

Curso de Direito Processual Civil

Vol. I

FLÁVIO LUIZ YARSHELL

2ª Edição

CAPÍTULO IV

PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

71. Contraditório e processo. Da mesma forma que o caráter substitutivo é elemento conceitual de jurisdição, o contraditório é usualmente tido como indissociável do conceito de processo (infra n. 246). Sem o contraditório, costuma-se dizer, o que existe é apenas procedimento, como é o caso sempre lembrado do inquérito (penal ou mesmo civil). É o contraditório – quando menos em potência – que justifica a vinculação do destinatário ao ato de poder. Como já se disse em doutrina, o contraditório decorre da exigência política de participação e dela é a expressão jurídica.

Por isso o contraditório se impõe em qualquer esfera – estatal ou não – em que se exerça alguma forma de *poder*. Exemplos disso são as previsões contidas no art. 5.º, LV, da CF, quando menciona também o processo administrativo; e nos arts. 57 e 1.085, parágrafo único, do CC, que garantem o contraditório ao membro de associação ou sócio que se pretende seja excluído, respectivamente. Além da previsão constitucional, o contraditório é objeto da lei processual, quando estabelece o tempo, a forma e o lugar dos atos e, mais do que isso, quando disciplina as posições contidas na relação jurídica processual (poderes, sujeições, ônus, faculdades, deveres). Isso não quer dizer que o conceito de processo se esgote na fórmula procedimento em contraditório (infra n. 240).

72. Informação e reação. É clássica a definição de contraditório segundo a qual ele consiste na ciência bilateral dos atos e termos do processo, com a possibilidade de impugnação pelas partes. A doutrina determinou o conteúdo do princípio que, no processo civil, traduz-se em informação *necessária* e em reação *possível*.

O contraditório é princípio que não se limita à defesa do réu, sem embargo da dicção empregada pelo inciso LV do art. 5.º da CF. O contraditório pode ser extraído da garantia da ação (CF, art. 5.º, XXXV), especialmente quando vista de forma analítica, isto é, não apenas como o direito de ingressar em juízo ou de obter um provimento de mérito; mas como o conjunto das posições jurídicas de vantagem de que desfruta o autor ao longo do processo (o que inclui o direito de provar). O princípio também pode ser extraído do direito de defesa, que é a contrapartida da ação, cujo caráter bilateral, sob essa ótica, é comumente destacado pela doutrina. Assim, autor, réu e todos os demais integrantes da relação processual (por exemplo, o assistente, o denunciado, o chamado, dentre outros) são destinatários do princípio e, quando muito, «defesa» só pode ser entendida genericamente como sustentação de determinada posição no processo. Todos eles são qualificáveis como *partes*, justamente porque em contraditório perante o juiz.

73. Informação. A ciência dada às partes é regulada pela lei processual e se traduz na *citação* – que a lei processual define como ato pelo qual se chama a juízo o réu ou interessado para que se defenda (CPC, art. 238) e pelo qual se completa a relação jurídica processual; e na *intimação* – que, mais uma vez, a lei se encarregou de definir como ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e termos do processo (CPC, art. 269).

Eventualmente a lei processual civil emprega o termo *notificação*, como ocorre no caso da ciência dada à autoridade coatora no mandado de segurança (Lei 12.016/2009, art. 7.º, I) ou da menção genérica à notificação como forma de comunicação de atos (CPC, art. 230). Em sentido diverso e mais abrangente, *notificação* – justaposta ao vocábulo *interpelação* – designa medida pela qual se formaliza declaração de vontade, em que o notificante dá «ciência de seu propósito» a outrem (CPC, art. 726, *caput*). A lei reserva a palavra *interpelação* para o ato em que se insta alguém a fazer ou deixar de fazer algo «que o requerente entenda ser de seu direito» (art. 727).

Para que se atenda ao contraditório, a citação, por regra, deve ser pessoal. Mas a lei processual admite que, em processos já instaurados, essa convocação seja feita na pessoa do advogado, como se dá na reconvenção (CPC, art. 343, § 1.º), não obstante a lei fale em «intimação» (certamente na premissa de que, como acima destacado, trata-se de ato de comunicação em relação processual já instaurada). Em certos casos, a lei admite a assim denominada *citação ficta* – com hora certa (CPC, art. 252) e por edital (CPC, art. 256); casos em que, havendo revelia (CPC, art. 344), o contraditório é observado mediante a nomeação de um curador especial (CPC, art. 72, II).

No caso das intimações, elas são feitas por regra na pessoa do advogado constituído nos autos uma vez que, em virtude da exigência de capacidade postulatória, é ele quem, salvo exceções, pratica os atos. Se a intimação serve para cientificação a respeito de ordem para a prática de ato pela própria parte (ou conduta da qual deva se abster), parece lógico dizer que a intimação deva mesmo ser pessoal a ela, não bastando que o seja na pessoa do advogado. Embora essa ainda possa ser considerada como regra, há, contudo, casos relevantes nos quais, embora a intimação seja para a prática de ato a cargo da parte, permite-se a intimação na pessoa do advogado. Assim ocorre no já mencionado caso de reconvenção (CPC, art. 343, § 1.º), não obstante ela tenha natureza de ação e acarrete o ônus de contestação, cuja falta de observância, em tese, pode levar à revelia e à confissão ficta daí decorrente. Algo semelhante ocorre na intimação do advogado para responder embargos de terceiro, se o embargado já tiver procurador constituído nos autos (CPC, art. 677, § 3.º). Também assim ocorre em cumprimento de sentença (CPC, art. 513, § 2.º, I), ainda que se reconheça que a prestação – pagar, fazer ou entregar – obviamente está a cargo da parte e não do advogado.

A falta de citação do réu configura caso de inexistência do processo em relação a ele; embora o processo exista desde a propositura da demanda, numa relação jurídica linear entre autor e Estado. Fora daquela hipótese, imperfeições nos atos de comunicação são geradoras de invalidade, sujeitas, portanto, a serem sanadas pela eficácia preclusiva da coisa julgada (com a ressalva de eventual ação rescisória).

74. Segue: informação e processo eletrônico. O emprego de meio eletrônico é autorizado na comunicação de atos e na «transmissão de peças processuais», na forma da Lei 11.419/2006. Esse recurso tecnológico pode servir ao contraditório na medida em que facilite o acesso à informação pelas partes e advogados – especialmente pela atenuação da necessidade de deslocamento físico, que acarreta custo.

Mas não só pelas razões apontadas ao ensejo do exame do princípio da igualdade (infra n. 94), é preciso cuidado para que a tecnologia, paradoxalmente, não prejudique o contraditório. Deve haver controle eficiente sobre possíveis falhas do recurso tecnológico, que não pode ser visto como fator de reforço de tendências restritivas ao conhecimento de recursos, por exemplo. Ademais, não se deve confundir informatização do Poder Judiciário – que eventualmente pode ser objeto de regras editadas pelos tribunais – e informatização do processo, a depender sempre de lei federal, nos termos do art. 22, I, da CF.

