade exclusivamente prevista em lei como sentido nos dizeres de Cassio Scarpinella Bueno ao tratar acerca dos negócios Jurídicos:

Por mais intenso que seja – e deve ser – o diálogo entre os planos material e o processual, inclusive para criar condições ótimas de resolução do conflito, a liberdade dada às partes para “ajustá-lo às especificidades da causa” referida pelo caput do art. 190 encontra limites no modelo de atuação estatal.⁵⁷

Em arremate, talvez se questione, como então seria realizado um controle de legitimidade eficaz para evitar a utilização dessa técnica para fins que ultrapassem os permissivos legais? A resposta é alcançada através da melhor utilização do contraditório já que é ali no frígido processual que as partes afloradas em seus anseios de vitória passarão a conter as atuações e abusos de seu “adversário” devendo então nesses casos o magistrado adaptar as previsões legais de modo a melhor atender a situação concreta, pois o contraditório em sua completude contém não apenas o permissivo para revisão de legitimidade ato a ato mas, também, os limites para que não se banalize o instituto.

Ademais, vindo a calhar com o aqui desenvolvido, cite-se a decisão da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça a qual reconheceu que “A execução de

⁵⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 235

título extrajudicial por inadimplemento de mensalidades escolares de filhos do casal pode ser redirecionada ao outro consorte, ainda que não esteja nominado nos instrumentos contratuais que deram origem à dívida.” (grifo nosso).⁵⁸ Ou seja, a corte posicionou-se pela possibilidade da pretensão de inclusão do pai na relação jurídica processual, mesmo que esse não tivesse seu nome na cártula nem nos contratos escolares, com base em um dever de solidariedade, sem dúvida tal decisão sinaliza uma nova era de investigação das nuances que rodeiam a legitimidade.

3.1.2 Interesse de agir: uma nova compreensão por meio das “zonas de interesse”

Desenvolvendo o tema da migração entre polos da demanda o professor Antonio do Passo Cabral pretendendo estruturar tal sistemática vislumbra a adaptação do interesse-necessidade para um sistema de “zonas de interesse” permitindo-se, assim, uma melhor visualização do fenômeno sobre a ótica também do interesse e não apenas da legitimidade.

É que tradicionalmente sempre se pensou o interesse sobre os vieses da necessidade, quando era o processo necessário ao restabelecimento da violação sofrida e de outro modo fosse impossível ao autor alcança-la, e da utilidade, devendo o autor escolher os meios adequados para consecução de seus fins. Destaque-se que nesse último momento o interesse começou jogar ao lado da máquina pública evitando-se demandas temerárias - nítida construção das chamadas atuações defensivas.

São necessários alguns apartes.

Em nosso país, a exemplo de muitos outros, preferiu-se que a legitimidade extraordinária fosse estabelecida de acordo com um critério legal distanciando-se de uma análise de direito material quando da elaboração de seu rol de legitimados. Adentramos a tal assunto, pois, diante dessa legitimação abstratamente prevista, inexoravelmente, ocorrerá conflitos e dissenso internos com relação aos interesses que movem os legitimados em suas atuações.

⁵⁸ REsp 1.472.316-SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 05/12/2017 (Info 618)

Com essa breve introdução já se denota a necessidade de nos afastarmos das ideias civilistas de um interesse fundado exclusivamente na lesão ao direito material já que em um processo nem sempre haverá lide. Aliás, observa-se que dentro de um mesmo processo podem existir momentos de conflitos resistidos, noutros não. Basta adotarmos o isolamento de atos como proposto que situações assim saltaram aos olhos. Em crítica ao pensamento civilista acima referenciado observa Antonio do Passo Cabral que “é esse apego que opõe resistência à ampliação das possibilidades de migração de polo na demanda.”.⁵⁹

Prosseguindo-se em críticas as formulações tradicionais, com relação ao interesse-adequação, dizer que escolheu o meio menos idôneo e, portanto, não tem interesse de agir, sem dúvida, não tem qualquer respaldo na nova ótica processual. Fredie Didier Jr por isso faz incisivo embate a tal pensamento quando aponta que “o pior dessa concepção é o incentivo (ou, posto de modo politicamente mais correto, a válvula de escape) que se dá ao magistrado para não admitir o processamento de demandas sob o fundamento de equívoco na escolha do procedimento”.⁶⁰

É nessa senda que se propôs a verificação do interesse em cada ato, ou em cada cadeia de atos de acordo com os interesses que circundam os sujeitos naquele momento processual e não simplesmente aplicando, friamente, aqueles mesmos que norteavam a atuação das partes quando da propositura da demanda.

Patentes, por exemplo, são as situações que reflexamente atingem terceiros e que são surgidas no desenvolver de cada ato, mas que não têm o devido tratamento pela falta do que se denominou “Interesse jurídico” àqueles terceiros, fazendo com que decisões que lhe atinjam não tenham sido alcançadas por meio de participações efetivas de todos em contraditório pelo simples fato de tentarem os operadores do direito manterem-se firmes aos interesses que abasteciam o interesse jurídico no começo da demanda. Sem dúvida, tal situação reflete uma afronta gigantesca ao direito de ação constitucionalmente previsto que seria facilmente resolvida se analisado o interesse ato a ato e não em um único momento processual como se tem feito.

⁵⁹ CABRAL, Antonio do Passo. **Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda.** Revista Eletrônica do Ministério Público Federal. p. 25. Disponível em: <
http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Tut_Col_Cabral%2001.pdf >

⁶⁰ DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo.** São Paulo: Saraiva, 2005. p. 287

Caminhando assim concluiremos que deve o interesse, assim como a legitimidade, ser condizente com a dinamicidade da vida em sociedade amoldando-se as realidades vividas a cada novo ato processual permitindo-se, assim, uma atuação dos sujeitos para que melhor alcancem a tutela de seus direitos.

Afirme-se em reforço que ao examinarmos o ingresso de um terceiro no processo não devemos verificar seu interesse com base no resultado final do processo buscado pelas partes que o integram desde o começo, mas se é cabível naquele momento processual sua participação sendo essa valoração feita pelo magistrado por meio da análise do núcleo duro que baliza o princípio do contraditório-influência, ou seja, deve o magistrado se perguntar: é possível que as opiniões do terceiros tragam ganhos de debates ao processo gerando repercussões nas decisões finais? O ato que será nesse momento desenvolvido tem o condão de atingir situações jurídicas pertencentes aos terceiros que nele querem influir? Se a resposta for positiva é possível a integração desse a relação jurídica, limitado, claro, a essa zona de interesse.

De mais a mais examinando cada ato de forma isolada com vistas a multiplicidade de interesse que surgem para os sujeitos processuais, sem dúvida, permitiremos uma maior mobilidade e flexibilidade da denominada estabilização subjetiva da demanda permitindo-se a dilação de hipóteses de migração polar bem como maiores participações dos sujeitos da formação da decisão final.

Precisa são as lições de Antonio do Passo Cabral que tanto tratou sobre o tema ao afirmar a praticabilidade que ganhará o processo ao adotar tal sistema teórico já que pode a ideia de zonas de interesse serem aplicadas e “servirem ainda para os casos, em que não seja tão simples identificar com precisão todas as posições subjetivas correlatas que estejam em jogo ou que possam sofrer interferências da discussão no processo”.⁶¹

Atreladas as ideias aqui desenvolvidas, abaixo será desenvolvido uma gama de estudos acerca de institutos processuais clássicos apontando-se, oportunamente, os reflexos que as presentes condições neles projetam sem se descuidar das peculiaridades que lhe circundam.

⁶¹ CABRAL, Antonio do Passo. **Despolarização do processo e “zonas de interesse”**: sobre a migração entre polos da demanda. Revista Eletrônica do Ministério Público Federal. p. 31. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Tut_Col_Cabral%2001.pdf >

3.2 Citação

Por tempos pensou-se na citação como pressuposto de existência. Falso.

Como bem leciona a doutrina pátria é essa em verdade requisito de validade processual sendo prevista no art. 238 do Novo Código de Processo Civil como “o ato pelo qual são convocados o réu, o executado ou o interessado para integrar a relação processual”.

Nesse caminho, destaca Fredie Didier Jr. em síntese que:

[...] a citação é uma condição de eficácia do processo em relação ao réu [art. 312, CPC) e, além disso, requisito de validade dos atos processuais que lhe seguirem [art. 239, CPC). A sentença, por exemplo, proferida em processo em que não houve citação, é ato defeituoso, cuja nulidade pode ser decretada a qualquer tempo, mesmo após o prazo da ação rescisória (art. 525, § 1º, I, e art. 535, I, CPC).⁶²

Percebe-se relevante o destaque acerca de sua obrigatoriedade, que se projeta ao longo dos procedimentos regidos pelo código de ritos, não se olvidando, entretanto, das peculiares situações nas quais já há processo sem que ainda tenha havido citação.

Nessa esteira, mostra-se louvável a evolução sofrida pelo instituto de modo a compatibilizar-se com as diversas posições e interesses que circundam a atuação dos sujeitos durante o procedimento, por exemplo, passando-se a atuação do réu a novos horizontes que não apenas defender-se.

Não por menos o mestre processualista Humberto Theodoro Junior com o brilhantíssimo que lhe é costumeiro junte a citação como “elemento instaurador do indispensável contraditório no processo” apontando “que sem ela todo o procedimento se contamina de irreparável nulidade, que impede a sentença de fazer coisa julgada”⁶³.

Apesar das noções até aqui expostas nem sempre caminhou a legislação nesse sentido, como bem se observa da leitura do art. 213 do revogado

⁶² DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: volume 1: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 682

⁶³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: volume 1: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 716

código, o qual dispunha que “a citação é o ato pelo qual se chama a juízo o réu, a fim de se defender”.

Ou seja, talvez, aqui se corporifica a principal razão para inadmissão ou mesmo dificuldade de visualização de que o réu nem sempre se defende, que o autor nem sempre ataca, que o juiz não é apenas um mero julgador, que estar no mesmo polo da demanda nem sempre representa possuir o mesmo interesse ao longo de todo o decorrer do procedimento, pois o réu era chamado exclusivamente para defender-se, havia desde o começo de sua integração ao processo uma limitação ao modo de atuação. E mais, tal conceito ao que se denota foi criado exclusivamente para a fase de conhecimento, por expressa incompatibilidade com as demandas executivas, por exemplo.

É com a nova faceta inaugurada pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, de integração de sujeitos à relação jurídica, que no desencadear de atos processuais permite-se o desenvolvimento de um contraditório efetivo exigindo-se dos interpretes e aplicadores do direito uma releitura do instituto citatório de modo a admitirmos que os sujeitos participantes dessas relações possuam interesses que, por vezes, transcendem a ótica tradicional e não fiquem engessados a posição processual que ingressaram no feito, mas possam ter seus direitos, obrigações, deveres e ônus moldados a cada pratica de novo ato tendo sua atuação subsidiada por todas as armas processuais disponíveis.

Nessa vereda, chamados os sujeitos a compor a relação jurídica processual passaremos a análise acerca de alguns outros elementos fundamentais, propondo também adaptações. Assevere-se, novamente, que a ideia aqui defendida e que tem moldado toda a discussão é a de que a nova legislação processual não impôs aos sujeitos uma atuação fixa em determinado lado da demanda.

3.3 Negócios Jurídicos Processuais

O Novo Código de Processo Civil visando distanciar-se de ideias individualistas consagradas materializa-se em normas fundamentais, muitas vezes repetidas da própria constituição, inaugurando um novo sistema processual em face de uma reestruturação de institutos clássicos.

Note-se a tendência legislativa de buscar como fim último uma tutela jurisdicional efetiva mesmo que por vezes exija-se um distanciamento do formalismo

rígido que sempre se pregou - a esse novo movimento dá-se o nome de formalismo-valorativo.

É nessa senda que ganha força princípios como o da adaptabilidade e a previsão de que sejam realizados negócios jurídicos atípicos visando sempre um melhor tratamento e conformação da legislação ao caso concreto. Com esse espírito inovador, passaremos a análise do artigo 190 do Código de Processo Civil demonstrando seus reflexos em todo caderno processual.

O referido artigo versa acerca da possibilidade de mediante acordo mutuo os sujeitos acordarem determinadas regras procedimentais obrigando-se a elas se submeterem. É caso, também, dessas multi participações o saneamento compartilhado como abaixo será visto.

Da leitura do diploma processual observa-se que é ele repleto de possibilidades pelas quais podem as partes acordar sobre certas matérias, são os chamados negócios processuais típicos cujo permissivo vem desde os antigos códigos, destacamos a clausula de eleição de foro (art. 63 N.C.P.C), por exemplo. A novidade parece ser a atipicidade de tais negócios a qual permite às partes nas palavras de Daniel Amorim Assumpção Neves “estipularem mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais”⁶⁴.

Contemplem! Permite-se até mesmo as partes fixarem as matérias de direito que incidirão sobre o caso concreto.

Destaco, por oportuno, que em uma leitura avançada de alguns dos princípios inaugurais do Código já poderíamos extrair tais conclusões sem a necessidade de uma previsão legal expressa, bastaria, por exemplo, fazermos melhor uso do artigo sexto que exige a cooperação das partes para que seja alcançada uma decisão justa e legitimamente amadurecida, por obvio, em um efetivo contraditório. Apesar de tanto, vale o reforço legislativo se considerado o apego nacional àquilo que é escrito.

Ainda sobre o instituto, com a devida licença, não concordamos com a desesperançosa visão daqueles que como destacado por Daniel Amorim Assumpção Neves apenas veem efetividade em tais negócios processuais com a mudança de mentalidade da sociedade. Perceba-se a opinião do renomado autor:

⁶⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8ª edição. Salvador: JusPODVIM, 2016. p. 581.

“Sinceramente, acredito que a consagração efetiva do art. 190 do Novo CPC depende de mudança de cultura jurídica, tanto contratual como processual, e por isso não nutro grandes expectativas práticas quanto à novidade”⁶⁵.

Por mais que compreendamos a dificuldade em se pensar em tais negócios sendo na prática concretizados e utilizados pela grande massa o que faz o artigo muito mais do que permitir acordos é dilatar as possibilidades das partes de buscarem um novo contraditório, e vamos além, muito mais do que uma simples regra enxergamos aí um permissivo legal geral de que as partes moldem suas atuações de modo a participarem mais ativamente da formação das decisões judiciais.

Fato é que as codificações são feitas para perdurarem no tempo sendo estruturadas de modo a que abstratamente prevejam procedimentos e tentem acoplar dentro de poucos artigos as mais variadas situações cotidianas. Faz-se isso por um anseio tipificador que justificaria uma falsa segurança jurídica. Chamemos tais ideias à ordem! É que nem sempre as situações concretas serão devidamente tratadas, louvando, de logo, o caminhar do legislador quando permite aos sujeitos processuais demonstrarem ao juiz da causa que do modo como escrito e tratado não terão a decisão mais efetiva quando da solução de seus litígios exigindo-se, pois, adaptações ao rito previsto para seu processo.

Aliás, bem observa Fredie Didier Jr que:

Em síntese: adapta-se o processo ao seu objeto, tanto no plano pré-jurídico, legislativo, abstrato, com a construção de procedimentos compatíveis com o direito material, como no plano do caso concreto, processual, permitindo-se ao magistrado, desde que previamente (em homenagem ao princípio da tipicidade), alterar o procedimento conforme às exigências.⁶⁶

Por isso, ratificamos o acima dito, louvável a previsão legislativa quando possibilita que sem desnaturar a opção política adotada possam as partes moldar o procedimento de forma a exercer um contraditório com maior efetividade. É o que se extrai da leitura do artigo aqui debatido, acompanhe sua transcrição com os devidos destaques:

⁶⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **op. cit.** p. 582.

⁶⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo.** São Paulo: Saraiva, 2005. p. 516

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

Algumas peculiaridades que rodeiam tal instituto precisam ser aclaradas a fim de melhor se conformarem à nova ótica sob a qual se funda o processo civil brasileiro.

3.3.1 Posições jurídicas

Esclarecidas as balizas mestras acerca dos negócios processuais prosseguiremos o raciocínio atentando-se que ao se conceituar o processo como feixe de relações forçoso o reconhecimento de que os sujeitos por vezes estarão envolvidos de diferentes direitos/obrigações/ônus/faculdades exigindo-se a cada nova situação processual vivenciada atuações mais ativas ou/e mais passivas, até mesmo neutras, de forma a melhor atender seus interesses.

Caminham nesse sentido as lições de Daniel Amorim Assumpção Neves quando exemplifica a relação jurídica vivenciada em um processo destacando a dinamicidade que a circunda: “Essa relação jurídica é complexa e continuada, sendo composta de inúmeras posições processuais ativas (poderes, ônus, faculdades e direitos) e passivas (sujeição, deveres e obrigações).”⁶⁷

Em um primeiro momento poderia se pensar que as partes teriam poderes para negociar sobre todas as disposições procedimentais, o que, sem dúvida, não era o intuito legislativo, já que apesar das diversas posições que podem ser ocupadas a depender do ato processual em que estão os sujeitos atuando devem as partes ater-se ao fato de que só podem dispor daquilo que lhes é próprio e palpável, intangível, pois pensar em disposição da boa-fé objetiva, por exemplo, ou mesmo em negociar questões relacionadas a atuação típica do magistrado.

É nesse sentido que prossegue Daniel Amorim Assumpção Neves quando aponta que: “Da mesma forma, a exigência de a mudança procedimental estar vinculada às especificidades da causa e à vedação de as partes convencionarem sobre as posições jurídicas do juiz.”⁶⁸

⁶⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **op. cit.** p. 585

⁶⁸ **Ibid.** p. 596

Por último, já que pertinente ao tema aqui desenvolvido, destaco que os negócios jurídicos realizados no campo processual não precisam guardar perfeita conexão com as peculiaridades vivenciadas no campo material e fático sendo essa questão inclusive afluída por meio do Enunciado 258 do FPPC: “As partes podem convencionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, ainda que essa convenção não importe ajustes às especificidades da causa”⁶⁹. Cristaliza-se, assim, a existência de independência entre a relação jurídica de direito material e aquela relação de direito processual surgida com o exercício do direito de ação.

3.3.2 Interesse

No rastro do aqui delineado não podemos nos olvidar que os negócios jurídicos também se rodeiam de condições que devem ser analisadas quando de sua formação e incidência.

Assim, não se mostra razoável exigir que o estado dispenda de funcionários e toda sua estrutura para que trâmite um simples feito inútil e desnecessário em razão, simplesmente, das partes terem assim acordado.

A doutrina aponta que o artigo 775 do Código de Processo Civil seria a consagração da possibilidade de que a parte escolha o rito que mais lhe interesse, mesmo com outros melhores aparatos disponíveis. Errado.

É notório o reconhecimento de que o título executivo extrajudicial, por não ter sido formado em contraditório judicial, permite maiores defesas pelo executado quando esse instrui determinado procedimento executivo, diferentemente do título executivo judicial. Assim, de logo, nota-se a possibilidade e uma justificativa, plausível, para que o credor prefira a formação desse segundo.

Nesse sentido, concluímos que a cada novo negócio jurídico realizado não devemos perquirir os interesses exclusivos das partes surgidos quando do ajuizamento da demanda, mas sim, amolda-los as realidades daquele momento processual vivenciado para que tenham melhor aplicabilidade no caso concreto e sejam responsáveis pelo elastecimento das atuações dos sujeitos dentro dos autos.

⁶⁹ Enunciado n. 258 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

3.3.3 Legitimidade

Como acima elucidado ganha concretude o presente trabalho quando se exige do magistrado que a cada novo negócio processual seja reanalisados os interesses e os legitimados para aquele ato isolado determinando-se ao juiz que atue perquirindo os interesses que movimentem a realização de determinados acordos a fim de verificar se compatíveis às especificidades da causa, com isso, conclui-se que análise das condições da ação não está adstrita a um único momento processual, mas em movimento atravessando todas as fases do procedimento. Anote-se que alcançamos tal raciocínio quando percebemos que a prática de qualquer ato dentro de um procedimento nada mais é do que o exercício do direito constitucional de ação exercido parceladamente.

Nesse senso, e considerando a previsão constitucional de que é da união à competência privativa para legislar acerca de direito processual (art. 22, I Constituição Federal), indagamos: Seria possível por contrato elencar substitutos processuais? Reside aqui, também, a resposta acerca da possibilidade de um negócio jurídico processual descumprir regras de ordem pública.

Guiamo-nos pelo seguinte horizonte, muitas vezes estaremos mais confortáveis em elencarmos pessoas para em nossos lugares exercerem posições processuais, e a outra parte também poderá concordar com essa atuação, não havendo razões para a lei não aderir a essa vontade pelo simples fato de querer manter-se fiel ao texto legal, que muitas vezes se mostra distante do caso concreto.

Tal modo de conformar a apuração da pertinência subjetiva nos negócios jurídicos processuais revela-se mais próxima do desenvolvido no trabalho, pois permite atuações mais efetivas das partes criando sistema próprio para formação de polos jurídicos não considerando apenas as balizas legais, mas todas as construções fáticas que aquele caso concreto faz incidir sobre a legislação.

3.4 Reconvenção

Como acima destacado reconhece-se que os sujeitos processuais não permanecem em posições jurídicas inalteráveis ao longo de toda a litispendência e a previsão da reconvenção talvez seja o maior exemplo de tal afirmação, consagrando

a visão de que processo é na verdade a multiplicidade de relações jurídicas que vão se formando da interação dos sujeitos.

Passemos as análises do instituto.

A reconvenção é o direito de ação exercido pelo réu quando de sua manifestação no bojo da ação dita principal, Daniel Amorim Assumpção Neves comentando sobre o tema assevera que “Em razão dessa natureza de ação, é comum afirmar que a reconvenção é um “contra-ataque” do réu, pelo qual haverá uma inversão dos polos da demanda: o réu se tornará autor (autorreconvinte) e o autor se tornará réu (réu-reconvindo).”⁷⁰

Destaco que não existe uma deslocação fática de polos, permanecendo o feito com a mesma formação anterior permitindo-se ao réu a utilização de novas armas, antes disponíveis apenas ao autor.

Observe-se assim que o réu apesar de não sair de seu polo da demanda exerce não mais, apenas, uma posição de defesa realizando, também, ações típicas de um autor.

Humberto Theodoro Junior aclarando tal situação aponta que “Da reconvenção resulta um cúmulo de lides, representado pelo acréscimo do pedido do réu ao que inicialmente havia sido formulado pelo autor. Ambas as partes, em consequência, passam a atuar reciprocamente como autores e réus.”⁷¹

E ainda prossegue o mestre: “Enquanto o contestante apenas procura evitar sua condenação, numa atitude passiva de resistência, o reconvinte busca, mais, obter uma condenação do autor-reconvindo.”⁷². Conclui-se que com esse pedido do réu o campo objetivo de discussão do processo é dilatado ampliando-se o contraditório permitindo-se ao réu, agora também autor, novas formas de atuar.

Imperioso destacar que a reconvenção se trata de uma faculdade processual disponível ao réu dentro de uma ação dita, indevidamente, principal, mas nada impede que o réu a vincule por meio de ação autônoma.

Nesse trilhar, extrai-se que a reconvenção, também, rodeia-se das chamadas condições da ação, as quais sem dúvida devem ser novamente analisadas, porém, agora, sob um novo viés tomando-se o réu como autor. Bem

⁷⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **op. cit.** p. 1.085.

⁷¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: volume 1: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum.** 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1020

⁷² **Ibidem.**

assim, também devem estar presentes todos os pressupostos processuais analisados quando da propositura da ação principal.

Reforce-se que com a inauguração do novo código de ritos, como destaca Daniel Amorim Assumpção Neves “A reconvenção deixa de ser alegada de forma autônoma, passando, nos termos do art. 343, caput, a ser apresentada na própria contestação.”⁷³

Ressalte-se que a propositura de uma independe da outra sendo autonomamente consideradas e apenas propostas simultaneamente quando a contestação existir e interessar a defesa.

Humberto Theodoro Junior destacando as inovações trazidas pelo novo diploma processual assenta que:

A grande novidade do Código de 2015 consistiu em permitir que contestação e reconvenção fossem formuladas numa única peça processual. Nada obstante, continua obrigatória a formulação da demanda reconvenicional, ainda que inserida no corpo da contestação.⁷⁴

No entanto, devemos realizar uma leitura de tal inovação à luz da proposta do Fórum Permanente dos Processualistas Civis (FPPC) que culminou no Enunciado de nº 45 possuindo a seguinte dicção: “Para que se considere proposta a reconvenção, não há necessidade de uso desse *nomen iuris*, ou dedução de um capítulo próprio”⁷⁵.

Como acima destacado, a fim de analisar os interesses envolvidos na reconvenção, passemos a análise das condições da ação necessárias à sua apresentação.

3.4.1 Legitimidade

De plano destacamos que os litisconsórcios formados no momento da propositura da ação principal não precisam ser preservados quando da formação da ação reconvenicional. Note-se que nem sempre todos os autores serão réus na reconvenção.

⁷³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **op. cit.** p. 1.093.

⁷⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **op. cit.** p 1034

⁷⁵ Enunciado n. 45 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

O que pode acarretar tal equidade de sujeitos não é o fato de ser a reconvenção, mas sim aquele litisconsórcio necessário que desde a ação principal já era obrigatório. Por exemplo, em razão do objeto discutido.

Essa diminuição subjetiva é e sempre foi permitida, abarcando o Novo Código de Processo Civil agora, também, de forma expressa a possibilidade de incluir sujeitos diversos aos que originalmente participavam da ação principal.

Parece ser essa a inteligência do artigo 343 e parágrafos:

Art. 343. Na contestação, é lícito ao réu propor reconvenção para manifestar pretensão própria, conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa.

§ 3º A reconvenção pode ser proposta contra o autor e terceiro.

§ 4º A reconvenção pode ser proposta pelo réu em litisconsórcio com terceiro

Debates acerca da atuação do curador e do substituto processual mostram-se intrinsecamente relacionados ao tema aqui proposto sendo, portanto, lucido e pertinente o destaque de Fredie Didier Jr ao apontar que:

Se o réu quiser reconvir em face do substituto processual, deverá fundar o seu pedido em pretensão que tenha em face do substituído, desde que para tal pretensão o substituto tenha legitimção extraordinária passiva. Trata-se de regra que decorre do § 52 do art. 343, CPC.⁷⁶

Por fim, anotamos que se diferencia a reconvenção do pedido contraposto quando permite uma maior ampliação do objeto litigioso, não apenas se relacionados aos fatos da causa (Lei. 9099/95), ou a um pedido de indenização (Ações Possessórias).

3.4.2 Interesse

Diz-se interessado àquele que demonstra a necessidade e adequação de sua postulação existindo, no entanto, certas observações aqui a serem desenvolvidas.

De se destacar o cabimento da reconvenção quando com a simples defesa não poderá o réu alcançar a tutela que lhe seja pretendida. Ou seja, nas

⁷⁶ DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil: volume 1: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 746

ações dúplices, por exemplo, é inócua qualquer reconvenção já que a improcedência para o autor acarreta, inexoravelmente, a procedência para o réu.

Tratando acerca dos interesses que norteiam a participação do réu dentro do processo Cassio Scarpinella Bueno destaca que “Quando reconvém, o réu passa a aspirar algo que vai além da tutela jurisdicional que obterá caso a sua defesa seja acolhida com a rejeição do pedido formulado pelo autor”⁷⁷.

Caminham também nesse sentido os ensinamentos de Fredie Didier Jr quando destaca que “Quando o efeito prático almejado pela reconvenção puder ser alcançado com a simples contestação, como nos casos das ações dúplices, não se admite a reconvenção por falta de interesse processual”⁷⁸.

Por oportuno, apontamos que o fato de a ação principal ter cunho meramente declaratório por si só não é suficiente para afastar a possibilidade do réu de apresentar reconvenção, já que pode esse em seus pedidos alegar outros matérias, como, por exemplo, de cunho condenatório.

Como bem aponta Fredie Didier Jr “A reconvenção pode ser demanda de qualquer natureza: declaratória, condenatória ou constitutiva”⁷⁹. Mantem-se assim íntegra a dicção da Súmula 258 do Supremo Tribunal Federal “É admissível reconvenção em ação declaratória.” Ou seja, exige-se apenas nos termos do artigo 343 Código de Processo Civil que a reconvenção seja conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa.

Note-se que como visto no capítulo da teoria da asserção aqui também será feito um juízo prévio das condições, tomando como verdadeiras as alegações fáticas do réu, sendo a comprovação de sua veracidade matéria meritória.

Essa reanálise das condições da ação, no momento da apresentação da reconvenção, caminha no sentido aqui proposto de que não devem essas ser tratadas como uma mera fotografia, como bem obtempera Antonio do Passo Cabral em artigo sobre o tema.

⁷⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 348

⁷⁸ DIDIER JR. Fredie. **op. cit.** p. 743

⁷⁹ DIDIER JR. Fredie. **op. cit.** p. 740

3.4.3 Reconvenção da reconvenção

Sem dúvida seu permissivo desmantela qualquer construção acerca de serem os polos das demandas estanques e torna clara a ineficiência de analisar-se apenas uma única vez as condições da ação.

Sua utilização mostra-se possível, por exemplo, quando a conexão advier dos fundamentos da defesa, quando utilizados meios de defesa indireta (ou seja, não se limita o réu a simplesmente negar os fatos, mas traz fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor).

Atentando-se ao princípio da economia processual nada impede que para que não haja tumulto o juiz a indefira, no entanto, destacamos seus interessantes reflexos no presente trabalho, posto que o réu dentro de um mesmo processo, durante o tramitar processual, às vezes em apenas um mês (referindo-se a marcha processual) pode atuar em três diferentes posições jurídicas: autor da ação principal; réu na reconvenção, e autor novamente na reconvenção da reconvenção.

3.4.4 Destaques

Tal instituto sempre esteve presente em nosso ordenamento processual, mas talvez nunca tenha sido dada a real relevância, digo isso pois mais do que permitir um ataque do réu o instituto, a fim de presar pela economicidade processual, assenti que o réu atue de forma a colocar em choque as atuações tradicionalmente esperadas para sua posição processual - defesa.

Como apontado, com a propositura da reconvenção é ampliado o objeto litigioso moldando-se o processo de modo a permitir que o reconvinte adapte sua atuação de modo a melhor defender seus interesses. Aqui visualizamos uma clara demonstração de que a adoção de um sistema estanque de polos não é apta à solução dos conflitos surgidos no meio social.

3.5 Intervenção de Terceiros

Manifesto que processos judiciais muitas vezes geram reflexos que extrapolam os limites das pessoas que deles participam alcançando-se interesses de terceiros estranhos a lide, ou seja, atingem relação jurídica de direito material diferente daquela originariamente posta em juízo.

Diante de tal compreensão o legislador tentado permitir uma participação de todos os atingidos, buscando uma decisão justa e legitimamente alcançada em contraditório, permite que pessoas que tenham interesse jurídico intervenham nos autos a fim de defender suas estimas. Devemos nos ater que independente do grau de influência da decisão final na vida do terceiro sua intervenção sempre será balizada de acordo com o vínculo que possui com o objeto litigioso.

Note-se, entretanto, que como bem observa Daniel Colnago Rodrigues “Não é qualquer reflexo na esfera de interesses do terceiro que autoriza sua intervenção. Por vezes, a repercussão da sentença sobre os sujeitos alheios ao processo se dá na esfera estritamente fática, e não jurídica.”⁸⁰

Também nesse sentido é que aclaram Cintra-Dinamarco-Grinover quando indicam que:

Há situações em que, embora já integrada a relação processual segundo seu esquema subjetivo mínimo (juiz-autor-réu), a lei permite ou reclama o ingresso de terceiro no processo, seja em substituição a uma das partes, seja em acréscimo a elas, de modo a ampliar subjetivamente aquela relação⁸¹.

Daniel Colnago Rodrigues ainda sobre tal assunto erigindo o ponto de encontro da doutrina pátria observa, em arremate, que é pela junção dos elementos acima indicados a intervenção de terceiros conceituada “como sendo o mecanismo pelo qual um sujeito, autorizado por lei, ingressa em processo pendente, transformando-se em parte”.⁸²

Com as considerações acima realizadas vislumbramos que as intervenções provocam uma ampliação subjetiva da lide, trazendo novos sujeitos e

⁸⁰ RODRIGUES, Daniel Colnago. **Intervenção De Terceiros**. Revista Dos Tribunais, 2017. p. 39

⁸¹ CINTRA, Antonio Carlos De Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini DINAMARCO Cândido Rangel. **TEORIA GERAL DO PROCESSO**. 26ª edição. São Paulo: Malheiros. 2015. p. 321

⁸² RODRIGUES, Daniel Colnago. **op. cit.** p. 31

formando novas relações jurídicas, devendo a legislação dar tratamento suficiente para que esses novos sujeitos atuem satisfatoriamente na tutela de seus interesses.

Antes de adentrarmos a suas espécies, imperioso o destaque de alguns conceitos: Parte é considerada o sujeito parcial do contraditório, já o terceiro para Barbosa Moreira é “quem não seja parte, quer nunca o tenha sido, quer haja deixado de sê-lo em momento anterior àquele que se profira a decisão”.⁸³ Com a clareza que lhe é costumeira Daniel Colnago Rodrigues também nesse itinerário aponta que “Numa relação jurídica processual composta entre A, autor, e B, réu, serão terceiros C, D, E etc.”⁸⁴

Tratando-se ainda de conceitos bem observa Fredie Didier Jr que “ Toda intervenção de terceiro é um incidente de processo, pois terceiro ingressa em processo existente, impondo-lhe alguma modificação e dele passando a fazer parte.”⁸⁵

Feitas essas considerações verificamos a necessidade de uma nova aferição de condições da ação no momento de ingresso desse terceiro ao processo, e aqui se faz pertinente a questão lançada por Fredie Didier Jr “a possibilidade de intervenção de terceiro decorre apenas da lei, que regula essa intervenção, ou pode haver intervenção de terceiros criada por negócio processual atípico?”⁸⁶

Questões como essa vêm a calhar e exigem uma nova postura do interprete processual de modo a permitir que o processo seja campo para concretização de direitos fundamentais, entre outro o da liberdade, sendo nesse viés perfeitamente visível a resposta afirmativa a tal questão quando sempre se almejar um efetivo contraditório.

Por último, colocamos em choque as posições doutrinárias que elencam um momento preciso para que se finde a possibilidade de intervenção desses terceiros – no saneamento do feito - indicando que haveria nessa fase uma estabilização da demanda. Aparentemente, encontra-se tal posição em dissonância com os desenvolvimentos até aqui encampados e mais, foge à regra de suas próprias espécies como no caso da desconsideração da personalidade jurídica.

⁸³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 5, p. 291.

⁸⁴ RODRIGUES, Daniel Colnago. **op. cit.** p. 39

⁸⁵ DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil: volume 1: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 537

⁸⁶ DIDIER JR. Fredie. **op. cit.** p. 541.

Estabelecidos tais pontos testifique-se que não analisaremos todas as modalidades de terceiro, por não ser esse o objeto do trabalho, mas tentaremos focar em duas delas, *amicus curiae* e denunciação a lide, os reflexos que geram com relação ao câmbio de posições jurídicas e o aglomerado de interesses que rodeiam a atuação dos sujeitos quando de sua incidência.

3.5.1 Denunciação a lide

Como nos é sabido campo do Código que recebeu grandes alterações com a entrada da nova ordem processual foi o das intervenções de terceiros e, sem dúvida, ao se acrescentar um novo sujeito ao embate processual revela-se um novo aglomerado de interesses que exigem das pessoas que ali se envolvem uma revisão de todos os seus modos de atuação forçando, nesse rearranjo, a adoção de novas posturas por parte, também, do magistrado, permitindo-se um melhor exercício do contraditório por todos os sujeitos.

Analisar cada uma das modalidades de intervenção não é o objeto do trabalho, como atrás elucidado, mas também não se mostra razoável deixarmos de destacar alguns pontos da matéria que de muito interessam aos pensamentos aqui construídos.

É com essa perspectiva que reconhecemos o acerto da posição legislativa quando optou por não conceituar o instituto da denunciação a lide e apenas previu suas hipóteses. Confira-se a dicção do art. 125 do Código de Processo Civil:

Art. 125. É admissível a denunciação da lide, promovida por qualquer das partes:

I - ao alienante imediato, no processo relativo à coisa cujo domínio foi transferido ao denunciante, a fim de que possa exercer os direitos que da evicção lhe resultam;

II - àquele que estiver obrigado, por lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo de quem for vencido no processo.