«O art. 5.º da Lei 11.419/2006 estabelece o ônus de consulta eletrônica ao teor da intimação feita por meio eletrônico em portal próprio e traz como

consequência considerar-se a ciência automaticamente operada quando findar o prazo ali estabelecido (§ 3.º).»

75. Reação. Em se tratando de direitos *disponíveis*, a reação é mera potencialidade porque corresponde à posição processual de ônus, no contexto do assim denominado princípio dispositivo (infra n. 97). Sob a ótica do réu, a lei considera a hipótese de revelia (ausência de contestação regular e tempestiva) e estabelece as consequências para a falta de observância do ônus de responder (art. 344); dentre as quais a admissão de veracidade dos fatos afirmados pelo autor, assim denominada *confissão ficta* – que o sistema também considera em outras hipóteses de falta de reação da parte instada à prática de determinado ato (vide arts. 307, 385, § 1.º, 400, e 524, § 5.º do CPC).

Ainda sob a ótica do réu, no caso de direitos *indisponíveis* (infra n. 99), ao contrário do que se passa no processo penal, não há – não ao menos como regra – a nomeação de defensor *ad hoc*. A solução legal é a não incidência da regra – a nomeação de defensor (CPC, arts. 345, II, 373, § 3.º, I, e 392) e, portanto, a subsistência do ônus probatório quanto aos fatos alegados (porque não aceitos como verdadeiros os fatos afirmados pelo autor e não impugnados pelo réu).

A possibilidade de reação, conquanto ordinariamente submetida à iniciativa da parte, deve sempre ser efetiva. Sua forma e extensão variam, segundo a natureza e a finalidade da atividade jurisdicional realizada no processo. Trata-se de tema relacionado à extensão e à profundidade da *cognição* (infra n. 88).

Na fase de conhecimento, o contraditório – ressalvadas limitações próprias de especialidade do procedimento (infra n. 250) – é amplo, simétrico e adequado à função ali desempenhada: reconstrução dos fatos relevantes e discussão do direito aplicável para *declaração* do direito no caso concreto.

Já na fase de cumprimento e na execução (fundada em título extrajudicial), a possibilidade de reação do réu é limitada. Isso ocorre pela circunstância de que o processo aí está estruturado para a prática de atos materiais, de invasão da esfera patrimonial do devedor, para satisfação do credor – em situação de relativa desigualdade (infra n. 93). Matérias não cobertas pela eficácia preclusiva da coisa julgada (CPC, art. 508) podem ser articuladas pelo executado mediante impugnação (CPC, art. 525) ou por embargos do devedor (CPC, arts. 910 e 917), conforme se trate de cumprimento ou execução, respectivamente. Essas medidas têm natureza de ação de conhecimento e, com os limites indicados, permitem que o executado discuta o mérito da execução. Sem prejuízo, o contraditório também assegura que o executado, independentemente de tais medidas, articule diretamente na execução matérias cuja cognição possa ser feita de plano pelo magistrado, sem dilação probatória (usualmente matérias de

ordem pública, que poderiam ser conhecidas de ofício pelo juiz). A essa última forma de intervenção convencionou-se dar o nome (impróprio) de exceção ou de objeção de pré-executividade (ou, ainda, de defesa heterotópica).

Na disciplina da tutela provisória – de urgência ou mesmo de evidência (art. 9.º, parágrafo único, incisos I e II) – há a possibilidade de concessão de liminar sem prévia audiência do réu; caso em que a sua reação fica diferida, mas não excluída. Além disso, o caráter sumário da cognição – que é limitada à plausibilidade da existência do direito material alegado e ao perigo da demora (infra n. 190) – se reflete na menor amplitude do contraditório. De todo modo, o contraditório e a possibilidade de reação que nele se contém asseguram que (i) as decisões liminares sem prévia audiência do réu correspondam à exceção, não à regra; e (ii) as decisões liminares de natureza satisfativa (infra n. 191) e com efeitos irreversíveis não possam ser tomadas – salvo se for o caso marcadamente excepcional de ponderação de valores – sem prévia oitiva e possibilidade de reação do réu.

«Na fase recursal, o contraditório se exerce no ato de interposição e no de resposta, que deve sempre ser facultada. No caso especial de agravo de instrumento (CPC, arts. 1.015 e ss.), contudo, quando se voltar contra decisão que indeferiu liminar requerida sem prévia audiência da parte, o recurso também pode excepcionalmente ser julgado pelo tribunal sem que se tenha a resposta do réu, ainda não integrado ao processo (na premissa de que a prévia audiência seja incompatível com a utilidade da medida). Mas é preciso cautela redobrada porque, nessa hipótese, o réu terá ficado privado da possibilidade de recurso para o tribunal local, justamente porque já terá apreciado a questão. Restará ao réu apresentar elementos ao juízo de primeiro grau e, com base neles, postular uma nova decisão, a ensejar nova devolução do tema ao tribunal, por eventual novo recurso.»

76. Contraditório e prova. De nada valeria estabelecer os princípios da inafastabilidade (supra n. 37) e do contraditório se tais postulados se limitassem à prerrogativa de alegação, sem abranger a eventual necessidade de prova do quanto se alegou. Ainda que a Constituição Federal brasileira não consagre expressamente o direito à prova, é correto entender que o direito ou poder de provar não são mais do que desdobramentos da ação e da defesa.

A relação entre contraditório e prova pode ser vista por diferentes ângulos, na premissa de que a efetiva participação seja assegurada.

Assim, o contraditório envolve a prerrogativa de requerer ou de propor a produção da prova. Isso exige prévio conhecimento das regras acerca de distribuição do ônus da prova, porque não há como aquilatar a necessidade da prova sem saber a quem está imputado o respectivo encargo. A prévia e clara atribui-

ção do ônus da prova se afeiçoa ao que se convencionou chamar de *confiança legítima*, expressão do direito fundamental à segurança (art. 5.º, *caput*, da CF).

Isso não significa dizer que o juiz deva aceitar todo e qualquer pleito de prova porque, a exemplo de todo e qualquer ato processual, a prática de atos de instrução está sujeita ao interesse (infra n. 215): a prova tem por objeto fatos controvertidos, pertinentes e relevantes. Além disso, a lei exclui da prova os fatos notórios, os não controvertidos, os confessados e aqueles em favor dos quais milita uma presunção (CPC, art. 374). Ademais, é preciso existir uma relação de adequação entre o meio de prova e o fato que se pretende reconstituir. Portanto, o juiz pode limitar a prova (CPC, art. 370). Em caso de dúvida sobre a admissibilidade do pleito, será mais prudente que a prova seja admitida e produzida, preservando-se o contraditório; até porque o juiz poderá fazer eventuais correções ao ensejo da valoração.