Como desenvolvido no bojo da doutrina nacional a denunciação se caracteriza pela impossibilidade de o terceiro rejeitar essa integração a relação jurídica. É o que bem observa Daniel Amorim Assumpção Neves quando aponta que “pode até não participar, restando omissa durante todo o trâmite procedimental, mas

para todos os efeitos jurídicos será considerado vinculado à relação jurídica processual com a sua citação regular.”⁸⁷

Assevere-se que aqui há uma clássica mitigação do interesse de agir, já que se permite convocar um terceiro antecipadamente a definição ou não da existência da lesão, correndo um processo incidente fulcrado no direito de regresso das partes.

Também partilhando de tais raciocínios é que aponta Daniel Colnago Rodrigues que “com a denunciação cumprem-se ao menos três metas constitucionais: a economia processual, a segurança jurídica e o contraditório.”⁸⁸

Não adentraremos ao tema das hipóteses de cabimento, por não ser de maior interesse nessa fase do estudo, atentando-se apenas as posições jurídicas ocupadas pelas partes quando da incidência do instituto em processos judiciais. Para tal análise devemos, *a priori*, compilar o previsto nos artigos 127 e 128 do Código de Processo Civil que seguem:

Art. 127. Feita a denunciação pelo autor, o denunciado poderá assumir a posição de litisconsorte do denunciante e acrescentar novos argumentos à petição inicial, procedendo-se em seguida à citação do réu.

Art. 128. Feita a denunciação pelo réu:

I - se o denunciado contestar o pedido formulado pelo autor, o processo prosseguirá tendo, na ação principal, em litisconsórcio, denunciante e denunciado;

II - se o denunciado for revel, o denunciante pode deixar de prosseguir com sua defesa, eventualmente oferecida, e abster-se de recorrer, restringindo sua atuação à ação regressiva;

III - se o denunciado confessar os fatos alegados pelo autor na ação principal, o denunciante poderá prosseguir com sua defesa ou, aderindo a tal reconhecimento, pedir apenas a procedência da ação de regresso.

Parágrafo único. Procedente o pedido da ação principal, pode o autor, se for o caso, requerer o cumprimento da sentença também contra o denunciado, nos limites da condenação deste na ação regressiva.

Pela inteligência dos artigos supramencionados verifica-se que entre denunciante e denunciado formar-se-á um litisconsórcio ulterior, facultativo, passivo e unitário sendo que o mérito da ação incidental apenas será analisado se o denunciante for vencido na ação principal.

Por aqui se extrai, de pronto, que os interesses dos denunciados cambiam a depender do momento e da fase processual que esteja o feito, posto que

⁸⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8ª edição. Salvador: JusPODVIM, 2016. p. 529

⁸⁸ RODRIGUES, Daniel Colnago. **op. cit.** p. 80.

em um primeiro momento dê todo seu apoio para que o denunciante vença a demanda principal e não lhe reste qualquer obrigação. Já no caso de sair derrotado da demanda principal, passará a enfrentar o réu de modo a provar que não possui qualquer obrigação a ser satisfeita para com aquele.

Aqui, seguramente, reside um dos grandes propulsores dos temas ora debatidos, visto que na demanda principal réu e denunciante muitas vezes atuam em conjunto, já na demanda incidente possuem interesses e atuações diametralmente opostas. Ou seja, essa atuação conjunta apenas é visível na demanda principal, sendo que na demanda incidental são verdadeiros adversários, mostrando-se assim, com clareza solar, a migração de polos que ocorre dentro de um mesmo processo judicial reforçando-se a ideia de que devem os feitos serem analisados por meio da lógica de “cadeia de atos”, ou por vezes, atos isolados e não como um todo indivisível como hoje se faz.

Com mão de mestre Antonio do Passo Cabral ilustra as questões aqui levantadas, indo além, inclusive, ao criar emblemático exemplo nos quais os pensamentos processuais tradicionais são ineficazes em solucionar. Confira-se:

Pense-se ainda a hipótese de denunciação da lide simultânea, por autor e réu, a um mesmo sujeito na condição de litisdenunciado. Por exemplo, numa demanda acerca de um acidente automobilístico, a denunciação feita por ambas as partes a uma mesma seguradora. Este sujeito (no caso, a seguradora), estará posicionado na estranha situação de ser confrontado por dois interesses materiais incompatíveis; e tem, ao menos em tese, interesse jurídico para atuar como assistente de ambas as partes na ação principal.⁸⁹

Inquestionavelmente em casos tais exigem-se esforços dos operadores do direito a fim de que se permitam maiores participações das partes no contraditório desenvolvido, sendo, ao que tudo indica melhor ao desenlace dos problemas propostos o tratamento isolado de cada ao processual aquiescendo os sujeitos de novas possibilidades de atuação.

⁸⁹ CABRAL, Antonio do Passo. **Despolarização do processo e “zonas de interesse”**: sobre a migração entre polos da demanda. Revista Eletrônica do Ministério Público Federal. p. 16. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Tut_Col_Cabral%2001.pdf >

3.5.2 Amicus curiae

Como anteriormente indicado as formas de intervenção de terceiros influenciam de sobremaneira a modificação de interesses dos sujeitos processuais, muitas vezes sendo a válvula propulsora para que cambiem entre suas posições processuais originárias, sendo nesse modelo o *amicus curiae* nas precisas palavras de Daniel Colnago Rodrigues “expressão do redimensionamento por que vem passando o princípio do contraditório e, acima de tudo, da necessidade de ampliação do espaço democrático no âmbito jurisdicional”⁹⁰.

Faremos breves apontamentos acerca de tal figura procurando exemplificar sua incidência no campo prático. De logo, devemos anotar a previsão expressa do Novo Código de Processo Civil ao considera-lo dentre as formas de intervenção de terceiros em seu artigo 138.

A figura acima tratada possui o condão de influenciar o julgador e todos os demais sujeitos processuais na formação de um convencimento final, é assim, pois essa intervenção é realizada, em todas às vezes, por pessoas de notório saber acerca do assunto. Sendo, portanto, uma adjetivação do debate processual mediante o exercício de um contraditório potencializado.

Na esteira do aqui proposto Fredie Didier Jr. conceitua o instituto como “o terceiro que, espontaneamente, a pedido da parte ou por provocação do órgão jurisdicional, intervém no processo para fornecer subsídios que possam aprimorar a qualidade da decisão.”⁹¹

Sua integração ao processo será aferida por meio da adequação com a relação jurídica litigiosa, como outrora indicada em tópico introdutório sobre intervenção de terceiros, não podendo, portanto, nos descuidarmos do contido no enunciado n. 127 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A representatividade adequada exigida do *amicus curiae* não pressupõe a concordância unânime daqueles a quem representa”⁹². Sendo em verdade uma análise contra majoritária de ingresso à lide, balizada pelo conteúdo objeto litigioso.

Merecem destaques os apontamentos e soluções tomadas pelo Código quando faz com que os “amigos da corte” ingressem nos processos como parte, já

⁹⁰ RODRIGUES, Daniel Colnago. **op. cit.** p. 109

⁹¹ DIDIER JR. Fredie. **op. cit.** p. 588

⁹² Enunciado n. 127 do Fórum Permanente de Processualistas Civis

que seu envolvimento e conhecimento aprofundando acerca do tema impossibilitam um exercício neutro de posições jurídicas. Vislumbramos, a partir de tal reconhecimento, a possibilidade de que os processos contem com vários *amicus curiae* e não apenas um como outrora se pensou.

Cuide-se que apesar de não ser alheio aos interesses digladiados no processo o *amicus curiae* possui grande legitimidade em sua atuação e difere das demais modalidades de intervenção por ostentar o chamado interesse institucional. Daniel Amorim Assumpção Neves sobre o assunto aponta que “O interesse institucional que motiva a intervenção do *amicus curiae* não se confunde com interesse próprio, de natureza jurídica ou econômica, daí serem inconfundíveis as diferentes formas de intervenções ora analisadas.”⁹³

E continua com sua limpidez costumeira: “Por interesse institucional compreende-se a possibilidade concreta do terceiro em contribuir com a qualidade da decisão a ser proferida, considerando-se que o terceiro tem grande experiência na área à qual a matéria discutida pertence.”⁹⁴

Considerando essas peculiaridades, não por menos, Cassio Scarpinella Bueno já há muito denominava o *amicus curiae* de “terceiro enigmático”.

Nesse momento, mostram-se oportunas as lições de Antonio do Passo Cabral quando apontam que se supera com isso aquela tradição de que “O interveniente deveria demonstrar seu interesse jurídico na demanda, ou seja, deve comprovar a repercussão que a discussão do processo poderá ter sobre uma relação jurídica titularizada por ele.”⁹⁵

Feitos esses esclarecimentos a partir da natureza com que se define a atuação do *amicus curiae* deverá ser permitido a ele em certas ocasiões recorrer, já que previsto legalmente como uma modalidade de intervenção e ao adentrar a relação jurídica ganhará *status* de parte.

Apesar do acima paragrafado destacamos que terá esse terceiro seus poderes definidos pelo magistrado, como compreendido da leitura do art. 138 §2º do CPC “Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.”

⁹³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **op. cit.** p. 588.

⁹⁴ **Ibid.** p. 560.

⁹⁵ CABRAL, Antonio do Passo. **Despolarização do processo e “zonas de interesse”:** sobre a migração entre polos da demanda. Revista Eletrônica do Ministério Público Federal. p. 20. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Tut_Col_Cabral%2001.pdf >

É ainda crucial asseverar como bem alertar Fredie Didier Jr que:

As partes não podem limitar os poderes do amicus curiae ou negociar para impedir a sua participação, valendo-se do art. 190 do CPC. Mas é lícito um negócio processual plurilateral, de que faça parte o amicus curiae, para organizar a forma de sua manifestação - por escrito, oralmente etc.⁹⁶

Do modo como aqui desenvolvido, naturalmente, devido às peculiaridades dos assuntos tratados no bojo dos processos judiciais ao qual participarão os terceiros aqui estudados não seria de se estranhar que no meio da litispendência viessem esses a partilhar de ideias totalmente contrárias a que possuíam e defendiam no começo da demanda devendo a legislação permitir que retoquem suas concepções e melhor deem sua contribuição ao feito.

Ainda, diversos autores indicam que apesar de existir expressa vedação legal o ingresso de legitimado concorrente (art. 103 da Constituição Federal) posterior ao ajuizamento da ação objetiva de constitucionalidade jungiria tal atuação com a natureza jurídica de “amigo da corte” o que obviamente conduziria a um grande e emblemático problema a ser resolvido: Se pode o legitimado concorrente propor sozinho ações de tal natureza porque ao participar em processos ajuizados por outros legitimados seria diminuído seu poder de influenciar para formação da decisão final justa?

Sem dúvida, o tratamento aqui proposto de decomposição de análise dos processos ato a ato torna-se um aliado na busca de soluções a tais questionamentos.

3.6 Saneamento Cooperativo

Prossigamos no exame de alguns outros institutos.

Alcançada certa fase processual poderá o juiz tomar algumas providências que ocasionarão a extinção do processo seja julgando o mérito, ou a ele não adentrando. Ainda, caso não verifique o magistrado estar apto a tal juízo saneará e organizará o processo eliminando os vícios existentes e fixando o seu

⁹⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: volume 1: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 593.

prosseguimento delimitando-se o necessário quanto às matérias controvertidas, ônus probatório.

Aliás, reflexo da busca pelo contraditório efetivo tão almejado pelo Novo Código (art. 10), verifica-se que o artigo legal que prevê tal instituto (art. 357 NCPC) permite ao juiz não apenas fixar os pontos de fato controvertidos, mas apontar as matérias de direito que serão fundamentais a formação de seu convencimento.

Extrai-se da leitura do citado artigo que o saneamento é ato complexo, pois composto de fases que o juiz deverá enfrentar antes de permitir que o processo acesse as etapas procedimentais seguintes, constata-se ainda da leitura de seus parágrafos que o código aponta pelo saneamento escrito, permitindo-se, no entanto, que seja esse realizado por meio de audiência, nas causa de maior complexidade, isso não se torna óbice a efetiva participação das partes.

De pronto, podemos apontar que não há qualquer óbice legal para que as partes por meio de requerimentos conjuntos, antes de precluir seu direito de manifestação, exijam do juiz esclarecimentos e proponham mudanças para melhor condução e adequação da fase instrutória ao caso concreto.

É por esse caminhar que podemos enfatizar que, por vezes, as partes poderão indicar a produção de provas que não lhe beneficiem diretamente seja por atuarem de forma cooperativa, seja por que se pautam pelas ideias de justiça e mais do que sagrar-se vencedoras querem que a verdade dos fatos seja esclarecida. Quando isso ocorre, mais que um saneamento compartilhado, sem dúvida, estaremos diante de um saneamento cooperativo que conseqüentemente conduzirá a uma decisão com alto grau de legitimidade e eficácia.

Ainda sobre a participação dos sujeitos esclarece Daniel Amorim Assumpção Neves que o caderno de direito processual civil prevê formas para que as vontades das partes influenciem na formação de tal *decisum* apontando-se o momento processual adequado para que as partes manifestem-se acerca do saneamento realizado: “Nos termos do § 1º do art. 357 do Novo CPC, realizado o saneamento, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de cinco dias, findo o qual a decisão se torna estável.”⁹⁷

⁹⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **op. cit.** p 1.138

Registre-se que a participação das partes em atos processuais de tal natureza não é exclusividade do saneamento, sendo prevista nas diversas decisões que são proferidas ao longo do tramite processual, pois hoje o contraditório efetivo é aquele entendido como o poder de influência das partes não apenas na sentença final, mas ao longo da direção de todo o procedimento, impregnando-se no código, com isso, um sistema de maior participação e atuação dos sujeitos.

Realizados tais apartes, prosseguimos.

O saneamento sempre foi visto como o momento em que a demanda se estabiliza, no entanto, como será observado em tópico apropriado, a preclusão de certas discussões não se mostra apta a ser estabelecida simplesmente pelo alcance de uma fase processual, precisando ser realizado um esforço interpretativo para que possamos dizer se em determinada fase processual ainda é possível a alteração do anteriormente estabelecido.

Apesar dessa revisão necessária ao sistema de estabilidades a doutrina ainda hoje sinaliza pela manutenção do sistema tradicional quando, por exemplo, aponta Humberto Theodoro Junior que, “Todavia, feita a citação e ampliada subjetivamente a relação processual, até o saneamento do processo, o demandante somente poderá “aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir com o consentimento do réu (art. 329, II).”⁹⁸

Visou o breve esboço teórico demonstrar que podem as partes também, no momento do saneamento do feito, exercer posições processuais que de longe ultrapassam as concepções estáticas de polos da demanda.

3.7 Reexame Necessário

Prevê a legislação que determinadas sentenças só terão seu trânsito em julgado após serem confirmadas pelo tribunal, devido a relevância do ali decidido, não se coadunando com a melhor doutrina aqueles que defendem ser tal reexame causa impeditiva de sua eficácia.

Confira-se a previsão do art. 496 do código de Processo Civil sobre o instituto:

⁹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: volume 1: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 925

Art. 496 Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:
 I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;
 II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal.

Ainda sobre o assunto, a fim de posicionar o leitor sobre os ensinamentos doutrinários acerca do tema, destacamos que o reexame necessário seguirá, quanto a seus efeitos, a regra do recurso cabível da decisão reexaminada.

Caminhando no desenvolvimento do raciocínio de primordial interesse ao trabalho é o exame do parágrafo primeiro do artigo supracitado, o qual será transcrito e destacado para a devida exploração: “§ 1º Nos casos previstos neste artigo, não interposta a apelação no prazo legal, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, e, se não o fizer, o presidente do respectivo tribunal avocá-los-á.” (grifo nosso)

Note-se, de qual apelação o artigo refere-se? Da defesa? Do autor? Caminhou mal o legislador quando da compilação legal.

Muitos nesse instante devem estar se questionando: mas é obvio que é o recurso de apelação da fazenda que obstará o reexame necessário; aliás, o intuito do reexame é necessariamente suprir essa falta de apelação e tutelar os interesses públicos no caso de uma desatenta atuação pública.

Veja bem, em uma hipótese de apelação parcial parte da discussão ficaria transitada em julgado, já que não seria realizado o reexame necessário (que devolve toda a matéria ao tribunal) por categórico impedimento legal vislumbrando-se aqui as falhas legislativas quando da regulamentação do instituto.

Ultrapassados esses ensaios partiremos para uma peculiar situação que tanto nos interessa, desde logo, salientando e ratificando a tranquila doutrina sobre o assunto quando aponta que não é o reexame necessário uma espécie recursal.

Apesar de não existir voluntariedade e sim uma imposição legal fica claro que a imparcialidade do juiz é pela própria lei mitigada quando se impõe a ele um dever de remeter os autos ao tribunal para revisão, sob pena de avocação. Note-se que tão interessante à atuação jurídica do magistrado em casos tais que visualizamos um verdadeiro embate a uma das maiores características da natureza humana - pensar que estarmos sempre corretos -, fazendo com que o juiz decida a

causa já sabendo que deverá enviar para que seu superior reveja seu julgamento, mesmo que todas as partes concordem com a condenação.

Esse dever do juiz de remessa dos autos a superior instância é muito bem delineada por Daniel Amorim Assumpção Neves quando aponta que “a legitimação recursal regulada pelo art. 996 do Novo CPC (partes, terceiro prejudicado e Ministério Público) não se aplica ao reexame necessário, instituto cuja “legitimidade” é do juízo, que determina a remessa do processo ao Tribunal.”⁹⁹

Na análise do acima trazido, vozes poderiam se levantar indicando que não há uma variação de posições jurídicas, pois a própria lei impõe ao juiz essa remessa. Pasmem! Haveríamos de concordar se não fosse a proibição de *reformatio in pejus*, ou seja, a remessa só vem a beneficiar o ente público gravando a atuação do *pretor* de uma certa parcialidade em prol do interesse público.

Nesse contexto, viável a crítica de Cassio Scarpinella Bueno quando à luz do princípio da igualdade deixa claro o flagrante descompasso de armas previsto para cada uma das partes “E justamente porque se trata de instituto que trata somente de uma das partes do processo é que, na perspectiva da isonomia constitucional, sua constitucionalidade merece, sempre e ainda mais, detida reflexão.”¹⁰⁰

Por meio dos destaques aqui realizados, verifica-se que tal instituto é campo fértil para análise acerca dos diferentes interesses que rodeiam os sujeitos ao longo dos ritos, aclarando que nem mesmo a figura imparcial do juiz permanece inalterada ao longo da litispendência.

3.8 Teoria Geral dos Recursos

Assim como nas modalidades de intervenção de terceiros debruçarmos sobre a análise de cada uma das espécies recursais não seria a melhor opção para o que aqui se almeja, mas se faz necessário panorama acerca da teoria geral dos recursos visando aclarar ao leitor as possibilidades de alterações de posições e situações jurídicas pelos interessados de forma a melhor tutelar seus interesses.

⁹⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8ª edição. Salvador: JusPODVIM, 2016. p. 2.602

¹⁰⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 435

Nesse diapasão propomos uma adaptação da teoria geral de modo a melhor compatibilizar a atuação dos sujeitos em sede recursal permitindo-se melhores participações e concretizações de direitos.

Para melhor compreensão do assunto primordial alguns apontamentos a partir da conceituação proposta por Fredie Didier de recurso como sendo “o meio ou instrumento destinado a provocar o reexame da decisão judicial, no mesmo processo em que proferida, com a finalidade de obter-lhe a invalidação, a reforma, o esclarecimento ou a integração.”¹⁰¹

Chamamos a atenção para que não fiquem as análises atreladas ao recurso cabível a depender da posição jurídica ocupada. É preciso que se permita a depender do interesse envolvido que os sujeitos possuam ampla liberdade de confrontar as decisões judiciais independentemente da posição que ocupem na demanda.

Indispensável para a assimilação do tema é a fixação da premissa básica de que os recursos são ramificações do direito de ação que são exercidos, por sua vez, em um momento processual diverso da propositura da ação.

No caminho do acima citado Cassio Scarpinella Bueno comentando acerca da legitimidade para recorrer aponta que:

[...] recursos devem ser entendidos como inegáveis desdobramentos do exercício do direito de ação ao longo do processo. Direito de ação que pode ser exercitado não só pelo autor mas também pelo réu e por terceiros intervenientes. Por isso, aliás, o verbo “postular” do art. 17 é mais adequado e vem bem a calhar aqui.¹⁰²

Aliás, o reconhecimento de tal desdobramento não é uma inovação sendo, desde muito, assim pensado, descubra: O recurso é "simples aspecto, elemento, modalidade ou extensão do próprio direito de ação exercido no processo"¹⁰³ e assim, faz-se necessário destacar que deverão novamente ser reanalisadas as condições da ação em tal fase corroborando mais uma vez com a ideia de que essas têm sua análise constantemente renovadas ao longo da cadeia processual.

¹⁰¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **op. cit.** p. 87.

¹⁰² BUENO, Cassio Scarpinella. **op. cit.** p.742

¹⁰³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 11ª ed. cit., p. 236. Também neste sentido, com ampla fundamentação, Nery Jr., Nelson, **Princípios fundamentais - Teoria geral dos recursos**, 5 ed. São Paulo, RT, 2000, p. 184-206

Ou seja, ao se trabalhar com recursos e seu juízo de admissibilidade novamente vem à tona as condições da ação destacando Cassio Scarpinella Bueno que entre outros elementos devem estar presentes quando da propositura recursal “legitimidade (quem tem legitimidade para apresentar o recurso); (iii) interesse (demonstração da necessidade de interpor um recurso para a invalidação, reforma, esclarecimento ou integração da decisão)”.¹⁰⁴

Dada a relevância da matéria passaremos a analisar as duas condições, em sede recursal, de maneira geral, apenas para demonstrar que nem sempre permaneceram inalteradas as ideias que vigoravam quando do ajuizamento da demanda, ou mesmo as da fase imediatamente anterior ao surgimento do direito recursal.

De proemio apelamos à atenção para a legitimação geral prevista no art. 996 CPC:

O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público, como parte ou como fiscal da ordem jurídica. Parágrafo único. Cumpre ao terceiro demonstrar a possibilidade de a decisão sobre a relação jurídica submetida à apreciação judicial atingir direito de que se afirme titular ou que possa discutir em juízo como substituto processual.

Infere-se da articulação do artigo que não basta apenas para que se diga legitimado que seja a recorrente parte. Mais do que isso, devem os sujeitos demonstrar que umbilicalmente ligado à sua legitimação existe um interesse que lhe garante recorrer – sucumbência?

É guiado por esse interesse que se permite ao recorrente em seus pedidos recursais elaborar pedidos típicos das partes contrárias, caso lhe sejam convenientes, por óbvio.

Retornando ao proposto no presente trabalho, com relação a alteração de posições jurídicas ao longo do procedimento, saliente-se que o Ministério Público pode recorrer seja quando atue no processo como parte, seja como quando atue como fiscal da ordem jurídica e desse último permissivo verificamos que muito mais do que um órgão especial, quando atua como *custus legis*, ao interpor seu recurso, ainda que fundado na proteção da ordem jurídica, terá inexoravelmente de realizar pedidos típicos de ataque ou de defesa exigindo-se que a margem de sua atuação

¹⁰⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. **op. cit.** p.743

sejam revistos e permitidos todos os aparatos de armas processuais disponíveis a aquele interesse ali defendido, e não mais apenas aqueles disponíveis para quando atua somente como *custus legis*. Frise-se que ao recorrer passa o Ministério Público a atuar de forma nitidamente parcial, independentemente do modo como tenha adentrado ao feito.

As aplicações aqui demonstradas transcendem a ótica civilista de processo vindo também a desaguar no sistema processual penal quando, por exemplo, permite-se ao *parquet* em suas alegações finais pleitear a absolvição do réu ou mesmo interpor embargos infringentes em favor do condenado, já que é esse seria recurso exclusivo da defesa.

Note-se que tal raciocínio não pode ser extraído da simples leitura do art. 609 § único do Código de Processo Penal:

Art. 609, Parágrafo único - quando não for unânime a decisão de segunda instância, desfavorável ao réu, admitem-se embargos infringentes e de nulidade, que poderão ser opostos dentro de 10 (dez) dias, a contar da publicação de acórdão, na forma do art. 613. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência.

No entanto, é a posição que melhor amolda-se aos programas constitucionais que balizam a atuação do Ministério Público.

3.9 Sistema de Estabilidades

Propõe-se o deslocamento do eixo das estabilidades para que esse se transmude do dispositivo da sentença passando a integrar o centro de cada ato processual contraditoriamente desenvolvido.

Digo isso, pois sempre que se pensou no denominado sistema de estabilização a tradicional doutrina balizava-se pelas seguintes ideias: “A estabilização da demanda, objetiva ou subjetiva, tem a finalidade de assegurar o adequado exercício do contraditório e da ampla defesa, evitando surpresas às partes e possibilitando um planejamento estratégico de cada um.”¹⁰⁵ Elencava-se, assim, um momento temporal único no qual o contraditório seria traçado para todo o processo decorrendo, então, que apenas se tornariam as situações discutidas imutáveis após ser proferida decisão final, fato que muitas vezes pode levar anos.

¹⁰⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A causa petendi no processo civil**. Op.cit., p.191 e ss.

Utilizando-se do exposto ao longo do presente trabalho já se pode constatar que o contraditório não deve ser assim visto. Forma-lo e desenvolve-lo a partir de uma única observação logo no início da demanda não seria jungi-lo de muita efetividade, pois como visualizado nas situações cotidianas todas as causas ao longo do seu tramitar criam e fazem aparecer novos interesses às partes não pensados quando de seu ajuizamento exigindo-se uma melhor redistribuição de armas processuais.

Como norte de raciocínio e revisão do instituto aqui analisado destacaremos a crítica realizada por Antonio do Passo Cabral quando aponta que “o modelo tradicional de estabilidade dos atos processuais desconsidera o quadro global dos mecanismos de estabilização e não lhes empresta um tratamento uniforme. Além disso, existem restrições subjetivas e objetivas do tratamento destes temas.”¹⁰⁶

Como defendido, é preciso que aqui também façamos um isolamento dos atos e um tratamento de forma “ato a ato”, pois, atualmente, ao pensarmos em estabilidade, elencamos um momento único (geralmente após um lapso temporal em que os sujeitos ficaram inertes) no qual todas as coisas anteriormente discutidas tornam-se imutáveis, o que sem dúvida é um erro e desconsidera o caráter, também, prospectivo do instituto.

Nesse sentido pertinente e oportuno o destaque feito por Antonio do Passo Cabral quando inaugurando o tema aqui exposto observa que “a segurança jurídica deve ter preocupação não apenas com elementos pretéritos, mas também com atos e acontecimentos futuros. Além disso, buscaremos um formato dinâmico da segurança jurídica que permita margens de modificação das estabilidades”.¹⁰⁷

É enternecedor quando pela leitura das legislações processuais pátrias verificamos como institutos com a mesma finalidade tenham tanto se distanciando. Digo isso, pois a preclusão assim como a coisa julgada e as demais noções de estabilidade fundam-se na proteção de situações e posições pretéritas criadas com base na confiança que dela se originou. É preciso que mudemos o seu fundamento, distanciando da previsão meramente legislativa, e adotemos um fundamento comum a todo o sistema unificando-o para que depois sejam realizadas

¹⁰⁶ CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa Julgada E Preclusões Dinâmicas – entre Continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. Editora Juspodivm. p. 252

¹⁰⁷ CABRAL, Antonio do Passo. **op. cit.** p. 242

as devidas gradações balizadas, sempre, pelas questões concretas envolvidas e analisadas a cada novo ato surgido na cadeia processual e não, apenas, no momento do trânsito em julgado da sentença meritória, como sempre se fez.

Arrematando suas ideias e ainda em perfeita leitura ao direito alienígena Antonio do Passo Cabral aponta o momento em que pecou o direito comparado no desenvolvimento do assunto bem como sintetiza a necessidade da referida unificação do sistema de estabilidades:

Não obstante esta evolução, alguns autores tentaram, na Europa, aproximar a coisa julgada nos atos jurisdicionais de outras formas de estabilidades dos atos estatais, mas partiam da metodologia indutiva, inadequada ao caso. A abordagem ideal, como visto, seria buscar um tronco comum da estabilidade dos atos do Estado, partindo-se de um raciocínio não indutivo, mas dedutivo, pelo qual primeiramente se procura verificar a existência de propriedades comuns, para somente então descer aos casos específicos.¹⁰⁸

O brilhante autor não apenas propõe a reestruturação do sistema, mas aponta os meios pelos quais poderão ser feitas as adaptações. Como bem observa:

[...] é a partir das interações decorrentes do contraditório que poderá ser aferida a composição da cadeia de vínculos. Essas interações combinam-se pelos atos comissivos e omissivos praticados em diversos momentos, que se unem por sua mútua implicação no âmbito do contraditório-influência.¹⁰⁹

Adotando-se tal premissa, por vezes, haverá atos posteriores em uma cadeia processual que já gravados pela indiscutibilidade enquanto ainda existirão atos cronologicamente anteriores em discussão, inclusive quando já houver nos autos uma sentença de mérito prolatada. Tal observação apenas será possível se analisarmos as relações jurídicas em suas particularidades e não como um todo indivisível como hoje tratadas. Devemos ter como base o contraditório exercido na formação daquele ato e a confiança que dele se origina para aí sim o batizarmos de imutáveis.

Nesse caminho, permitindo-se a introdução de novas posições e atuações jurídicas as cadeias anteriormente formadas, tendo inclusive essas à possibilidade de influir sobre a estabilidade já formada, vislumbraremos, sem dúvida, um verdadeiro corretor temporal do processo.

¹⁰⁸ **Ibid.** p. 271

¹⁰⁹ CABRAL, Antonio do Passo. **op. cit.** p. 332

Feitas essas noções e observações introdutórias analisaremos o tratamento hoje dado à coisa julgada e a preclusão apontando sugestões a sua revisão na esteira do desenvolvimento aqui proposto.

Apenas como reforço, em síntese, o sistema de estabilidade teria como chave mestra o contraditório e não mais o tempo como outrora se pensou e positivou, todas suas espécies partiriam de um tronco comum fincado sobre a boa-fé objetiva.

3.9.1 Coisa julgada

Pelos desenvolvimentos acima realizados mostram-se límpidas as críticas tecidas à concepção de estabilidade e sendo a coisa julgada uma de suas espécies a ela lhes aproveitam. Aliás, de se notar que é considerada a coisa julgada a “mãe das estabilidades”, tendo por isso, o condão de absorver as demais - conclusão essa que, de plano, já nos afastamos ao iniciar o tratamento do tema.

Em primeiro exame temos a coisa julgada material conceituada pela literalidade do art. 502 do Novo Código de Processo Civil como sendo “a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.”

Na visão clássica seria, portanto, a coisa julgada um divisor de águas gravando de imutáveis todas as ideias que anteriormente a ela se discutiu, pela necessidade de se adotar um marco temporal único justificado com base na segurança jurídica que dele decorreria.

Saliente-se que as concepções aqui desenhadas apenas são assim defendidas, pois sempre se pensou em um sistema de estabilidade condicionado ao prisma temporal, com o que não concordamos e demonstraremos.

É de suma importância no atual estágio de raciocínio que tomemos partido do estabelecido por Antonio do Passo Cabral quando observa que “Se as estabilidades (preclusões, coisa julgada) convivem e incidem sobre atos e posições diversas, seus espaços de estabilidade não podem ser absorvido um pelos outros.”¹¹⁰ Grava-se assim a impossibilidade de utilização única de um critério temporal para definição da imutabilidade das discussões.

¹¹⁰ CABRAL, Antonio do Passo. **op. cit.** p. 350

Persuadidos por tais ideias passaremos as observações de coisa julgada hoje acatada apontando os reparos necessários, ainda que de forma simples, para que se amoldem ao contraditório-influência. Anote-se que não nos debruçaremos em detalhes acerca de tal instituto.

A *priori*, ao tratarmos de coisa julgada é preciso que realizemos debates acerca de seus limites objetivos os quais abarcam em seu bojo o conteúdo do que foi decidido com base na adstrição, ou seja, naquilo que as partes pediram e debateram em contraditório. Mas não é só isso.

A doutrina aceita ainda que a coisa julgada possui uma eficácia preclusiva que possui força para obstar todas as discussões que circundem o seu raio de incidência. Constrói-se inclusive sobre o pensamento da eficácia preclusiva a dicção do Art. 508 NCCP: “Transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido”.

Nesse sentido, imperioso o destaque que assim como os limites objetivos a eficácia preclusiva visa impedir que demandas semelhantes, já abrangidas por anteriores decisões, sejam ajuizadas e tumultuem o sistema jurídico causando muitas vezes contrariedades de decisões.

Assim, visando evitar a repetibilidade de ações, utiliza-se hoje do método de semelhança partindo da análise de três elementos (partes, causa de pedir e pedido), vindo alguns autores a realiza-la também com enfoque na relação jurídica de direito material - é a chamada teoria da identidade da relação jurídica. No entanto, destacamos nas linhas de ensinamento do professor Antonio do Passo Cabral que não são tais observações suficientes a evitar alguns problemas que surgem no dia a dia da sociedade.

Mostra-se necessário salientarmos que a coisa julgada deve ser pensada não de forma petrificada e imutável, mas sim como intangível no caso em que aquela cadeia de vínculo analisado permaneceu inalterada, pois não houve alterações nas posições jurídicas assumida pelas partes e o contraditório anteriormente desenvolvido é forte o suficiente para legitimar e manter inalterada a decisão, já que alcançada após a participação de todos aqueles que sofrem de seus efeitos.

Tal análise não pode ser deixada ao encargo único e exclusivo do legislador exigindo-se dos interpretes novas considerações acerca de seus limites e estrutura.

3.9.2 Preclusões

Trabalhando acerca do sistema de estabilidades Humberto Theodoro Junior adverte que “O processo deve ser dividido numa série de fases ou momentos, formando compartimentos estanques, entre os quais se reparte o exercício das atividades tanto das partes como do juiz.”¹¹¹

E ainda prossegue o mestre conceituando preclusão como a “perda da faculdade de praticar um ato processual, quer porque já foi exercitada a faculdade processual, no momento adequado, quer porque a parte deixou escoar a fase processual própria, sem fazer uso de seu direito”¹¹². E ainda, explica o autor suas espécies quando estabelece que:

Podem decorrer simplesmente do transcurso do prazo legal (preclusão temporal); da incompatibilidade de um ato já praticado e outro que se deseje praticar (preclusão lógica); ou do fato de já ter sido utilizada a faculdade processual, com ou sem proveito para a parte (preclusão consumativa).¹¹³

Parece ter sido essa a ideia transparecida pelo legislador pátrio quando por meio do artigo 507 do Código de Processo Civil previu que “É vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão.”.

Destaque-se que os estudiosos a classificam como de aplicação obrigatória haja vista a necessidade de segurança e certeza que, no que tange a matéria processual, muitas vezes sobrepujam o ideal de justiça.

As construções até aqui expostas mostram-se condizentes com as realidades e necessidades para o bom desenvolvimento do direito processual, mas talvez a formação única de suas bases no fenômeno temporal não dispense o

¹¹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: volume 1: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 116

¹¹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **op. cit.** p. 116

¹¹³ **Ibid.** p. 1080

tratamento adequado a uma série de acontecimentos surgidos no âmbito dos processos judiciais.

Nesse viés, a preclusão sempre foi pensada como ferramenta processual que impulsiona o processo permitindo-se o desenvolvimento dos atos processuais encerrando-se as discussões sobre as fases anteriores. Não é por menos que muitos denominam a coisa julgada de preclusão máxima, referindo-se a coisa julgada material que impede qualquer debate acerca do assunto naquele processo ou fora dele.

No entanto, é preciso uma revisão sobre tal instituto de modo a compatibiliza-lo com os novos dogmas incutidos pelo recente código de ritos, como assim proposto com a coisa julgada, já que como salientando proveem ambos um tronco comum.

É assim, pois não mais se espera uma análise das preclusões por critérios legalistas e unicamente temporais, mas, sobre outros prismas, como: o contraditório-influência; a cooperação, a boa-fé objetiva. Apesar do reconhecimento aqui proposto, ainda é frágil a doutrina no desenvolvimento do assunto, aliás, não se tem quase notícia de tratamento, por exemplo, acerca da preclusão lógica fundada na proibição de comportamentos contraditórios, grande corolário dos pensamentos aqui discutidos.