O contraditório também deve estar presente no decorrer da produção da prova. Não basta que se dê ciência à parte de prova produzida sem sua participação (ressalva feita à formação da prova documental, por sua própria condição de ser prova pré-constituída).

O contraditório, assim, é verdadeira condição de eficácia da prova, sendo viciada tanto a prova colhida sem a presença do juiz, quanto a colhida sem a presença das partes. Por essa razão que se diz que, em princípio, não possuem eficácia probatória os elementos informativos se tiverem sido colhidos sem a possibilidade efetiva e real de participação dos interessados na produção daquela prova, ou seja, os sujeitos que podem sofrer os efeitos do provimento a ser editado no processo.

Isso tem particular importância em matéria de prova pericial, na qual o contraditório se aperfeiçoa pela possibilidade da participação de assistentes técnicos (CPC, arts. 473, § 3.º, e 477, § 1.º). Esse é o motivo pelo qual as partes devem ser previamente informadas da data e local da perícia (CPC, art. 474). Com isso evitam-se diligências e atos secretos, permitindo-se que as partes e seus assistentes participem, diretamente, da produção da prova.

Esse mesmo direito de participação existe no que diz respeito à produção da prova oral. No decorrer da colheita, a parte pode exercer o seu direito de formular questionamentos, impedir sejam feitas perguntas inadequadas ou impertinentes, e até mesmo, eventualmente, oferecer contradita à testemunha. Poderá, portanto, participar, diretamente, da produção da prova e, assim, influenciar o seu resultado.

«Daí porque se a testemunha eventualmente tiver prestado declarações anteriormente, em outro processo, não bastará que o juiz se limite a indagar se

aquela ratifica o que dissera antes; não ao menos como pretexto para impedir eventual e completa reinquirição com a efetiva observância do contraditório.»

Naturalmente, o fato de participar da produção ou da colheita da prova (no caso de prova oral) não afasta a necessidade de se facultar às partes manifestação sobre o resultado da atividade probatória.

Tais considerações são feitas sob a ótica da prova como elemento dirigido à formação do convencimento do magistrado, na perspectiva de uma solução adjudicada do conflito. Contudo, convém lembrar que o sistema admite a produção de prova de forma autônoma, como forma de permitir que os interessados e ônus, quer sob a ótica do ajuizamento de uma demanda, quer sob o prisma de sua defesa (CPC, art. 381, III). Nesse caso, destinatários da prova são as partes e não exatamente o juiz. De todo modo, também nesse caso a relação entre prova e contraditório, ainda que sob perspectiva diferente, pode ser identificada (infra n. 81).

77. Contraditório: defesa técnica e autodefesa. No processo penal, entende-se que a defesa técnica – a cargo do advogado – e a autodefesa – que consiste na participação direta da parte – são vertentes que integram o contraditório, tendo a segunda delas especial importância na fase de colheita da prova. Lá se entende que a autodefesa engloba o *direito de audiência* e o *direito de presença*. O primeiro deles se traduz na defesa que o acusado exerce ao ensejo do interrogatório; o segundo se materializa com a imediação entre réu e juiz na instrução. Já no processo civil, a defesa costuma ser vista apenas sob o primeiro daqueles enfoques. Nele, o depoimento pessoal – segundo tradicionalmente se aceita – não tem a mesma conotação de defesa não técnica que tem o interrogatório, consistindo apenas em ônus da parte; cuja falta de observância pode levar ao fenômeno da confissão ficta.

Não obstante os sistemas sejam realmente distintos, em comum entre ambos, nesse particular, há a circunstância de que a parte é efetivamente quem possui melhores condições para fornecer ao advogado as informações necessárias para a mais adequada e completa colheita da prova; com especial ênfase para a prova oral. Da mesma forma que ocorre no processo penal, o contraditório envolve a coordenação entre a atuação da parte e de seu advogado. Isso quer dizer que, embora a presença da parte não seja obrigatória nas audiências, ela é desejável e conveniente, inclusive sob o ângulo de eventual solução da controvérsia mediante autocomposição. Além disso, se houver intenção de tomada de depoimento pessoal, a intimação há que ser prévia, para que a parte possa ter adequado, prévio e reservado contato com seu procurador, não sendo tolerável

que seja tomada de surpresa com sua intimação, na própria audiência, com a imediata colheita do depoimento.

78. Contraditório e direito a recurso. O texto constitucional (CF, art. 5.º, LV) refere-se ao conteúdo do princípio como abrangente dos «meios e recursos a ele inerentes». Daí, contudo, não se pode extrair o direito a recurso, termo empregado de forma genérica pela CF – e não especificamente como meio voluntário pelo qual se postula a anulação ou reforma de uma decisão, dentro da relação processual em que editada (conceito estrito de recurso).

Da mesma forma, dali não se pode extrair o assim denominado *duplo grau de jurisdição*, que não foi positivado na Constituição e que nem mesmo nas origens históricas integra a ideia de devido processo legal. Tampouco é possível extrair da garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional o direito ao recurso. O que faz a Constituição é assegurar a competência originária e recursal dos tribunais Superiores e dos Tribunais Regionais Federais. Isso quer dizer que a disciplina dos recursos – e, portanto, do duplo grau – está situada no plano das regras, legais ou até mesmo constitucionais, mas não dos princípios. É preciso, portanto, verificar a adequação dessas regras aos princípios do direito processual.

Além disso, é preciso considerar que se a existência de recursos – e especialmente o efeito suspensivo de que possam ser portadores – pode retardar a consecução do escopo social (eliminação da controvérsia), de outro lado ela é ferramenta a serviço do escopo jurídico da jurisdição. Portanto, a existência de recursos – sem que possa ser erigida propriamente à condição de um princípio – é desejável para aperfeiçoamento do sistema.

«Para ilustrar, não se poderia reputar inconstitucional uma regra que limitasse o cabimento do recurso de apelação às questões de direito, excluídas as questões de fato. Regra dessa natureza não inviabilizaria os escopos da jurisdição e, de forma coerente, não seria inconciliável com os princípios do direito processual, com a extensão e conteúdo aqui estabelecidos. Mas coisa diversa seria saber se alteração dessa ordem seria desejável para o sistema e para a realidade brasileira.

Outro exemplo: poder-se-ia indagar se o Legislador estaria autorizado a reduzir o prazo do recurso de apelação para, por exemplo, três dias, em nome do escopo social, a pretexto de que isso poderia tornar mais ágil o processo. Nesse caso, a avaliação a ser feita seria a seguinte: firmada a premissa de que a lei estabelece o recurso, há razão plausível e compatível com o princípio do contraditório para redução dessa ordem? A redução seria idônea a atingir o objetivo de tornar mais célere a prestação jurisdicional?»