Com base nas premissas acima indicadas devemos buscar melhores tratamentos para os atos processuais, como por exemplo, ao invés de tratar a preclusão como um fenômeno unitário e global a repensarmos de forma isolada, sentida e graduada a cada novo ato processual ultrapassado de acordo com o contraditório ali exercitado.

Corroborando com tais propostas de revisão note-se o exemplo: a preclusão para ingresso do *amicus curiae* em um processo – estabilidade subjetiva, não deve ter o mesmo tratamento da preclusão da discussão acerca da admissão da produção de determinada prova.

É ainda salutar indagarmos: a falta de previsão legal obstará a existência da preclusão?

A questão é definida mais em questões políticas do que jurídicas propriamente ditas, pois as estabilidades não retiram fundamento de previsão legal alguma dos diplomas processuais, mas do princípio republicano que baliza o estado de direito e exige como direito fundamental a observância da segurança.

Reforçamos o raciocínio. É preciso o reconhecimento de que as estabilidades se fundam no princípio constitucional da segurança jurídica e que esses, assim como os demais previstos em nossa Bíblia Política, não são absolutos sendo interpretados e relativizados a depender do estágio cultural que atualmente encontre-se a sociedade que deles usufruíram. Bem por isso, afirmar que a simples passagem do tempo é suficiente para tornar algo indiscutível aparentemente não se mostra razoável frente à busca de um processo justo, e mais, não se mostra condizente com a realidade social que devido à multiplicidade de situações, em frações de segundos, podem fatalmente inverter a realidade dos fatos sobre o qual se fundou a estabilidade exigindo uma revisão para se evitar injustiças flagrantes e ainda maiores das que anteriormente protegidas.

O ordenamento jurídico em alguns pontos parece reconhecer tal necessidade, por exemplo, com as sentenças prolatadas no campo coletivo; em investigações de paternidade. Diante da permissão de sua mutabilidade refletem uma opção social para que seja a decisão judicial moldada a realidade que se espera em determinada época a partir dos avanços técnicos e científicos disponíveis.

Nesse diapasão, propomos que sejam as estabilidades valoradas e graduadas a partir da aferição do nível de contraditório desenvolvido antes de sua formação, fixando-se assim graus mais rígidos de mutabilidade a depender da intensidade de participação das partes, mantendo-se o sistema temporal para que o procedimento marche.

Mostram-se necessárias tais adaptações, pois as estabilidades hoje se fundamentam quase que exclusivamente na lei impedindo que sejam essas adaptadas as mudanças dos fatos, já que os avanços legislativos não andam em compasso com os avanços sociais.

A ideia prevista por Antonio do Passo Cabral ao enxergar o sistema de estabilidade por meio de uma continuidade mostra-se adequada a dinamicidade com que os fatos da vida surgem e se modificam permitindo-se adaptar as decisões que não mais reflitam o estágio vivido pelas partes sem que haja qualquer afronta ao anteriormente decidido.

Como bem destaca o citado autor, nem mesmo a previsão de que todas as sentenças e atos estariam gravados com a clausula *rebus sic standibus*

seriam suficientes para a admissão do que aqui se busca, já que ao assim se pensar estaria mantida a ideia de um marco único temporal de estabilização.

3.9.3 Ponderações

Apesar do aqui desenvolvido devemos ter parcimônia na compreensão e aplicação de tais ideias para que não haja uma verdadeira banalização do sistema de estabilidades e não se tente a todo tempo revisar situações jurídicas já consagradas movimentando a abarrotada máquina judiciária desnecessariamente e lesando frontalmente o previsto no art. 5º XXXVI CF/88.

Posto isso, congratulamos a felicidade que teve Antonio do Passo Cabral ao concluir que:

[...] é premente que recuperemos a importância das razões no sistema de estabilidades. Os argumentos serão usados não apenas para verificar a relação entre os atos da cadeia de vínculos, mas também como parâmetro de conteúdo para a comparação entre os diversos processos. Ademais, pela incidência entre argumentação e conclusão, a estabilidade pode atingir conteúdos das próprias razões, e não apenas o dispositivo da sentença.¹¹⁴

Por fim, arrematando-se as ideias aqui desenvolvidas e considerando os efeitos externos que esse novo pensamento gera no ordenamento jurídico apontamos parte da ementa de decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal quando em sede de reclamação definiu ser possível à revisão do decidido em controle abstrato de constitucionalidade por ser esse o melhor momento de exame, já que afloradas as realidades do caso concreto exigindo-se uma melhor conformação do anteriormente decidido, prezando-se, então, pelo processo justo em detrimento da rigidez de formas processuais adaptando-se a estabilidade as proximidades do caso concreto e dando maior legitimidade ao outrora decidido, confira-se trecho em destaque:

A oportunidade de reapreciação das decisões tomadas em sede de controle abstrato de normas tende a surgir com mais naturalidade e de forma mais recorrente no âmbito das reclamações. É no juízo hermenêutico típico da reclamação – no “balançar de olhos” entre objeto e parâmetro da reclamação – que surgirá com maior nitidez a oportunidade para evolução

¹¹⁴ CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa Julgada E Preclusões Dinâmicas – entre Continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. Editora Juspodivm. p. 400

interpretativa no controle de constitucionalidade. Com base na alegação de afronta a determinada decisão do STF, o Tribunal poderá reapreciar e redefinir o conteúdo e o alcance de sua própria decisão. E, inclusive, poderá ir além, superando total ou parcialmente a decisão-parâmetro da reclamação, se entender que, em virtude de evolução hermenêutica, tal decisão não se coaduna mais com a interpretação atual da Constituição.¹¹⁵

Essa nova visão da corte constitucional liga-se umbilicalmente as ideias aqui defendidas sendo, como destacado, propulsora da exigência de releitura aos clássicos conceitos processuais enunciados.

¹¹⁵ Rcl 4374, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, **Tribunal Pleno**, julgado em 18/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-173 DIVULG 03-09-2013 PUBLIC 04-09-2013

4 REFLEXOS PROCEDIMENTAIS E A NECESSIDADE DE REESTRUTURAÇÃO DO CONTRADITÓRIO FRENTE À ATUAÇÃO DESPOLARIZADA DOS SUJEITOS

Ultrapassadas as fases de idealização e reconstrução de institutos processuais nos debruçaremos, nesse momento, nos reflexos daí advindos permitindo-se que os apontamentos realizados no campo teórico sejam transpostos para o campo prático demonstrando, assim, a proximidade dos assuntos aqui debatidos com a realidade vivenciada. Como consequência de tais incidências, inexoravelmente, conduziremos nosso raciocínio para necessidade de uma revisão do devido processo legal permitindo-se sua adaptação as novas realidades sentidas nos processos judiciais.

Mostra-se de melhor alvitre a utilização do método indutivo para desenvolvimento das ideias, partindo-se as observações da análise de situações fáticas para posterior exame das reestruturações teóricas necessárias.

4.1 Situações Procedimentais

Não nos resta dúvida que tratar de todas as hipóteses nas quais se permite as partes que cambiem entre posições jurídicas seria tentar esgotar a infindável gama de situações que podem ser erigidas dos conflitos sociais, opção que nem mesmo o legislador pátrio preferiu enfrentar, já que em diversas situações utiliza-se de cláusulas gerais para balizar e estruturar determinados institutos e procedimentos.

A fim de conceder maior praticabilidade as ideias aqui desenvolvidas, passaremos a expor diversos cenários que aclaram a patente necessidade de uma revisão nas denominadas condições da ação de forma a melhor adapta-las a realidade processual permitindo-se uma maior atuação das partes a cada novo ato processual surgido.

Destacaremos as diversas posições que os sujeitos processuais podem ocupar nas mais diversas cadeias de atos permitindo-se moldar sua participação de forma a permitir uma maior e melhor atuação prestigiando a tutela de seus interesses.

Utilizaremos os excelentes exemplos fornecidos pela doutrina pátria bem como os complementando com alguns por nós propostos asseverando-se, desde já, que não há qualquer pretensão de esgotamento do tema, mas sim, cristalizar a pertinência de se discutir sobre o assunto, já que tão presente se faz no cotidiano judiciário.

Sintetizando as ideias aqui pretendidas, leciona Antonio do Passo Cabral que “Trata-se de situações processuais em que a atuação do sujeito é permitida sem que estejamos presos à lide, à lesão ou à utilidade do processo necessariamente ligada ao direito material do litigante.”¹¹⁶ Passemos a expô-las.

4.1.1 Art. 6º §3º da Lei 4.717/65 – Lei da Ação Popular

Alçaremos nossos voos sobre as hipóteses de migração polar por meio da análise de situações expressas em nossa legislação - art.6º§3º da Lei 4.717/65 – Lei da ação popular, utilizada também pelo art.17 §3º da Lei de improbidade Administrativa - Lei 8.429/92 – passando-se ao exame de outras situações e momentos nos quais se permite essa atuação fora das posições típicas iniciais.

Por meio dos artigos supracitados sistematiza-se a participação das pessoas jurídicas nas ações coletivas. Faz-se necessário sua transcrição.

LEI DE AÇÃO POPULAR (LEI Nº 4.717, DE 29 DE JUNHO DE 1965.) Art. 6º § 3º A pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.

LEI DE IMPROBIDADE (LEI Nº 8.429, DE 2 DE JUNHO DE 1992.) Art. 17. § 3º No caso de a ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, aplica-se, no que couber, o disposto no § 3º do art. 6º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965.

Rodrigo Mazzei, quem melhor desenvolveu o tema, propõe a seguinte ideia: com a combinação de artigos aqui enunciadas é possível que a pessoa

¹¹⁶ CABRAL, Antonio do Passo. **Despolarização do processo e “zonas de interesse”:** sobre a migração entre polos da demanda. Revista Eletrônica do Ministério Público Federal. p. 14. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Tut_Col_Cabral%2001.pdf

jurídica ao longo do tramitar do processo ocupe diversas posições não se limitando a atuar apenas no polo ativo ou no polo passivo como outrora se pensou.

No presente trabalho o raciocínio será realizado afastando-se das ideias de que seria tal possibilidade construída para se amoldar as preferências políticas vigentes a época o que, caso contrário, causaria uma ingerência e instabilidade do campo jurídico sem precedentes. Apesar da relutância que apresentaremos, parece que parte da doutrina tem seguido orientação diametralmente oposta quando busca as razões de tal permissão legislativa, confira-se: “medida salutar às mudanças políticas, facultando, na sucessão de governos, que o poder público tivesse a liberdade de atuar em qualquer polo, não ficando obrigado a defender um ato praticado na administração anterior quando concordante com o autor”.¹¹⁷

Frisemos, parecem mais acertadas as ideias de Rodrigo Mazzei quando aponta que:

Com efeito, não se pode transformar as ações popular e de improbidade em demandas políticas, em que o autor poderá dispensar, à guisa de uma facultatividade não prevista em lei, a participação da pessoa jurídica no polo passivo. Ao se desenhar o caput do art. 6º da LAP, houve a preocupação de não criar norma que permitisse perseguições políticas, com a utilização da ação popular para outra finalidade que não a proteção do patrimônio público¹¹⁸.

Ultrapassadas essas fases a discussão torna-se relevante, como destaca o autor acima referenciado, quando a própria lei obriga o chamamento da pessoa jurídica ao feito permitindo-se a ela que tome posições jurídicas diferentes de apenas se defender.

Com as devidas considerações proporemos algumas adaptações às ideias propostas sem, no entanto, descuidar-nos da complexidade que envolve o tema, permitindo-se alcançar a conclusão de que tais deslocamentos são também viáveis no âmbito das demandas individuais desde muito.

¹¹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ação civil pública e ação popular: aproximações e diferenças**. SALLES, Carlos Alberto de (Org.). Processo Civil e interesse público. São Paulo: RT, 2003 p. 58-60

¹¹⁸ MAZZEI, Rodrigo **A 'intervenção móvel' da pessoa jurídica de direito público na ação popular e ação de improbidade administrativa (art.6º, §3º da LAP e art.17§3º da LIA)**. Revista Forense, ano 104, vol.400, nov-dez, 2008. p. 24

Para melhor conformação da matéria será utilizado o roteiro teórico brilhantemente desenvolvido pelo professor Rodrigo Mazzei esclarecendo e pontuando, quando necessário, questões de nosso interesse.

4.1.1.1 Microssistema coletivo

Partindo-se das premissas de autor-credor, devedor-réu, por vezes tenta-se ampliar ideias individualistas no âmbito do processo coletivo, mas essa simples aplicação de conceitos não se mostrara suficientes para abarcar a multiplicidade de situações surgidas no bojo dos processos coletivos tendo tal área do direito evoluído a ponto de criar um verdadeiro microssistema próprio.

Propõe-se por seu meio que para solução de demandas e lacunas coletivas não se deve de imediato buscar subsídios dentro do Código de Processo Civil, que criado na visão de alguns para tutela exclusivamente direitos individuais, mas sim, dentro de outras codificações voltadas exclusivamente para as demandas de massa.

De logo já nos distanciamos de tal afirmativa que talvez tivesse fundamento sob a égide do código de Ritos de 1973, desenvolvido com enfoque a concretização de um direito civil eminentemente patrimonialista e individualista.

Aparentemente o Novo Código de Processo Civil voltou seus olhos, também, para as demandas de massa, analisando-se situações de forma a melhor tutelar os chamados direitos de terceira dimensão - não é que tenha dado tratamento ao processo coletivo e o regulado, é que seus institutos ditos "individuais" notadamente evoluíram para permitir uma melhor conformação também nessa divisão transindividual do direito.

A premissa fixada à época e, portanto, justificável, é de que a aplicação fria de conceitos individualistas em ações coletivas acarretaria a proteção deficiente dos bens visados em tais tutelas e ao que tudo indica tal conclusão ainda hoje se mostra coerente. Apesar de tanto, com a releitura de institutos clássicos permite-se uma melhor adaptação do Código de Processo Civil as demandas coletivas.

4.1.1.2 Mobilidade de atuação dos sujeitos

A lei de ação popular em seu artigo 6º §3 prevê norma que da azo a intervenção móvel da pessoa jurídica no âmbito de tais ações tendo tal previsão como norte validativo o interesse público ali em jogo.

Veja-se que muito mais que abrir uma faculdade para não contestar permite-se que o ente público mude de lado atuando em conjunto com o autor popular.

Assevere-se que a própria lei permite que o ente se abstenha de contestar, inteligível, portanto, o descompasso entre essa previsão e o antigo conceito de citação como o “chamamento para se defender”. Destaque-se, no entanto, que a falta de contestação não enseja automaticamente a mudança de polo, é preciso manifestação expressa nesse sentido. E mais, analisando o referido artigo percebe-se que essa mudança é condicionada ao interesse público e não pode ser feita arbitrariamente pelo ente público quando melhor se apresente ao jogo político.

Ainda sobre essa migração Rodrigo Mazzei, indica que tal possibilidade não se encontra prevista em demandas de cunho individual, perceba-se:

A flexibilidade anteriormente estampada, permitindo movimento radical entre os polos da demanda, decorre do próprio escopo das ações coletivas em questão“, não estando expressa previsão semelhante no CPC ou em qualquer outro regramento de natureza individual. ¹¹⁹

Particularmente, discordamos de tal aceção como explicado por meio da observação do art. 834 do Código Civil que abaixo se segue e todas as demais construções realizadas no presente trabalho.

4.1.1.3 Uma nova tonalidade sobre a pluralidade de partes

No caso acima referenciado digladiam-se os doutrinadores de forma a encontrarem uma melhor solução para a pergunta acerca do litisconsórcio ali proposto, se facultativo ou necessário – a exigência de citação do ente público, de

¹¹⁹ MAZZEI, Rodrigo **A 'intervenção móvel' da pessoa jurídica de direito público na ação popular e ação de improbidade administrativa (art.6º, §3º da LAP e art.17§3º da LIA)**. Revista Forense, ano 104, vol.400, nov-dez, 2008. p. 14

forma obrigatória, aparentemente, reflete uma possível opção legislativa pelo litisconsórcio necessário, se nessa esteira pensada.

É certo que tais conclusões legais foram desenvolvidas em um cenário no qual citação era entendida como o chamamento do réu para se defender, conceito muito distante do previsto no Novo Código de Processo Civil, tendo por isso sido o responsável por criar a estrada de um litisconsórcio necessário em tal artigo.

Considerações realizadas, destacamos que pelas tradicionais ideias acerca do litisconsórcio - *pluralidade de sujeitos em um lado da demanda que se auxiliam mutuamente para a vitória sobre o outro polo* – já notamos que aqui não temos qualquer possibilidade de assim pensar, pois a atuação do ente público pode ser neutra ou até mesmo em descompasso com a do réu.

Nas palavras de Barbosa Moreira “inexiste, a rigor, conflito de interesses entre o autor da ação popular e a pessoa jurídica; existirá, quando muito, contraste de valoração, na medida em que aquele impugna o ato como ilegítimo e danoso, enquanto está o considera isento de vício”.¹²⁰

Distantes ficamos, portanto, de qualquer modalidade de litisconsórcio, exigindo-se o reconhecimento de uma nova figura processual. Observe-se que apenas o chamamento é obrigatório e necessário, mas não o litisconsórcio, já que incabível tal figura aqui por total incompatibilidade.

O que justifica tal chamamento são hipóteses em que, por exemplo, a sentença pode desconstituir situações já formadas até mesmo obrigando o ente a adotar certos comportamentos (políticas públicas), ou seja, mesmo que reflexamente haveria uma ingerência no poder executivo sem que fosse dada ao ente público oportunidade de debate.

De todo o exposto, a conclusão que nos resta e é brilhantemente colocada por Mazzei é que:

Em um segundo momento, não nos parece ser possível afirmar que o litisconsórcio formado pela participação da pessoa jurídica é facultativo ou necessário, pois a classificação que dá ensejo a tal divisão trabalha com a projeção subjetiva estável dos polos da ação, em total contramarcha ao disposto no § 3º do art. 6º da LAP.¹²¹

¹²⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”**. Revista de Processo, São Paulo, v.7, n.28 p. 14

¹²¹ MAZZEI, Rodrigo **A 'intervenção móvel' da pessoa jurídica de direito público na ação popular e ação de improbidade administrativa (art.6º, §3º da LAP e art.17§3º da LIA)**. Revista Forense, ano 104, vol.400, nov-dez, 2008. p. 30

É nesse momento que ganha destaque os pensamentos de uma nova modalidade de participações dos sujeitos, como anteriormente referida.

4.1.1.4 Intervenção móvel

Frise-se que não é por que a lei definiu como obrigatório o chamamento de determinada pessoa para integrar a relação jurídica que automaticamente devemos pensar que o litisconsórcio aí determinado permanecerá estanque ao longo de toda a demanda, já que a própria lei no caso das demandas coletivas permite uma mobilidade da pessoa jurídica. Aliás, quiçá poderemos pensar na existência de um litisconsórcio.

Nesse sentido, bem observa Rodrigo Mazzei: “Feita a convocação obrigatória para adotar um dos três rumos permitidos pela válvula especial do art. 6º, § 3º, permite-se intervenção marcada pela mobilidade, de modo a possibilitar a retratabilidade (que implica na troca do polo da demanda)”.¹²²

Apontamos que não é preciso um distanciamento dos processos individuais para a compreensão de tal fenômeno de migração polar, basta que consideremos as ideias de “zonas de interesse” e “legitimidade *ad actum*” anteriormente desenvolvidas pensando-se o processo como o exercício do contraditório a cada novo ato processual.

Essa visão de incidência no campo individual, aparentemente, mostra-se contrária ao preconizado por Rodrigo Mazzei. Note-se a leitura do autor acerca de tal possibilidade construída, ainda, sob a égide do Código Buzaid:

O avanço no debate do status da intervenção da pessoa jurídica na ação popular e na ação de improbidade administrativa depende, ao menos em nossa opinião, de se compreender que nas ações coletivas a interpretação dos institutos de direito processual civil não poderá ser feita do mesmo modo que se processa nas ações de natureza individual, pois, como já frisamos, são ambientes bem distintos, e as diferenças hão de ser respeitadas pelo hermeneuta.¹²³

Passando ao tema propriamente dito o referido autor ao propor um novo conceito para abarcar tal modalidade de intervenção indica que o espírito da lei

¹²² MAZZEI, Rodrigo. *op. cit.* p. 32

¹²³ MAZZEI, Rodrigo. *op. cit.* p. 14

foi “prever, a nosso sentir, uma forma de intervenção móvel da pessoa jurídica em tais ações de índole coletiva, uma vez que com tal norma há a possibilidade da mesma transitar nos polos passivo e ativo”.¹²⁴

Nesse espeque, ao se criticar a ideia de litisconsórcio, pois remeteríamos a ideia fixa de polos da demanda que se formariam quando do ajuizamento da ação, precisamos pensar em alternativas para explicar o previsto no comentado artigo sendo a intervenção móvel a figura que melhor se amoldaria e solucionaria o caso.

É nesse momento que o professor indica que os processos coletivos se distanciariam do processo individual, pois devido ao microssistema coletivo existiria neles a possibilidade da chamada intervenção móvel - fenômeno diametralmente oposto ao litisconsórcio, com alta carga de dinamicidade.

Anote-se, o presente trabalho aborda linha paralela de modo a afirmar que a intervenção móvel dos sujeitos processuais vai além das demandas coletivas abrangendo também a tutela individual quando pensado o processo através de uma revisão acerca das condições da ação.

No que tange a tutela coletiva, vislumbrando a mobilidade que possui a pessoa jurídica destaca-se a possibilidade de que essa migre entre os polos da demanda, ou mesmo que calçada na lei deixe de apresentar contestação, desde que realize tais atos com base exclusivamente no interesse público.

Portanto, alinha-se o raciocínio a obrigatoriedade de citação para integrar a relação processual não se podendo falar em litisconsórcio, ou seja, há perfeita sintonia com a nova redação processual já que apenas se faz uma convocação obrigatória, no entanto, não é preciso que mantenhamos aquela formação durante todo o tramitar. É como em um jogo de futebol, o técnico adotando melhor estratégia pode preferir mudar seu esquema tático no meio do jogo e nesse figurado aqui apresentado o critério do técnico para tomada de suas decisões seria o interesse público.

Se ele pode escolher onde atuar por que é obrigatória sua participação?

A legitimidade das decisões judiciais apenas é alcançada quando proferidas em processos no qual houve participação de todos aqueles que sofrerão

¹²⁴ MAZZEI, Rodrigo. **op. cit.** p. 10

seus efeitos. Apesar da possibilidade legal de que a parte tome posições mais ativas, ou passivas e até mesmo neutras, inexoravelmente, as decisões tomadas nos processos coletivos atingiram de sobremaneira suas atividades não se justificando que esses processos tramitem sem seu conhecimento.

Gize-se, o interferir ou não na demanda vai além de motivações jurídicas passando-se desde o campo social até o campo político o que não se permite é que o direito abra mão de possibilitar essa participação.

Discorrendo sobre o tema Rodrigo Mazzei indica que “No caso de adoção da posição neutra, sequer se cogitará em litisconsórcio ativo ou passivo; por conseguinte, nessa situação, não estará a pessoa jurídica, na nossa visão, participando de qualquer dos polos da ação”¹²⁵. Porém, estará participando do processo!

4.1.2 Atuação do Juiz

Corriqueiramente, ao ouvirmos opiniões leigas sobre o que é um processo judicial, é comum que nos deparemos com pessoas que o descrevam de modo a imaginarem as partes em frente a um magistrado coberto por uma toga com seu martelo na mão sentado em posição superior, ocupando assim lugar de destaque, e que após ouvir as partes e as testemunhas prolata sozinho uma decisão final.

Esse pensamento mais do que fática era também juridicamente adotado, já que ao que tudo se aparenta constavam tais conceitos das legislações processuais anteriores. Descrevia-se um processo conduzido de forma a melhor prepara-lo para o juiz, solitariamente, decidi-lo.

Diferentemente, a nova legislação processual busca atuações que apesar de equidistantes sejam efetivas visando sempre concretizar os direitos almejados com a tutela judicial. Exige-se hoje a figura de um juiz mais ativo que não fique em uma posição estanque no processo, mas que atue de forma a melhor conduzir o processo cooperando com as partes no desenvolvimento da litispendência.

¹²⁵ MAZZEI, Rodrigo. **op. cit.** p. 32

Em que pese essa nova postura judicial ainda persiste aqueles institutos que dão segurança e legitimidade as decisões judiciais, entre eles destacam-se os incidentes de suspeição e impedimento, que permitem as partes não se submeterem a um julgador que não esteja totalmente alheio aos interesses ali debatidos ou por qualquer modo vinculado a uma das partes.

Nota-se que a suscitação de tais questões cria situações peculiares no bojo do procedimento fazendo com que o juiz se desloque de sua posição originária (pensando-se naquela ideia triangular de relação jurídica) e torne-se parte passiva no julgamento daquele incidente, caso não reconheça, por exemplo, sua suspeição de ofício. Ou seja, uma nova relação jurídica integrará o feixe com o juiz tornando-se parte.

É nesse sentido o destaque de Fredie Didier Jr:

O incidente de arguição de impedimento ou suspeição é a forma estabelecida em lei para afastar o juiz da causa, por lhe faltar imparcialidade, que é pressuposto processual subjetivo referente ao juiz. Enquanto a alegação de incompetência se refere ao juízo, o impedimento e a suspeição se referem à pessoa do juiz, que, neste incidente, é parte (ele é réu do incidente)¹²⁶. (grifo nosso)

Assevere-se que não apenas o juiz deve envolver-se na imparcialidade, mas também por imperativo constitucional os membros do Ministério Público e os auxiliares da justiça sendo plenamente verificáveis aqui as mudanças de posições destacadas como o exemplo pela figura do juiz.

É com esse pensamento que devemos reanalisar as armas processuais a ele disponíveis permitindo-se que exerça com plenitude sua defesa, ou seja, não é porque o réu é o juiz da causa que, por exemplo, a ele será vedado recorrer. Note-se que corrobora ainda mais com tal afirmação a constatação doutrinária de que os limites do decidido quanto a suspeição do juiz e aquela parte transcende aquele processo alcançando-se qualquer situação na qual ambos figurarem dentro da mesma relação jurídica.

Algumas considerações acerca de tal procedimento se fazem necessárias a fim de delimitar a atuação do magistrado. Nesse sentido, comentando

¹²⁶ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: volume 1: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 755

acerca do incidente de suspeição/impedimento Fredie Didier Jr aponta que dois caminhos poderão ser trilhados pelo juiz após serem esses suscitados:

Acolhendo a alegação, remeterá os autos ao juiz substituto; caso não a acolha, determinará a autuação apartada da alegação e, em quinze dias, apresentará as suas razões, acompanhadas de documentos que reputar convenientes e o rol de testemunhas para provar o que alega; em seguida, ordenará a remessa do incidente ao tribunal (art. 146, § 1º, CPC)¹²⁷

E é nesse segundo momento que surge uma nova relação jurídica que será contraditada por meio de atuações dos sujeitos envolvidos através do direito de ação.

Apesar da posição acima defendida quanto à possibilidade recursal do magistrado a questão não é uníssona na doutrina. Majoritariamente não se tem permitido tal interposição recursal pela falta de capacidade postulatória específica.

Em que pese tal posicionamento há doutrinadores que legitimam esse exercício e fazem isso com base, sem dúvida, na busca de um contraditório efetivo. Aliás como destacamos, parece ser a melhor orientação.

Nesse sentido, cristalinos são os apartes acerca de tal assunto realizados por Fredie Didier Jr quando se posiciona contrariamente à doutrina predominante e cita grandes nomes que lecionam no mesmo sentido:

Note que o magistrado tem capacidade postulatória para fazer a sua defesa no incidente, não precisando de advogado.' Para Nelson Nery jr. e Rosa Nery, essa capacidade postulatória do magistrado o habilita, inclusive, a subscrever recursos para o STJ e STF, caso seja derrotado no julgamento da exceção, sem a necessidade de representação judicial por advogado.¹²⁸

Arrematando, com a devida vênia, mais do que um terceiro interessado é o juiz legitimado por ser parte em tal incidente. Sendo assim, também possuíam legitimidade para recorrer o membro do Ministério Público e o auxiliar da justiça quando dúvidas acerca de sua imparcialidade surgirem.

Alertem-se! O tema merece o devido tratamento já que os reflexos podem ser tormentosos se consideradas comarcas de pequeno porte na qual exista apenas um único juiz e seja esse suspeito frente a um grande empregador da cidade; a falta de um contraditório efetivo nesse momento processual pode ter como

¹²⁷ DIDIER JR., Fredie. **op. cit.** p. 762

¹²⁸ DIDIER JR., Fredie. **op. cit.** p. 763

consequência a decadência de todo um sistema de concretização de direitos naquela localidade.

Sem a intenção de esgotar a atuação do magistrado dentro dos procedimentos, restou clara a necessidade de que, para um melhor exercício de direitos fundamentais, exista a possibilidade de um câmbio de suas posições processuais com uma reformulação das possibilidades de atuar.

4.1.3 Atuação do Ministério Público

O *Parquet* desempenha papel importante frente ao judiciário quer atuando como parte na defesa de seus interesses, seja atuando como legitimado extraordinário, ora atuando como fiscal da ordem jurídica.

Sua legitimidade é extraída do próprio texto constitucional quando em seu artigo 127 o grava como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, no qual incumbi a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Com essas premissas e reconhecendo a dinamicidade que envolve todo o direito não podemos ser alheios às complexidades que envolvem as ações judiciais considerando que essas razões inexoravelmente nos conduzirá a constatação de momentos em que ora vislumbraremos o Ministério Público atuando como parte, ora como réu (exemplo: quando deixar de quitar obrigações referentes ao prédio que se aloja), ora como fiscal da ordem jurídica. Porém, devemos ir além e ponderarmos que essa multiparticipação pode muitas vezes ser exercida dentro de um mesmo procedimento. Permite-se que o Ministério como fiscal de ordem jurídica recorra em favor de uma das partes, por exemplo. Mostra-se claro, assim, o câmbio de posições jurídicas a depender dos interesses contraditados em cada momento processual.

Campo fértil para análise de tais alterações de posição, sem dúvida, é o direito de família onde pela previsão do artigo 698 do diploma processual “o Ministério Público somente intervirá quando houver interesse de incapaz e deverá ser ouvido previamente à homologação de acordo.”. No entanto, pela regra geral, poderá intervir em casos outros quando haja interesse público ou social (art. 178, I, C.PC) abarcando situações em que será fiscal da lei como no caso da tomada de

decisão apoiada (art. 1.783-A Código Civil); na alteração de regime de bens art. 734, § 1º Código de Processo Civil. Mas não é só.

No que tange a interdição possui o *parquet* legitimidade ativa subsidiária como se denotam da intelecção dos artigos 747, IV, e artigo 748 em combinação, ambos do Novo Código de Ritos. Essa subsidiariedade permite que outros legitimados proponham tal ação, momento no qual figurará o Ministério Público como fiscal da ordem jurídica pela relevância dos bens discutidos prezando-se pela melhor tutela da pessoa humana. Conclui-se que sua atuação, em casos tais, pauta-se na discussão da capacidade da pessoa devendo, portanto, propiciar ambiente favorável a melhor discussão desses direitos. Outorga-se com isso uma ampla participação em todo o procedimento permitindo-se inclusive que com a morte de um dos legitimados prossiga com a demanda assumindo a função de parte não restando invalidadas suas anteriores atuações graças ao isolamento dos atos preconizados no presente trabalho.

Em que pese os exemplos sempre desenvolvidos com base em questões civis a matéria vislumbra incidência em toda a Teoria Geral do Processo e é por esse espeque que se permite, por exemplo, ao Ministério Público que em suas alegações finais pugne pela absolvição do réu ou mesmo interponha recursos em favor do condenado, mesmo que tipicamente criados para a utilização exclusiva da defesa (art. 609, Único Código de Processo Penal).

Daí se vislumbra que mais do que um órgão acusador possui o Ministério Público função concretizadora de direitos fundamentais velando sempre pela integridade do ordenamento jurídico preferindo-se que saia vencido da lide a colaborar com a falência de todo um sistema penal. É nesse diapasão que o câmbio entre posições jurídicas se mostra de suma influência na consecução desses novos objetivos institucionais do órgão.

4.1.4 Legitimidade Concorrente

Como observa Cassio Scarpinella Bueno, pode-se falar “legitimados quando há pertinência subjetiva entre aqueles que buscam a tutela jurisdicional e aqueles que, no plano material, tiveram seus direitos ameaçados ou lesionados”.¹²⁹

¹²⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 74

No entanto, essa concepção sozinha não se mostra suficiente para justificar as legitimações decorrentes das ações coletivas; do controle concentrado de constitucionalidade, entre tantos outros modelos, onde é a lei quem abstratamente prevê um rol de legitimados sem qualquer vínculo com o direito material violado, uma legitimidade extraordinária.

Aqui talvez resida o grande impasse a ser resolvido pelas ideias do cambio de posições jurídicas e zonas de interesse já que por vezes a lei prevê legitimados aptos a tomarem certas medidas judiciais, no entanto, atribui essa legitimidade a uma gama de pessoas fazendo com que se emerjam interesses contrapostos e diametralmente opostos entre sujeitos que ocupam, por vezes, o mesmo polo da demanda. É a pluralidade de sujeitos verdadeiro ninho de intrigas.

A situação acima elencada mostra-se corriqueira no dia a dia do Judiciário brasileiro, já que varias são as previsões de legitimidade concorrente entre sujeitos na legislação pátria, acompanhe:

CONSTITUIÇÃO FEDERAL - Art. 103 Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - Art. 82. Para os 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.

LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar

- I - o Ministério Público;
- II - a Defensoria Pública;
- III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
- IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;
- V - a associação que, concomitantemente:

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - Art. 747. A interdição pode ser promovida:
 I - pelo cônjuge ou companheiro;
 II - pelos parentes ou tutores;
 III - pelo representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando;
 IV - pelo Ministério Público.

Seria um esforço desmedido tentarmos esgotar todas as possibilidades onde o ordenamento jurídico prevê a existência de legitimados concorrentes. O que devemos de imediato destacar é que o pensamento de que todas as instituições legitimadas pela lei possuem interesses semelhantes em todos os atos e assuntos debatidos nas ações que estão legitimadas a ajuizar mais que utópico seria tormentoso. Desse mesmo modo, pensar que seus interesses sempre corresponderão às realidades das posições jurídicas que ocupam é, sem dúvida, distanciar-se dos acontecimentos da vida cotidiana.

Em breve ensaio sobre o assunto, a fim de não alongarmos o objeto do presente trabalho, nos debruçaremos sobre a análise da legitimidade concorrente visualizada no controle abstrato de constitucionalidade e a partir daí teceremos comentários pertinentes às teses outrora defendidas.

Para melhor conformação da matéria pensemos no seguinte exemplo: caso um dos legitimados (rol do art. 103 da CF-88) ajuíze uma ação declaratória de inconstitucionalidade de determinada lei é preciso que os outros legitimados em suas participações se posicionem também pela inconstitucionalidade do ato impugnado? Existem mecanismos legais aptos a resolver o impasse entre litisconsortes acerca da divergência de posicionamentos sobre a matéria posta em juízo? Qual a natureza do ingresso, posterior, de um dos colegitimado no processo abstrato?

Partindo-se dessa última questão, digladiam-se os doutrinadores acerca da natureza jurídica dos colegitimados quando integram a relação jurídica posteriormente ao seu ajuizamento. Nesse sentido Daniel Amorim Assumpção Neves atento as divergências observa que:

Para parcela da doutrina, os colegitimados serão sempre admitidos como *amicus curiae*, com o que não concordo porque em meu entendimento esses sujeitos são litisconsortes ulteriores, o que parece ter sido confirmado pelo art. 12-E, § 1.º, da Lei 9.868/1999.¹³⁰

¹³⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8ª edição. Salvador: JusPODVIM, 2016. p. 560

Nesse diapasão, interessante o destaque da posição assumida recentemente pelo Supremo Tribunal Federal que sem ter sido esse o intuito coloca um “pano de água fria” em discussões quando um dos colegitimados manifeste-se contrariamente a posição daquele que ajuizou a demanda. Confira:

A cumulação simples de pedidos típicos de ADI e de ADC é processualmente cabível em uma única demanda de controle concentrado de constitucionalidade, desde que satisfeitos os requisitos previstos na legislação processual civil (CPC, art. 292).¹³¹

A fim de solucionar as questões acima propostas é preciso que tenhamos em mente que o objetivo máximo da introdução do artigo 12-E § 1º da Lei Nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que permite a participação dos demais legitimados em ações já ajuizadas, é fazer com que o processo de controle de constitucionalidade torne-se cada vez mais democrático conferindo maior legitimidade as decisões do Supremo Tribunal Federal permitindo-se maiores possibilidades de participação para os sujeitos envolvidos já que não haveria qualquer empecilho para que cada um dos legitimados ajuíze ao mesmo tempo ação questionando o mesmo dispositivo de lei.