79. Contraditório e dever de colaboração (ou de cooperação). A disciplina legal do contraditório se dá pelo estabelecimento das posições resultantes da relação processual, que é a expressão da exigência política de participação, própria do convívio democrático. Sob a ótica da *reação* possível, o princípio deve ser visto no contexto do princípio dispositivo, que confere às partes o ônus de alegação e prova dos fatos objeto do processo e da controvérsia – o que é válido, ainda que com temperamentos, mesmo em matéria de direitos e interesses indisponíveis. Nesse ambiente, é no mínimo discutível – não de hoje, certamente – falar-se em dever de colaboração ou de cooperação das partes, não obstante o CPC/2015 tenha positivado regra – que incluiu dentre as assim denominadas «normas fundamentais do processo civil» – segundo a qual «Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva» (art. 6.º).

Desde logo há uma questão terminológica não pouco relevante. É que o próprio CPC/2015 cuidou de empregar a palavra *cooperação* em sentido diverso daquele expresso no art. 6.º: no contexto dos limites da jurisdição nacional, o diploma empregou a locução «cooperação jurídica internacional» – por exemplo, arts. 26, 27, 37, 39, 40, 41, 237, II); e, na relação entre órgãos internos, o diploma se referiu à «cooperação nacional» – por exemplo, art. 67, 68, 69, 237, III e IV. Portanto, rigorosamente nenhuma relação tem a «cooperação» de que tratou o art. 6.º, de um lado, e esses outros dispositivos legais, de outro lado.

É certo que, para alimentar essa relativa perplexidade, o Código – ao menos aparentemente com o sentido que lhe deu no art. 6.º – estabeleceu, no contexto da disciplina das «cartas», que «A parte a quem interessar o cumprimento da diligência cooperará para que o prazo a que se refere o caput seja cumprido» (art. 261, § 3.º). Contudo, nesse caso, talvez se pudesse dizer com maior precisão que se trata de um típico ônus, cuja observância tornará mais ágil a tramitação e cuja falta de observância poderá eventualmente ser «sancionada» com preclusão (perda da faculdade de obter a diligência); ou tecnicamente sancionada, com a imposição de multa por violar a parte o dever inscrito no inciso IV, do art. 77.

Com o significado mais específico de *colaboração* entre sujeitos do processo, o art. 357, § 3.º estabeleceu que, tratando-se de causa que apresente «complexidade em matéria de fato ou de direito», o juiz deverá designar audiência «para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações».

Além disso, a sugerir exista um descompasso entre o que alvitra parte da doutrina e o que efetivamente restou positivado, é curioso observar que o Código empregou o vocábulo *colaboração* apenas em duas oportunidades, ambas no contexto probatório: no art. 378, estabeleceu que ninguém se exime «do dever

de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade»; e no art. 379, II, não sem antes fazer a ressalva de que ninguém poderia ser compelido a produzir prova contra si mesmo, estabeleceu incumbir à parte «colaborar com o juízo na realização de inspeção judicial que for considerada necessária». Mas, nesses dois casos, o novo diploma não fez mais que repetir regras do Código anterior (arts. 339 e 340, II) e, portanto, sem qualquer inovação relevante. Mais ainda: a primeira regra, ao falar em dever, dirige-se a terceiros e não propriamente às partes, que são titulares de ônus e faculdades; a segunda regra, conquanto fale que «incumbe», trata de típico ônus, não de dever: o sujeito que se recusar à inspeção poderá ter reconhecida a confissão ficta em seu desfavor.

De todo modo, não apenas pelas importantes dúvidas terminológicas, a colaboração não deve ser entendida como um princípio processual, mas quando muito como uma forma de compreender o contraditório. Concebido como método de investigação dialética da verdade, esse último – ele sim verdadeiro princípio – não deve ser reduzido a mero postulado formal, que se esgota na observância da audiência bilateral. A ênfase ao caráter público do processo – com maior intervenção do juiz (notadamente em matéria de poderes de instrução) – confere ao contraditório destaque como «diálogo» na formação do juízo (infra n. 86). Nesse contexto, a colaboração das partes surge como consequência natural da nova dimensão do papel reservado ao órgão judicial. Com esse conteúdo – que não pode e não deve se desvirtuar em justificativa para proliferação de sanções por litigância de má-fé – é que pode ser aceita a ideia de colaboração. Sob essa ótica, o diálogo travado entre as partes e o juiz contribui para uma decisão mais aperfeiçoada, na medida em que favorece um juízo mais aberto e ponderado. Isso acaba por relacionar contraditório e resultado do processo.

80. Contraditório e lealdade processual. A lealdade processual, não obstante sua relevância, não pode ser tida como princípio processual. Ela está associada à ideia de abuso de direito: a exigência de litigância proba funciona como limite – que vigora de um modo geral para as posições jurídicas de vantagem – ao exercício da ação e da defesa; e, portanto, ao contraditório.

Não há dúvida de que o processo é instrumento a serviço do Estado, para consecução de objetivos que, antes de tudo, são seus (atuação do direito objetivo, pacificação e afirmação do poder estatal, dentre outros). Daí a necessidade de que todos os sujeitos da relação processual ajam com dignidade compatível com o caráter público do processo. Contudo, é preciso considerar que esse último, por sua estrutura dialética, é infenso a uma disciplina «moralista» do comportamento da parte, de quem não se pode exigir que forneça elementos desfavoráveis a si e favoráveis ao adversário; o que, conforme bem observado

na doutrina, seria um dever fadado ao descumprimento e tendente a prejudicar a parte mais honesta.

«É interessante observar que, no processo penal – também instrumento estatal com marcante presença de componente ético – a ênfase para a defesa do demandado, sem propriamente autorizar que se proceda de forma contrária ao direito, afasta a cogitação de situações caracterizadoras de litigância de má-fé; ou mesmo da presença de um dever processual de colaboração. Mas, se a preponderância do contraditório sobre a exigência de lealdade e de colaboração resulta da indisponibilidade do direito substancial (no caso do direito penal, a liberdade), então, seria lícito excluir ou mitigar tais deveres nos processos civis que versam direitos indisponíveis? Lembre-se de que justamente neles não prevalece a técnica do ônus processual. Não bastasse isso, a reforçar o problema terminológico de que se falou no tópico precedente, no Direito penal e processual penal o termo colaboração tem significado diverso do que poderia traduzir um dever processual: a colaboração premiada, tal como regida pela Lei 12.850/2015, estabeleceu a possibilidade um acordo de colaboração premiada (art. 4.º), que deve ser entendido como negócio jurídico de conteúdo processual (na medida em que é uma convenção sobre prova ou obtenção dela) e substancial (porque envolve sanções nesse plano).»