Nesse sentido, apenas para um conforto teórico justifica-se pensarmos em um litisconsórcio ulterior, pois há pluralidade de partes atuando em conjunto em um mesmo polo, no entanto, como acima indicado nem sempre serão esses interesses convergentes sendo necessário que todos os conceitos de zona de interesses e de migração polar sejam aqui aplicados, já que poderemos ter legitimados manifestando-se pela constitucionalidade do ato outros pela inconstitucionalidade, e mais, nada impede que após sua manifestação devido à troca de direção ou mesmo de orientação da cúpula da instituição prefira-se adotar posição diversa da já expressada, a fim de se manterem íntegros aos seus fins institucionais.

Postas essas questões atentem-se que o controle de constitucionalidade é campo fértil para uma série de destaques acerca das posições jurídicas e dos interesses que envolvem os sujeitos ao longo de seu tramitar. Passaremos a expor mais alguns desses imbróglios.

¹³¹ ADI 5316 MC, Relator(a): Min. LUIZ FUX, **Tribunal Pleno**, julgado em 21/05/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-154 DIVULG 05-08-2015 PUBLIC 06-08-2015.

Em uma Ação Declaratória de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Presidente da República por meio da Advocacia Geral da União essa quando recebida pelo Supremo desencadeará a citação da mesma Advocacia Geral da União para que atue como fiscal da constitucionalidade da lei impugnada, e nesse momento, pouco importará quem propôs a ação, visto que os interesses que legitimam as atuações são diversos. Há aqui uma conformação entre dispositivos constitucionais (art. 103 §3º e 131). Anote-se que ao atuar assessorando o Presidente da República exerce a A.G.U sua função geral, já quando defende a lei, atua legitimada pelo seu encargo de “*defensor legis*” (função específica).

Não é diferente com o Procurador Geral da República que tem função de “*custos constitutionis*”, ou seja, de fiscal da ordem objetiva constitucional, sendo previamente ouvido nas ações de caráter concentrado. Nessa esteira, mesmo naquelas que propõe deve se manifestar permitindo-se inclusive que apresente posicionamento contrário ao do órgão quando ajuizou a demanda.

As informações aqui partilhadas encontram-se respaldo no artigo 103 da Constituição Federal a seguir transcrito:

Art. 103 Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação [...]declaratória de constitucionalidade:
VI - o Procurador-Geral da República;
§ 1º - O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal. (grifo nosso)

Concluimos, portanto, pela necessidade de nos utilizarmos da dinamicidade jurídica surgida a cada novo ato processual para equacionar as formulações em pretensões multilaterais.

4.1.5 Requerimentos Conjuntos

Ao longo do Código fica nítida a opção legislativa visando o impulsionamento das soluções por meios consensuais criando verdadeira comunidade de trabalho através da utilização de princípios como da cooperação e da boa-fé e não é por mais que prevê o diploma processual a designação obrigatória de uma audiência inaugural com este intuito, logo na primeira etapa do procedimento comum.

Constate, é o teor do artigo Art. 334 Código de Processo Civil que se segue:

Art. 334 Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

De se notar, ainda, que como proposto por Antonio do Passo Cabral aqui se tem a ocorrência da chamada *migração pendular*, ou seja, esporadicamente as partes se deslocam de seus polos e atuam conjuntamente, após tais apartes, retornam-se as suas posições originárias.

É assim raciocinando, pelo dever de cooperação imbuída na atuação de cada um dos sujeitos processuais, que podemos concretamente visualizar situações nas quais as partes atuam conjuntamente não se podendo delimitar se naquele momento são autores; réus; terceiros.

Retornando o exemplo acima indicado, é a audiência de conciliação campo fértil a tal análise, por exemplo, quando as partes após realizarem um acordo e fixarem certas consequências caso o juiz não às observe no ato de homologação nada impede que ambas na tentativa de aclarar a situação manifestem-se por meio de embargos de declaração visando o mesmo resultado.

Mostra-se ainda mais visível tal atuação conjunta no permissivo legal das partes, como anteriormente analisado, realizarem negócios jurídicos processuais, em maior evidência a calendarização dos atos processuais e a escolha da arbitragem para solução dos conflitos.

As partes ainda podem concordar com a suspensão do processo por determinado prazo ou em caso de competência relativa dispor entre si que não alegaram com o fim de que seja essa prorrogada, ou mais que isso, eleger seu próprio foro.

Talvez de maior relevância o que agora passaremos a apontar: ao ajuizar sua demanda, o autor posiciona-se no polo ativo devido ao fato de buscar junto ao judiciário um direito material que lhe está sendo negado pelo requerido, mas veja, nada impede que no momento das negociações e acordos, as partes se distanciem desse direito formado da relação jurídica inicial e assumam diversas posições dentro de um mesmo contexto, posições que lhe acarretam obrigações que

pela lógica processual tradicional seriam encargos típicos do outro polo, materialmente falando.

Na esteira do acima mencionado reforça-se que as concessões mutuas feitas pelas partes quando das transações podem gerar direitos e obrigações ao autor que por meio da legislação substantiva talvez não fosse possível exigir, já que seria uma obrigação da parte ré.

Como bem analisa Antonio do Passo Cabral:

[...] em todas estas hipóteses, estamos diante de casos em que, ainda que possuam interesses materiais contrapostos, para aqueles fins específicos e naquele momento processual, a atuação conjunta pareceu a alternativa estratégica mais adequada para os sujeitos do processo. É visível que uma apreensão estática do interesse-necessidade não é possível aqui.¹³²

São múltiplas, portanto, as situações em que as partes podem atuar conjuntamente em um processo cambiando entre as posições que ocupam de forma a melhor tutelar seus interesses.

4.1.6 Artigo 834 do Código Civil

Como explicado defendeu-se a possibilidade de atuação móvel das partes apenas nas demandas coletivas e justificou-se por tempos tal possibilidade por meio da admissão de um microsistema formado por legislações referentes aos processos coletivos - (C.D.C ; L.I.A ;L.A.P; A.C.P).

Com a devida vênia, de longe se mostra possível tal atuação por meio do exame do dispositivo aqui analisado (art. 834 Código Civil) também no campo do processo individual. É que tal previsão é a mesma desde o revogado Código Civil de 1916 (manteve o código Reale a literalidade do revogado art. 1.948), ou seja, sempre se permitiu que na desídia do exequente o fiador impulsionasse a execução outrora começada assumindo posições típicas do exequente.

Abaixo tentaremos com simples e rotineiro exemplo destacar as múltiplas variações de interesses que esse mesmo sujeito (fiador) possui ao longo de um processo executivo. Anote-se que por sua simplicidade e grande incidência

¹³² CABRAL, Antonio do Passo. **Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda.** Revista Eletrônica do Ministério Público Federal. p. 15. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Tut_Col_Cabral%2001.pdf >

no dia a dia tramitam tais ações, em sua maioria, nos Juizados Especiais Cíveis, cristalizando a incidência do assunto.

Venham juntos para que possamos desfrutar de exemplo que a rotina de trabalho no Tribunal de Justiça de São Paulo concedeu-me o direito de observar: Renan aluga para Bruno seu imóvel residencial assinando Marcia como fiadora de tal negócio. Após o nascimento de seus filhos o locatário, Bruno, não conseguindo honrar seus compromissos, devido ao aumento abrupto de suas despesas, deixa de adimplir seus compromissos passando a dever alugueis, além de uma série de outros encargos como água, luz, telefone, obrigações essas previstas em contrato sendo, portanto, Renan credor de todas elas.

Não alcançando solução amigável o credor resolve ajuizar demanda judicial indicando para compor o polo passivo da demanda como devedor principal Bruno e também Marcia (fiadora) a fim de que caso Bruno não realize o pagamento do débito possam os atos executórios recair sobre o patrimônio dessa última.

Aqui surge um primeiro ponto de análise, nessa fase processual a fiadora atua de forma neutra processualmente falando tendo apenas interesse que Bruno satisfaça sua obrigação colocando fim a presente execução ou colocando empecilhos face às cobranças exageradas de Renan, por exemplo.

Desenvolvendo um pouco mais a situação suponhamos que Bruno, devido ao seu histórico, não mantenha uma vida financeira muito regrada, mas no momento foi agraciado com grande prêmio lotérico. Nos autos executivos citados, o exequente após uma série de tentativas infrutíferas de localização dos bens havia praticamente desistido de localizar bens do executado tendo ido inclusive viajar com a família para o exterior e deixando a ação suspensa por 06 (seis) meses, até que retornasse ao país.

Sabendo disso, nada contente com a situação, e ainda com receio de que Bruno viesse a se desfazer do seu patrimônio, recaindo sobre seu patrimônio os atos executórios, Marcia utilizando-se do permissivo previsto no artigo 834 do Código Civil resolve dar andamento ao processo executivo outrora iniciado pelo credor buscando nesse momento alcançar bens de Bruno suficientes a satisfação do crédito de Renan e assim se exonerando de qualquer ato constitutivo.

Atente-se a literalidade do artigo acima indicado: “Art. 834. Quando o credor, sem justa causa, demorar a execução iniciada contra o devedor, poderá o fiador promover-lhe o andamento.”

Note-se que tal situação concreta fez com que as condições da ação aferidas no momento da propositura da ação perdessem totalmente a conferência com o atual cenário vivenciado exigindo-se, pois, uma reanálise do interesse que circunda a situação bem como da legitimidade da fiadora para utilização dos mecanismos processuais, de modo, a compatibilizar sua atuação com a busca da tutela efetiva tão visada pelo ordenamento jurídico.

De se destacar que pelo entendimento majoritário até então firmado não tem o fiador legitimidade para ajuizamento da execução em face do devedor principal tendo esse a possibilidade, apenas, de após iniciada a execução prosseguir com os atos executórios como aqui aclarado.

Mostram-se corriqueiras essas situações no judiciário brasileiro fazendo com que fique acentuada a impossibilidade de que os tradicionais mecanismos processuais sejam hoje suficientes para uma atuação concreta dos sujeitos processuais. Aliás, restou claro que é sim possível a migração de polos também nas demandas individuais através da releitura de clássicos institutos processuais antes pensados e criados, muitas vezes, apenas para a fase conhecimento.

Vêm à tona aqui todos os conceitos anteriormente revisados, por exemplo, a nova ideia de citação encampada pelo Código parece se amoldar perfeitamente a lição aqui exposta sendo base segura para desenvolvimentos de tais teorias.

Com esse exemplo inédito na doutrina, artigo 834 do Código Civil, é que podemos, sem sobra de dúvidas, dizer que se permite desde 1916 uma atuação despolarizada dos sujeitos processuais também no âmbito do processo individual.

4.2 Novo Contraditório

Conscientes das ideias até aqui expostas destacando-se as revisões propostas a uma gama de institutos que compõe a Teoria Geral do Processo desaguaremos fatalmente em uma exigência de reformulação do modo de participação dos sujeitos processuais, amoldando-se, assim, suas atuações de forma a melhor atender seus interesses mesmo que por vezes seja necessário sobrepujarem-se as previsões legais ora vigentes.

Compatibilizando os conceitos construídos, em especial os novos modos de se pensar sobre as condições da ação, podemos afirmar que a maneira de se estruturar o processo individual vem sofrendo grandes transformações que, por sua vez, geram impactos significativos nas formas de se desenvolver e estruturar os atos e as participações dos sujeitos dentro do rito processual, como atrás mencionado.

Digo isso, pois ao analisarmos o Novo Código de Processo Civil percebemos sua tentativa de densificar princípios processuais constitucionais e como clara demonstração de tal opção legislativa observa-se que logo em seus primeiros artigos transcreve o teor de incisos previstos no rol do artigo quinto de nossa Bíblia Política em capítulo denominado “Das Normas Fundamentais do Processo Civil”. Exige-se assim dos interpretes e operadores do direito quando da análise de qualquer instituto processual que partam suas construções com vistas à concretização de tais direitos fundamentais.

Comentando acerca da adoção de tal modelo pelo novo caderno processual e ainda asseverando acerca da preferência por determinados princípios, destacam Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart que:

[...] a maior visibilidade outorgada a determinados direitos fundamentais processuais no novo Código em detrimento de outros por força da respectiva previsão como normas fundamentais do processo civil decorre da circunstância desses constituírem compromissos fundamentais do legislador: respeitar a liberdade e a igualdade de todos perante a ordem jurídica (arts. 1º, 2º, 3º e 8º.CPC), prestar tutela tempestiva aos direitos (arts. 4º e 12º, CPC) e administrar a justiça civil a partir de uma ideologia democrática (o que leva a um novo equacionamento das relações entre o juiz e as partes a partir da colaboração, do contraditório e da fundamentação, arts. 5º, 6º, 7º, 9º, 10º e 11º CPC).¹³³

Nessa linha de intelecção passaremos ao exame de alguns desses dispositivos ainda que rasamente de modo a criarmos uma nova maneira de se pensar o processo, atentos sempre às novas realidades cotidianas, reestruturando sua compreensão com base em um enfoque constitucional de busca por um contraditório efetivo.

Todo o sistema será repensado através da atuação das partes a cada ato processual e estruturado não em forma de uma cadeia temporal, mas

¹³³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Novo Código de Processo Civil Comentado 2017**. Revistas dos tribunais. p. 152

agrupando-os de acordo com o contraditório exercido em cada atuação – nessa sequência, perceberemos que não é, por exemplo, a preclusão temporal a senhora das estabilidades e que pensar na imutabilidade de posições e situações jurídicas transcendem a ótica do “passar do tempo” devendo ser reanalisadas essas afirmações a partir de uma releitura de tais institutos com foco na busca pelo contraditório-influência.

Reforce-se que o que aqui se propõe não é uma análise pormenorizada de cada procedimento existente, mas estabelecer premissas gerais que podem a todos serem aplicadas, ou seja, fixar uma regra básica para se pensar “processo” fundando-se uma nova ordem processual.

4.2.1 Um novo modo de pensar o processo civil

A Constituição Federal de 1988 em seu Art. 5º, LV prevê que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, por aqui já se extrai o dever legislativo de conformar às leis vigentes as realidades da tutela buscada sem se descuidar das pessoas envolvidas, haja vista a primazia da pessoa humana esculpida no art. 1º, III, também, da Carta Cidadã.

Considerando o lugar de primazia ocupado pela pessoa humana dentro do ordenamento jurídico busca-se dar maiores possibilidades de atuação para as partes. Circundados por tais ideias os legisladores nacionais reconhecem que atuando sozinhas as partes não poderiam exercer seus direitos fundamentais em plenitude, muitas vezes sendo limitadas pela atuação contrária da própria parte adversa, que a todo tempo tentaria frustrar seus objetivos. Percebendo-se tal questão o artigo 5º do diploma adjetivo determinou que “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.”

É nessa esteira de confiança e auxílio múltiplo que prossegue o código sentando suas vigas mestras e logo na sequência firma em seu art. 6º que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Comentando acerca do tema Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart observam que:

[...] a colocação da colaboração nesses dois patamares visa a destacar, portanto, a necessidade de entendê-la como o eixo sistemático a partir do qual se pode estruturar um processo justo do ponto de vista da divisão do trabalho entre o juiz e as partes no processo civil. São basicamente dois os enfoques com que a colaboração pode ser observada no direito processual civil: como modelo e como princípio.¹³⁴

Com esses contornos já podemos notar que se busca criar dentro do processo uma comunidade de trabalho visando uma decisão final justa e contraditoriamente legitimada exigindo-se uma reavaliação das posições jurídicas desempenhadas pelos sujeitos ao longo da cadeia processual.

A revisão acima proposta exige por sua vez a reestruturação das condições da ação deixando-se de apreciá-las uma única vez, exclusivamente, no início do processo e compreendendo que são elas decorrentes do próprio direito de ação que vai se renovando a prática de cada novo ato – o direito de ação apresenta-se de forma fracionada ao longo do trâmite processual e não se esvai em um único momento processual. Pensamentos opostos a esse afrontam o caráter cooperativo inaugurado pela nova ótica processual, já que estariam os sujeitos limitados em suas atuações por terem a obrigação de se manterem vinculados às legitimações e interesses do começo da demanda.

Faz-se mister o seguinte apontamento: a lógica de análise de atos por meio do contraditório-influência, preconizada por Antonio do Passo Cabral, deve ser adaptada para que transcenda o assunto das estabilidades, como examinado tópicos acima, alcançando todos os institutos processuais componentes da Teoria Geral do Processo, em mais evidência as condições da ação.

Atente-se que o próprio Código prevendo que os interesses e a legitimidade dos sujeitos envolvidos não permanecem inalterados ao longo de todo o tramitar não mais prevê a citação como o chamamento do réu para se defender, mas sim um chamamento para que integre determinada relação jurídica como destacada quando da análise do instituto da citação. Relembremos tal conceito “citação é o ato pelo qual são convocados o réu, o executado ou o interessado para integrar a relação processual”.

Nessa perspectiva ilustra com clareza o reposicionamento legislativo a hipótese de “desconsideração da personalidade jurídica” já que ao se chamar os

¹³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Novo Código de Processo Civil Comentado 2017**. Revistas dos tribunais. p. 162

sócios para o processo são esses colocados em relação jurídica diferente daquela dita principal, ampliando-se o feixe de relações.

Realizados tais apartes assevere-se que não seria inteligente por parte de seus idealizadores preverem tais possibilidades sem propugnar meios efetivos de concretização de tais direitos, nesta rota é que o art. 7º do Código de Processo Civil complementando o raciocínio aqui esposado prescreve: “É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.”.

Tanto nos interessa a parte final do artigo, já que se abre a possibilidade do magistrado atento à busca de um contraditório efetivo moldar o devido processo legal de modo a compatibiliza-lo com a melhor atuação das partes permitindo-se que influenciem eficazmente nos provimentos judiciais devendo, então, o juiz a todo tempo estar adaptando o contraditório permitindo-se aos sujeitos a utilização de todas as armas processuais disponíveis para o momento processual vivenciado. Atente-se que não deve o julgador realizar tal função distributiva uma única vez quando fixa o rito no começo da demanda sendo essa concessão de poderes uma atividade dinâmica ao longo de toda a cadeia processual.