Assim, a repressão às eventuais violações ao dever de lealdade (CPC, arts. 79/81) deve ser vista com equilíbrio e ponderação. Um sistema excessivamente calcado em sanções (mesmo que pecuniárias) dirigidas à contenção de litigância de má-fé (que não se presume) pode enveredar para indireta – mas não menos grave – limitação à garantia do contraditório. Mesmo o argumento da consolidação de jurisprudência dominante – ao ensejo de recurso interposto contra essa orientação prevalecente – deve ser visto com um grão de sal. É que a uniformidade no entendimento dos tribunais não significa sua petrificação e, portanto, a possível revisão de entendimentos depende, diante da inércia que preside a atuação dos órgãos jurisdicionais, da iniciativa das partes (que, no caso de recursos, traduz-se em inconformismo). Para uniformização de teses válidas para casos que se repetem nos tribunais, a lei processual dispõe de mecanismos de racionalização – quer pelo ângulo da tutela coletiva (Lei da Ação Popular, Lei da Ação Civil Pública, Código de Defesa do Consumidor), quer pelo ângulo da tutela individual (CPC, arts. 323 e 1.036, dentre outros). Além disso, é preciso cuidado para se preservar a coerência: não se pode simplesmente qualificar de litigante de má-fé a parte que busca rever certo entendimento jurisprudencial; e, ao mesmo tempo, qualificar de independente o juiz que, de forma deliberada e sem justificativa de eventual distinção, não ajusta suas decisões ao entendimento já consolidado do tribunal competente para a uniformização e ao qual se encontra funcionalmente ligado.

81. Contraditório e formação do convencimento das partes. A perspectiva do princípio do contraditório como fator de legitimação do provimento está, por seus próprios termos, centrada na solução a ser adjudicada às partes; sem, portanto, considerar solução que, a respeito de uma dada controvérsia, possa se originar delas próprias. Assim, quando se fala em ciência bilateral dos atos e termos do processo, com a possibilidade de impugnação, pensa-se em intervenção voltada à formação do convencimento do juiz; ou, mais amplamente, de quem deva – na esfera estatal ou fora dela – proferir decisões resultantes do exercício de alguma forma de poder.

Mas em matéria de prova – relevante projeção do contraditório – o princípio pode e deve ganhar dimensão diversa, para se dirigir à formação do convencimento das partes, acerca de suas chances de êxito, quer na propositura de uma demanda, quer na resistência a uma dada pretensão. Assim, o contraditório não deve apenas assegurar a produção da prova dentro do processo declaratório (como elemento que prepara o julgamento estatal), mas deve assegurá-la antes daquele momento. O contraditório deixa de ser apenas a ciência bilateral dos atos e termos do processo, com a possibilidade de impugnação. Ele passa a ser também a possibilidade de ciência, pelos interessados, dos fatos relevantes no âmbito de dada controvérsia e da correspondente prova disponível (ou passível de se constituir, de um lado ou de outro da controvérsia), para formação de seu próprio convencimento. Essa perspectiva está ajustada não exatamente ao escopo jurídico da jurisdição, mas a seu escopo social, porque a ciência das partes acerca daqueles elementos pode contribuir de forma relevante para soluções de autocomposição. Isso ocorre mediante a antecipação da prova, sem limitação a situações em que haja perigo da demora, conforme positivado no art. 381, II e III do CPC/2015.

82. Contraditório e motivação. Embora a Constituição Federal seja explícita quanto à exigência de motivação das decisões judiciais (art. 93, IX), é possível simplesmente extraí-la do princípio do contraditório. Com efeito, de nada adiantaria afirmar, por um lado, que as partes devem ter ciência e possibilidade de contribuir para a formação do convencimento judicial se, de outro, não houvesse o dever do Estado de considerar e dar adequada resposta às alegações e provas apresentadas; ainda que para não as acolher.

Da mesma forma que o contraditório pode ser extraído da garantia da ação (supra n. 38), a motivação também pode ser daí extraída, ao menos em alguma medida: novamente, de nada adiantaria assegurar o ingresso em juízo se, em contrapartida, não houvesse o dever de apreciar os pedidos e respectivos fundamentos deduzidos pelo autor e, sob a ótica do demandado, de considerar os argumentos defensivos (ainda que, novamente, para rejeitá-los). Em sentido

negativo, o contraditório garante, em contrapartida, que o juiz fique limitado ao objeto do processo, tal qual posto pelo autor, uma vez que é dele – fatos, fundamento jurídico e pedido – que o réu se defende.

83. Contraditório, motivação e persuasão racional. De forma análoga, não é correto erigir a persuasão racional – também chamada eventualmente de *livre convencimento motivado* – à condição de princípio do direito processual. Segundo tal postulado, o juiz tem liberdade para formar seu convencimento na medida em que não está adstrito a peso ou tarifa deste ou daquele meio de prova. Tal conteúdo, no entanto, já decorre do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional e do princípio do contraditório. Contudo, essa liberdade é limitada porque, no tocante aos fatos e à prova, ela deve considerar elementos submetidos ao contraditório, por força do objeto do processo (delimitado pelo autor) e do objeto da controvérsia (a depender da resistência oposta pelo réu). Ademais, o dever de motivar impõe que o juiz efetivamente aprecie as questões de fato e de direito suscitadas pelas partes ou as que deva conhecer de ofício; o que, por si só, também atua como limite para o magistrado, a quem, a pretexto de exercer liberdade na formação do convencimento, não é dado incidir em qualquer das hipóteses previstas pelos incisos do § 1.º do art. 489 do CPC. Nesse contexto, portanto, tem pouca ou nenhuma relevância a circunstância de que o art. 371 do CPC/2015 não repetiu o advérbio «livremente» que o precedente art. 131 do CPC/1973 empregava ao tratar do tema. O juiz segue livre para, motivadamente, apreciar os fatos e as provas segundo o que entenda decorrer da aplicação do direito objetivo.

A adstrição do juiz aos elementos contidos nos autos, como dito, é assegurada pelo contraditório, que deve ser observado mesmo quando se trate de matéria que, conquanto não agitada pelas partes, possa ser conhecida de ofício pelo juiz (CPC, arts. 9.º e 10). Isso também exclui motivação que pudesse resultar de convicção íntima não declarada pelo magistrado. Além disso, a exclusão da assim denominada «prova legal» encontra exceções no sistema, quer quando ele pretende privar eficácia probatória – por exemplo, no caso de prova ilícita (CF, art. 5.º, LVI) ou de limitação à prova testemunhal (CPC, art. 443); quer quando busca estabelecê-la – como no caso da «prova plena» feita pela escritura pública, quando essa forma for exigida como requisito de validade do negócio jurídico (CC, art. 108).

84. Motivação *ad relationem*. Também referida como *per relationem*, esse modo de motivar consiste em se reportar o juiz aos fundamentos adotados em outra decisão. Há pelo menos duas situações a analisar.

Uma delas está situada no contexto das técnicas de gerenciamento de demandas que, com identidade de fundamentos, repetem-se. O art. 285-A do CPC/1973 previa que, tratando-se de controvérsia exclusivamente de direito, se no juízo (de primeiro grau) já houvesse sido prolatada sentença de improcedência em «casos idênticos», poderia ser dispensada a citação e proferida sentença, «reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada»; o que, de fato, sugeria a possibilidade de adoção do expediente aqui comentado. Contudo, a regra do art. 332 do CPC/2015 – que tratou da «improcedência liminar do pedido» – tem redação substancialmente diversa e, ao contrário de tomar como parâmetro decisões proferidas pelo próprio juízo, remete-o para decisões tomadas por instâncias superiores, em consonância com o que dispõe o art. 927. Sendo assim, incide o disposto no art. 489, § 1.º, inciso V, segundo o qual não se considera adequadamente motivada a decisão que «se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos».

Do que se cogita, nesse caso (de improcedência liminar), seria afronta ao princípio do contraditório porque a lei autoriza o indeferimento da inicial, com julgamento do mérito, sem a prévia citação do réu. Mas essa violação não ocorre na medida em que a sentença é favorável ao réu e, portanto, qualquer subsídio que pudesse trazer em defesa não seria apto a gerar situação mais favorável do que aquela estabelecida pela sentença (de total improcedência). Ainda sob o ângulo do contraditório, do que se pode cogitar é que o juiz, antes de julgar improcedente o pedido, atento ao disposto nos arts. 9.º e 10 do CPC, dê ao autor a oportunidade de nova manifestação.

Outra situação de possível motivação *ad relationem* é aquela na qual o órgão competente para julgamento do recurso adota como razão de decidir os fundamentos encampados pela decisão recorrida. Ela não se ajusta à garantia do contraditório: se o recurso impugna os fundamentos da decisão recorrida (e, caso não o faça, ele será inepto por vício formal), essa impugnação não pode ficar sem resposta. Portanto, não é viável que razões da decisão recorrida prevaleçam sem que sejam apreciados os fundamentos pelos quais o recorrente as combateu. Em suma, referido expediente esvazia a função de controle – interno e também externo – que a exigência de motivação (desdobramento do contraditório) contém.

Não obstante, essa forma de motivação – não exatamente de hoje – foi encampada pela regra do art. 46 da Lei 9.099/1995, segundo a qual, no âmbito dos assim denominados Juizados Especiais, «Se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão», sem que se tenha notícia do reconhecimento – principal ou mesmo incidental – da inconstitucionalidade da referida norma. A circunstância de a controvérsia ser

de «menor complexidade», por si só, não justifica que o tribunal competente deixe de apreciar a impugnação que foi dirigida aos fundamentos da decisão recorrida; sob pena de se esvaziar o recurso.

85. Contraditório e igualdade. Sob a égide da Constituição Federal precedente, diante da omissão do texto, parte da doutrina pretendeu extrair a garantia do contraditório no processo civil a partir do postulado da igualdade. Contudo, superada a omissão pelo texto vigente, não há mais sentido ou razão para buscar referida identidade. Embora contraditório e igualdade estejam relacionados, eles têm conteúdo diverso.

Em tese, é possível suprimir igualmente o contraditório, como ocorre, para ilustrar, no caso de decisão colegiada tomada sem prévia intimação das partes para defesa oral, quando cabível. Também é possível preservar o contraditório diante de tratamento desigual, pela própria natureza da atividade realizada no processo, como ocorre, em certa medida, na execução ou cumprimento de sentença. Em determinadas circunstâncias, o tratamento desigual é condição para que o contraditório seja efetivamente observado. Tal é o que ocorre quando se dá prazo diferenciado às partes, como nas hipóteses dos arts. 180 e 229 do CPC.

Tanto os princípios são diversos que, embora em caráter excepcional, o contraditório pode ser postergado em nome da preservação da igualdade processual, um dos escopos que pode ser associado à técnica das medidas cautelares (infra n. 190).

86. O juiz e o contraditório. Na esteira de outros ordenamentos – para ilustrar, do art. 16 do CPC francês e, de forma semelhante, do art. 278, III, do Código alemão – o CPC/2015 foi particularmente atento à explicitação e à regulação legal do princípio do contraditório. Conforme as regras dos arts. 9.º e 10, dentre outras, o juiz deve observar e fazer observar o contraditório; deve exercer o que se convencionou chamar de direção material do processo (embora da expressão se possa eventualmente extrair mais do que a observância do contraditório). Na dicção da parte final do art. 7.º, compete ao juiz «zelar pelo efetivo contraditório». Daí porque o magistrado não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado oportunidade de debate pelas partes, ainda que se trate de matéria a ser conhecida de ofício. É preciso impedir decisões que as tomem de surpresa. No exercício desse princípio se consubstancia o verdadeiro diálogo entre partes e juiz. Isso deve ser um fenômeno real, com conteúdo relevante, e não mera promessa ou assunto para debates doutrinários desligados da realidade. Daí, então, a ideia de que os sujeitos do processo devem cooperar ou colaborar entre si, conforme alude

o art. 6.º (supra n. 79). Tudo isso tem aplicação em toda e qualquer forma de exercício de poder jurisdicional, inclusive nos processos perante as assim chamadas Justiças especializadas.

Isso é particularmente importante num sistema jurídico no qual há uma gama considerável de matérias que podem ser conhecidas de ofício pelo juiz; ao que se dá o nome de *objeções* (infra n. 230). Isso não ocorre apenas em matéria processual, mas também substancial, como se passa na disciplina das relações de consumo, quanto às práticas abusivas (Lei 8.078/1990, art. 51), que devem ser pronunciadas de ofício pelo juiz. E, em matéria processual, a exigência não se aplica apenas aos temas das condições da ação e dos pressupostos processuais, mas também em matéria probatória: quer quanto a eventual inversão da regra legal de distribuição do ônus da prova (art. 373, § 1.º), quer se o juiz pretender determinar alguma providência de instrução não requerida pelas partes (CPC, art. 370).

Ao ouvir previamente as partes, não há quebra de imparcialidade (supra n. 63), na premissa de que o juiz considerará os respectivos argumentos ao decidir. Nesses termos, é preferível que, embora inclinado a tomar esta ou aquela decisão (o que não se pode negar porque, do contrário, não haveria sentido na prévia oitiva), o juiz dê oportunidade de os interessados atuarem de forma útil sobre a formação do convencimento judicial.