Colhe-se tal orientação também dos ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart:

Como facilmente se percebe, a igualdade - e a paridade de tratamento e de armas nela implicada-constitui pressuposto para efetiva participação das partes no processo e, portanto, é requisito básico para plena realização do direito ao contraditório (art. 7., in fine, CPC).¹³⁵

Aliás, a alternativa legislativa por um contraditório efetivo com ampla participação dos sujeitos veio expressamente encampada no Art. 10 do diploma que possui a seguinte dicção “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

Imbuídos dessas acepções defendemos nas linhas de ensinamento dos mestres Antonio do Passo Cabral e Rodrigo Mazzei que não mais se conformam a análise das condições da ação em um momento processual único - na propositura

¹³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Novo Código de Processo Civil Comentado 2017**. Revistas dos tribunais. p. 168

de demanda - tratando-as como uma fotografia. Também não se mostra preciso fixar de modo estanque os sujeitos dentro de polos, devendo essas ideias ser repensadas e reconstruídas para que se permita aos sujeitos maior amplitude no exercício de suas faculdades processuais, cingindo-se o exame dessas atuações, a cada novo ato processual praticado valorando-os de acordo com o “grau” de contraditório exercido naquele momento.

Os atos devem então ser pensados de forma a permitir integral participação dos sujeitos em suas construções, pois um mesmo acontecimento processual pode atingir diversas posições futuras, inclusive não previstas ou apreciadas quando da realização do ato anterior, sendo as partes as pessoas que se mostram mais aptas a demonstrarem as repercussões futuras que deles podem advir por meio dos debates desenvolvidos nos autos.

4.2.2 Remodelando as ideias de condições da ação

Aclarando a nova visão aqui defendida, agora com relação as condições da ação, apontamos que não se deve mais pensa-las como um raio de luz que saindo de seu nascedouro (ajuizamento da ação) permanece inalterada com a mesma intensidade iluminando do mesmo modo todas as fases e etapas processuais, mas sim, como uma bela canção que no decorrer de sua sinfonia altera-se em cada passagem adaptando-se a realidade ali vivenciada tocando com maior proximidade os interesses de quem a sente.

Propõe-se a vivacidade da legitimidade e do interesse sendo analisadas frente ao contraditório-influência, que deve ser buscado a cada ato praticado, tomando por base suas repercussões para frente e para trás no campo temporal.

Corroborando com as ideias aqui propostas, aparentemente, a nova legislação processual individual mostra-se construída de forma a permitir sua aplicação com integralidade, note-se, por exemplo, o permissivo do Art. 190 outrora esmiuçado:

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

Outorga-se, assim, as partes que sem ferir as decisões políticas mínimas propostas pelos legisladores moldem o rito de suas ações de forma a melhor atender seus interesses exigindo-se dos tribunais uma reanálise das condições da ação; das estabilidades; da teoria geral dos recursos, entre outros institutos, frente aos acordos e desacordos, encontros e desencontros, estabelecidos e vivenciados pelas partes em decorrência dos negócios jurídicos entabulados.

Assevere-se, há perfeito entrelace dos conceitos até aqui expostos.

É que a compreensão do processo como feixe de relações jurídicas destaca o dinamismo que as chamadas condições da ação (interesse processual e legitimidade) podem assumir, já que o processo acaba por ser visualizado como o conjunto das relações jurídicas que se estabelecem entre os diversos sujeitos processuais (partes, juiz, auxiliares da justiça etc.) que participam do procedimento. Torna-se o processo, assim, um conjunto de situações jurídicas (direitos, deveres, competências, capacidades, ônus etc.) de que são titulares todos os sujeitos e que a cada novo momento processual apresenta-se de forma distinta exigindo-se conformações e revisões por quem lhe conduz.

Por isso, acautele-se, não se deve pensar o processo como uma única e exclusiva relação jurídica que se forma no começo da demanda, mas sim, em múltiplas relações jurídicas que vão surgindo no decorrer do procedimento, como por exemplo, nos entraves vivenciados entre: autor-juiz, autor-réu, juiz-réu, autor-perito, juiz-órgão do Ministério Público. A exteriorização dos conflitos indicados apenas será devidamente prestigiada e tratada se adotarmos as ideias aqui preconizadas exigindo-se uma distanciação daquele posicionamento estanque de polos da demanda fixados exclusivamente com base no objeto do litígio e de interesses imutáveis ao longo da litispendência.

Reforce-se, do desenvolvimento até aqui cambiado, naturalmente deve a compreensão e análise das condições da ação serem realizadas de forma dinâmica por todo o desenvolver do rito e a cada nova situação jurídica surgida, já que devido à complexidade da vida cotidiana todos os sujeitos processuais podem assumir diversas posições jurídicas em um mesmo processo. Aliás, dificilmente, haverá um processo em que um sujeito processual permaneça em uma única posição jurídica durante toda a litispendência.

4.2.3 É possível ainda hoje se falar em polarização processual?

A conclusão que salta aos olhos é que aparentemente as antigas posições estanques dos sujeitos processuais hoje não se prestam suficientes a proteção de todos os interesses que exsurtem ao longo de um processo fazendo com que tenhamos que refletir acerca da possibilidade de que esses atores processuais por vezes se desloquem para o polo contrário a fim de que defendam seus interesses ou mesmo permaneçam em seu próprio polo, no entanto, atuem de maneira diversa da esperada pelo senso comum, adotando-se novos modelos de participação.

Com isso, será possível desmistificar a existência de uma concepção estática de polos na qual o réu sempre se defende dos ataques perpetrados pelo autor e todos que estejam ao seu lado devam lhe ajudar nessa “batalha”.

Advoga-se pelo afastamento de tal concepção estática já que por vezes atuam no mesmo polo sujeitos com interesses diametralmente opostos que só poderão receber uma tutela justa e efetiva através da releitura de certos institutos com enfoque nas denominadas “zonas de interesse”, permitindo-se que se aflore a cada nova situação surgida os anseios que naquele momento processual estejam visando e tenham dentro da legislação possibilidade de melhor traçar suas estratégias utilizando-se de todo o aparato processual que necessitarem.

É preciso que se coloque em cheque o modelo subjetivo abstrato que o ordenamento estabelece como padrão para cada tipo de processo e que deve ser observado para a instalação do contraditório de forma a se reestruturar todo o processo civil brasileiro. Nessa senda, as implicações modernas exigem, por exemplo, uma maior distância de ideias imanentistas ainda arraigadas na análise de certas situações de legitimação.

O remodelo da atuação dos sujeitos, que passaria a ser despolarizada, mostra-se condizente com a ideia da existência de zonas de interesse como defendido por Antonio do Passo Cabral e essas, por sua vez, justificariam, também, uma análise do processo de acordo com cada novo ato processual surgido.

Síntese acerca do tema vem das palavras de Fredie Didier Jr. que sem perder a profundidade que lhe é características assevera que:

Em um mesmo processo, um único sujeito pode assumir mais de uma posição jurídica processual. Essa circunstância, que é inerente ao fenômeno processual, faz com que a análise do interesse e da legitimidade não se restrinja à demanda: é preciso examiná-los ao longo de toda a cadeia processual, tendo em vista cada uma das relações processuais que se formam e que compõem o feixe de relações jurídicas que é o processo.¹³⁶

Abstrai-se do até aqui desenvolvido que muitas vezes a fim de que se tutelem os direitos fundamentais das partes com efetividade será preciso que nos distanciemos da legalidade estrita ou, mesmo, existirão situações na qual a legalidade não preverá soluções devendo-se com base na ideia de processo como feixe de relações e comunidade cooperativa ser traçado um novo sistema de distribuição de poderes, direitos, obrigações, faculdades, ônus.

Aliás, essa revisão de participações redundará em uma também reestruturação do sistema de estabilidade, como mencionado tópicos acima, perdendo-se seu viés estritamente legal e passando-se a assentar suas bases no princípio da confiança.

De mais a mais, buscou-se com o elenco dos itens acima debatidos inculcar no leitor a ideia de que os atos processuais devem ser tratados isoladamente dentro das várias cadeias processuais que se formam em um processo judicial. E mais do que isso, é preciso que se reconheça que as diversas relações jurídicas formadas ao longo do tramitar merecem ser observadas em sua plenitude, considerando as peculiaridades que lhe são próprias, a fim de que possamos traçar novas dimensões de atuação aos sujeitos processuais.

Observe-se por fim que a base na qual deve se solidificar essa reestruturação de conceitos e institutos, sem dúvida, é o contraditório desenvolvido em cada novo embate vivenciado pelos sujeitos. É desse poder de influenciar as decisões que se permite com base na confiança surgida a cada novo ato atribuir ferramentas processuais às partes; declarar estável determinadas decisões. E não apenas isso, assim raciocinando, o processo deixará de ser visto como impulsionado pelo decorrer do tempo e passará a ter como válvula propulsora de seu desencadear a participação das pessoas tornando-se campo adequado à concretização de direitos fundamentais.

¹³⁶ DIDIER JR., Fredie. **As diversas posições jurídicas que um sujeito processual pode assumir em um mesmo processo: a dinamicidade do interesse processual e da legitimidade.** Editorial 179. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-179/>>

5 CONCLUSÃO

Coligindo as inovações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil a consagrados institutos processuais com as complementações aqui encampadas saltam aos olhos o novo estágio vivenciado pela ciência processual, reclamando-se uma releitura de todo o ordenamento jurídico de modo a permitir maiores possibilidades de participação dos sujeitos. A reestruturação aqui preconizada pode ser alcançada com a aglutinação de algumas premissas que foram se fixando no desenvolver do projeto:

I) as teorias que advogam acerca do conceito de ação e aquelas que visam definir a natureza jurídica do processo não encontraram uma definição perfeita e acabada, relativamente a tais institutos, estando essas em constante transmutação a fim de melhor se amoldarem a dinamicidade da vida cotidiana.

II) devem as condições da ação, legitimidade e interesse, serem pensadas de forma viva, a cada novo ato processual, já que é por intermédio da verificação dos interesses que circundam as partes em cada momento processual, bem como do exame dos legitimados para pratica de específicos atos, que será consagrado ao magistrado liberdade para que molde o procedimento e possibilite uma maior participação das partes nos atos decisórios.

III) a citação deve ser entendida como um chamamento para que os sujeitos que terão suas situações atingidas pelas decisões judiciais integrem o feito permitindo-se, assim, que influam nas decisões que lhe serão impostas pela força da jurisdição.

IV) institutos como os negócios jurídicos processuais, o reexame necessário e os recursos devem ser repensados e adaptados de forma a melhor proteger os interesses buscados pelas partes no momento em que deles se utilizam e não analisados friamente a luz do objeto da ação e dos interesses que rodeavam os sujeitos quando da propositura da demanda.

V) a integração de terceiros ao feito, seguindo a linha acima defendida, é fenômeno processual que deve ter o exame de seus requisitos verificados no momento do ingresso do terceiro aos autos voltando-se os olhos para os interesses que naquele momento o tocam e não na perspectiva sentida quando do ajuizamento da demanda, como hoje tem acontecido.

VI) exige-se uma unificação do sistema de estabilidades partindo-se o exame dos institutos que daí provenham de um tronco comum, fincado sob as raízes da boa-fé objetiva, sendo as situações analisadas de forma continuada valorando-se o grau de imutabilidade a depender do contraditório desenvolvido a cada ato processual retirando-se, assim, do fenômeno temporal seu caráter de indispensabilidade.

VII) diferentemente do que um dia se defendeu não são as ideias e as definições já consagradas aptas a resolverem todos os fenômenos surgidos no bojo das demandas judiciais, vindicando-se dos operadores do direito muito mais que uma simples conformação de institutos. Talvez o conceito de litisconsórcio, por exemplo, não seja hoje suficiente para resolver os imbróglios que surgem dos fenômenos processuais, nesse viés, melhor tratar certas situações, antes vista como exemplos clássicos de litisconsórcio ativo necessário, como campo fértil e oportuno de incidência da intervenção móvel. O direito exige muito mais que uma adaptação de situações concretas a conceitos advindos da praxe.

VIII) é preciso colocar em xeque aquele modelo subjetivo abstrato pelo qual se desenvolveria todo o contraditório, passando-se a analisar as peculiaridades de cada situação fática vivenciada de forma a melhor adaptar o contraditório as realidades em jogo naquele momento.

IX) das exigências acima referenciadas cria-se uma obrigação lógica ao togado de (re) distribuir as armas processuais e equilibrar o jogo processual a cada nova etapa processual arquitetando-se o procedimento com técnicas capazes de propiciar a isonomia dos sujeitos frente à ordem jurídica. Blinda-se, assim, de justo o processo em que as partes dispuseram das mesmas oportunidades e de iguais mecanismos para dele participar.

A par das conclusões aqui colacionadas podemos afirmar que não apenas a sistemática de posicionamento jurídico dos sujeitos processuais, mas, também, os institutos processuais não devem ser pensados e aplicados da maneira que friamente previstos em leis vindicando dos operadores um redesenho de suas estruturas com base em princípios constitucionais. O processo, se assim conduzido, será formado por um modelo comunitário de participação que infalivelmente conduzirá ao exercício de um efetivo contraditório e conseqüentemente ocasionará uma tutela final eficaz e justa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 17ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 2015.

ALVIM, Rafael; MOREIRA, Felipe. Condições Da Ação E O Novo CPC. **CPCNOVO**. Disponível em: <<https://cpcnovo.com.br/blog/condicoes-da-acao-e-o-novo-cpc>>. Acesso em 14 mai. 2018.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: RT, 1975, v. 1.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Ainda e Sempre a Coisa Julgada**. Revista Processo - REPRO, 1970.

_____. **Apontamentos para um estudo sistemático da Legitimação extraordinária**. Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara, ano III, n.9, set-dez, 1969.

_____. **Eficácia da Coisa Julgada**. Revista Ajuris, Porto Alegre, n. 28, ano X, julho de 1983.

_____. **Os Limites do Novo Código de Processo Civil**. Temas de Direito Processual, 1 serie. São Paulo: Saraiva, 1988.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Algumas considerações sobre o cumprimento da sentença condenatória. **Revista do Advogado**, AASP, n. 85, ano XXVI, maio/2006.

_____. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2010

BERMUDES, Sergio. **A reforma do Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Introdução ao processo civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BUENO, Cassio Scarpinella. **A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 2.

_____. Curso sistematizado de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 2007. v.

_____. Manual de Direito Processual Civil, São Paulo: Saraiva, 2017
BUZUID, Alfredo. Do ônus da prova. **Revista Forense**. v. 204, out.-nov.-dez.1963.

CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas: entre mudanças e transição de posições processuais estáveis**. Bahia: Ed. Juspodivm, 2 ed., 2014.

_____. **Despolarização do processo e “zonas de interesse”:** sobre a migração entre polos da demanda. Revista Eletrônica do Ministério Público Federal. Disponível em: <
http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Tut_Col_Cabral%2001.pdf >

_____. **Nulidades no Processo Moderno: Contraditório, Influência e Validade Prima Facie dos Atos Processuais**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. v. 2.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 4.

_____; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: RT, 2001.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **A intervenção judicial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (art.89 da Lei Federal 8.884/1994) e da Comissão de Valores Mobiliários (art.31 da Lei Federal 6.385/1976)**. Revista de Processo, n.115, maio-junho, 2004.

_____. As condições da ação e o Novo CPC. **Portal Processual**. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/as-condicoes-daacao-e-o-novo-cpc/>>. Acesso em: 13 mar. 2015.

_____. **As diversas posições jurídicas que um sujeito processual pode assumir em um mesmo processo: a dinamicidade do interesse processual e da legitimidade**. Editorial 179. Disponível em:
<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-179/>

_____. **Curso de direito processual civil: volume 1: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

_____. **O princípio da cooperação: uma apresentação.** Revista de Processo, ano 30, n.127, set.2005.

_____. **Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo.** São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Um réquiem às condições da ação. Estudo analítico sobre a existência do instituto.** Revista Forense, ano 96, vol.351, jul-set, 2000.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** São Paulo: Malheiros, 2001.

GRECO, Leonardo. **Instituições de direito processual civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. 2.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, n. 14-2.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ação civil pública e ação popular: aproximações e diferenças.** SALLES, Carlos Alberto de (Org.). Processo Civil e interesse público. São Paulo: RT, 2003

LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 8.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular.** São Paulo: RT, 5ª Ed., 2003.

_____. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir.** São Paulo: RT, 6ª Ed., 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Novo Código de Processo Civil Comentado 2017.** Revistas dos tribunais.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de direito processual civil. Teoria geral do processo.** São Paulo: RT, 2006. v 1

_____. **Teoria Geral do Processo.** 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MAZZEI, Rodrigo. **Ação popular e o microssistema da tutela coletiva.** in DIDIER JR, Fredie e MOUTA, José Henrique (Coord.). Tutela Jurisdicional Coletiva. Salvador: Jus Podivm, 2008.

_____. **A 'intervenção móvel' da pessoa jurídica de direito público na ação popular e ação de improbidade administrativa (art.6º, §3º da LAP e art.17§3º da LIA)**. Revista Forense, ano 104, vol.400, nov-dez, 2008.

NEVES, Celso. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 7.

_____. **Estrutura fundamental do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8ª edição. Salvador: JusPODVIM, 2016.

_____. **Manual de Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Método, 2018. v. único.

NOÇÃO elementar de Direito. **Medium**. Disponível em: <<https://medium.com/anota%C3%A7%C3%B5es-de-direito/li%C3%A7%C3%B5es-preliminares-de-direito-ef9edf8f5aa9>> Acesso em: 09 mai. 2018.

RODRIGUES, Daniel Colnago. **Intervenção de terceiros**. Revista Dos Tribunais, 2017.

SILVA, Paula Costa e. **Acto e Processo: O dogma da Irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do ato postulativo**. Coimbra: Coimbra, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: volume 1: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **A causa petendi no processo civil**. São Paulo: RT, 2a Ed., 2000.

VIEIRA, Anderson Novaes; PILZ, Nina Zinnggraf et al. Natureza jurídica da ação e do processo. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3078>>. Acesso em: 29 abr. 2018.