87. Derrogação ao princípio. O contraditório, como foi dito acima, legitima o provimento e justifica a vinculação dos destinatários ao ato resultante do exercício de poder. Ele não pode ser suprimido, embora se admita possa ser postergado, nos casos em que não haja tempo útil para a citação do réu (sem que ocorra o perecimento do direito alegado pelo autor) ou nos quais a prévia citação possa levar à ineficácia da decisão. Nesses casos, no âmbito da tutela de urgência (cautelar e antecipada), o juiz pode decidir provisoriamente sem a prévia audiência da outra parte.

Conquanto medidas liminares sejam frequentemente concedidas *inaudita altera parte*, não é demasiado lembrar que essa é a exceção, e não a regra. No caso de tutela provisória de urgência antecipada – em que se cogita da produção de efeitos substanciais da sentença de mérito – o § 3.º do art. 300 do CPC, atento ao princípio do contraditório, veda a concessão quando houver «perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão». A eventual superação desse óbice, conforme doutrina majoritária (que se formara à luz do Código precedente, mas que pode ser tida como aplicável no contexto do diploma vigente), pode ocorrer excepcionalmente, pela ponderação de valores (proporcionalidade).

Em se tratando de providência de instrução ordenada de ofício pelo ma-

gistrado, é inviável que ela seja executada sem prévia audiência das partes; ou mesmo de uma delas. Nem mesmo a pretexto de buscar a assim denominada verdade real pode o magistrado realizar inspeção judicial (CPC, arts. 481/484); ou determinar vistoria a ser realizada por perito; ou ainda constatação por oficial de justiça (essa para efeito de possível formação de prova) sem que seja observado o contraditório. É que o exercício do poder de determinar prova de ofício – que já deve ser considerado com cautela e limites, pelas implicações em relação à imparcialidade (supra n. 63) – não pode chegar ao ponto de o juiz se tornar verdadeiro protagonista do litígio que vai julgar. Tal conduta daria ao ato um caráter secreto que é incompatível com o contraditório e com a publicidade.

88. Contraditório e limites de cognição. O princípio do contraditório está relacionado ao tema da *cognição*. A plenitude do contraditório corresponde à cognição sem prévia limitação quanto à extensão (objeto) ou à profundidade (dilação probatória). Sempre com a ressalva de processo de cognição ampla e exaustiva, o sistema pode eventualmente limitar a cognição – e, portanto, o contraditório. Isso ocorre, por exemplo, em extensão, no processo de desapropriação e de conversão de separação em divórcio; em profundidade, no processo de inventário e de mandado de segurança.

A concentração dos atos, com maior ênfase para a oralidade, não configura, por si só, limite ao contraditório ou à profundidade da cognição. Mesmo o procedimento sumário disciplinado pela Lei 9.099/1995, em tese, pode comportar prova pericial, por exemplo; ainda que eventualmente adaptada às peculiaridades decorrentes da referida concentração de atos em audiência. Portanto, ainda que o CPC/2015 não preveja mais uma forma de procedimento sumário (e, portanto, não trate mais da conversão desse para o ordinário), continua a ser um equívoco dizer que seria livre a adoção do procedimento ordinário no lugar do sumário a pretexto de que aquele comportaria maior amplitude de defesa. No caso dos Juizados Especiais, o que ocorre é que eventualmente vigora para o autor a faculdade de optar entre ele e a Justiça «comum», de tal sorte que, nas hipóteses em que possível o acesso ao Juizado, caberia ao demandante optar eventualmente pelos órgãos não especializados. Contudo, embora essa opção se possa extrair da Lei 9.099/1995, ela não é regra absoluta porque, no caso dos Juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei 10.259/2001, art. 3.º, § 3.º e Lei 12.153/2009, art. 2.º, § 4.º), a obrigatoriedade foi imposta pelo Legislador. Além disso, não se pode cogitar da adoção do procedimento ordinário perante os Juizados Especiais, perante os quais imperativamente só poderá ter lugar o procedimento sumário previsto pela lei; a demonstrar que não se trata de maior amplitude do contraditório, mas de adequação do processo e do procedimento.

89. Princípio do contraditório no Código Civil. A referência do Código Civil ao contraditório – a demonstrar que o princípio atua em esferas de poder não estatal – aparece em diferentes oportunidades.

Na exclusão de membro de associação, o art. 57 só a admite diante de justa causa «assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto». Regra análoga está inscrita no art. 1.085, ao tratar da possibilidade de exclusão de sócio minoritário mediante alteração do contrato social, a ser determinada em reunião ou assembleia «especialmente convocada para esse fim, ciente o acusado em tempo hábil para permitir seu comparecimento e o exercício do direito de defesa» (parágrafo único). Nessas duas hipóteses, a possibilidade de a exclusão ser feita de forma extrajudicial não retira interesse de agir para pedido de exclusão judicial; inclusive porque isso se afina com o espírito das normas, quando consagram o princípio do contraditório.

«As mencionadas regras convidam a refletir sobre a relação entre contraditório efetivo e atuação imparcial de terceiro. Embora a possibilidade de defesa seja assegurada nessas situações, a perda da *affectio* entre sócios – no contexto em que uma maioria pretende a exclusão de uma minoria – impossibilita julgamento imparcial das razões expostas pelo sócio cuja exclusão se pretende. Em termos mais rigorosos, talvez nem de impessoalidade se pudesse falar, dada a existência de um conflito entre as partes. Nessa medida, o contraditório que se exerce, em termos realistas, não vai além da possibilidade formal de exposição de razões contrárias à exclusão. Nesse contexto, a função real da «defesa» que se assegura não vai além da explicitação e do registro formal dos termos da controvérsia entre as partes. Pode até ser que essa formalização tenha alguma relevância ou utilidade nos desdobramentos (inclusive judiciais) do ato de exclusão. Mas daí a se qualificar a prerrogativa aberta ao sócio cuja exclusão se pretende como autêntica «defesa» vai uma distância razoável.»

Ao disciplinar o seguro obrigatório, determina o art. 788 que o segurador demandado pelo terceiro prejudicado não poderá alegar exceção do contrato não cumprido pelo segurado, «sem promover a citação deste para integrar o contraditório» (parágrafo único). A preocupação aí não está exatamente na garantia da defesa, porque o segurado não poderia ficar vinculado por decisão (menos ainda pelos respectivos fundamentos) proferida entre outrem, diante dos limites subjetivos da coisa julgada (CPC, art. 506, aí sim inspirado no princípio do contraditório). O que se busca é a resolução mais completa do litígio, evitando-se comandos eventualmente conflitantes a respeito de uma relação unitária.

Há, ainda, hipóteses em que o Código Civil não explicitou a garantia do contraditório, mas nas quais os dispositivos legais só podem ser interpretados à luz desse princípio. No caso do parágrafo único do art. 404, só se pode en-

tender que a concessão de «indenização suplementar» – diante da insuficiência dos juros de mora para cobrir os prejuízos – seja, antes de tudo, objeto de pedido (ainda que eventual). Só assim poderá o réu exercer o direito de defesa em relação a tal provimento. Portanto, não é possível tomar-se de surpresa o demandado, impingindo-lhe condenação não pedida e, pior, sobre a qual não houve adequado debate (infra n. 97). Outro exemplo está no art. 1.573, que, ao tratar das causas de impossibilidade de comunhão de vida, arrola motivos para o pedido de separação judicial (hoje apenas divórcio) e finaliza estatuidando que o juiz «poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum» (parágrafo único). A regra deve ser entendida como norma de encerramento, diante da impossibilidade de o Legislador prever todos os fatos que possam caracterizar o caráter inviável da vida em comum; mas nunca sob o ângulo processual, que supostamente autorizaria o juiz a julgar fora da causa de pedir e, portanto, sem proporcionar ao réu o adequado exercício do contraditório.

90. Contraditório e atuação de organizações privadas. O ordenamento jurídico reserva papel ativo a diferentes organizações civis privadas, na colaboração com órgãos públicos para a tutela de determinadas categorias de direitos. É o que ocorre em matéria de *consumo*, *ambiental* ou até *eleitoral*, para ilustrar. Nesse contexto, é razoável invocar o princípio do contraditório sempre que a atuação dessas entidades possa representar alguma forma de acusação ou de imputação, apta a colocar em risco o nome ou o patrimônio de outrem (por exemplo, dos fornecedores, nas relações com consumidores).

Tal se dá diante da constatação pragmática de que tais entidades exercem *pressão* com diferentes graus de eficácia, que podem levar a publicidade negativa, ou a boicotes, ou a condutas mais assertivas, quiçá até violentas (a ponto de algumas delas serem verdadeiramente temidas); o que pode ser potencializado pela capacidade de difusão de informações das ferramentas próprias da rede mundial de comunicação e respectivas redes sociais.

Há aí uma inequívoca forma de *poder* que conta com o respaldo, ainda que indireto, do Estado (na medida em que permita e até estimule a atuação de tais entidades). O escopo de tal atuação é o de influir no convencimento e comportamento das pessoas. Portanto, tais órgãos, ainda que privados, estão sujeitos à assim chamada regra de *objetividade*, isto é, a informação divulgada deve ser verídica, equidistante, clara e passível de verificação e confirmação. E a observância do contraditório pode se prestar a garantir tal regra e a impedir que informações equivocadas sejam indevida ou prematuramente divulgadas.

Idênticas razões inspiram a incidência do contraditório em relação aos meios de comunicação de um modo geral. Para ilustrar, lembre-se a regra inserta no Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros, segundo a qual o jornalista, «ressal-

vadas as especificidades da assessoria de imprensa», deve «ouvir sempre, antes da divulgação dos fatos, o maior número de pessoas e instituições envolvidas em uma cobertura jornalística, principalmente aquelas que são objeto de acusações não suficientemente demonstradas ou verificadas» (art. 12, I). Afinal de contas, a atuação da mídia contribui de forma relevante para a formação da opinião e tem poder de influência e de persuasão.

«Neste terreno, a exemplo do que foi feito no tópico precedente, é preciso refletir sobre a relação entre contraditório efetivo e atuação imparcial de terceiro. Embora a imparcialidade das entidades aqui mencionadas não seja legalmente garantida, não é possível simplesmente colocá-las no mesmo patamar dos sócios que pretendem a exclusão de outro(s) porque, nessa situação, o conflito entre as partes é o fato justificador da convocação para a «defesa». No caso das entidades acima referidas, se não há um dever de imparcialidade, a natureza da função impõe quando menos atuação de forma impessoal. Os argumentos expostos pelo interessado devem ser levados em conta e eventual indiferença da entidade a esse respeito pode, conforme cada caso, ser razão para obstar a divulgação de dados ou de conclusões. Portanto, aqui – diferentemente do que se dá no campo societário ou associativo – há verdadeiro sentido em se exigir o contraditório.»

TÍTULO IV

OS INSTITUTOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL: AÇÃO E EXCEÇÃO

CAPÍTULO I

ASPECTOS CONCEITUAIS DA AÇÃO

167. Ação: diferentes perspectivas conceituais. Já foi dito que o exercício do direito de ação desencadeia a atividade jurisdicional (estatal ou arbitral) e a produção de efeitos jurídicos dirigidos ao plano substancial (provimento de mérito). Por isso, a ação está ligada ao direito material de forma relevante e suas diferentes concepções variam conforme se conceba a relação entre ambos.

Na ótica sincrética, ela é um elemento do próprio direito material, de tal sorte que a todo direito corresponde uma ação, que «o assegura», conforme dicção do art. 75 do Código Civil precedente. Daí a ideia de que *ação* é o direito material violado e «armado para a guerra». Assim, o direito de posse vem acompanhado da «ação possessória»; o de propriedade da «ação reivindicatória», e assim por diante.

Já na perspectiva de autonomia do direito processual, *ação* é posição jurídica distinta daquela afirmada pelo autor, quando narra a situação substancial carente de tutela. Mas, mesmo sob essa ótica, ela está ligada ao plano substancial; quer porque ali são colhidos os fundamentos em que se baseia o autor, quer porque para lá se dirigem os efeitos do ato estatal (que atua a norma em concreto e elimina a controvérsia). Daí porque, em certo momento histórico, sustentou determinada corrente doutrinária que o direito de ação é o direito a um provimento de mérito favorável (concretistas); que, portanto, só estará presente se a pretensão deduzida encontrar respaldo na vontade do direito material. Por outras palavras, só existiria o direito de ação quando o demandante tivesse razão no pleito.

Mesmo quando se idealizou a ação como um instituto essencialmente abstrato e desvinculado da vontade do direito material (perspectiva abstrata pura), esse

último plano não deixou de ser considerado, ainda que indireta ou reflexamente; quando menos para deixar clara a separação dos conceitos. Já na perspectiva dita eclética – em que a ação é entendida como invocação de um provimento de mérito, favorável ou desfavorável ao autor –, a ligação entre o instituto e o direito material é ainda mais clara: as assim denominadas «condições da ação» (infra n. 201) são requisitos aferíveis a partir da relação de direito material e representam um elo fundamental entre processo e plano substancial.

Mas qualquer que seja a explicação que se dê para a relação entre ação e direito material, o que fica do debate é que aquela tem nítida função *instrumental* em relação ao outro.

Quem exerce o direito de ação e propõe uma demanda, relata fatos e fundamentos (ordinariamente) colhidos no plano substancial e, mais do que isso, pede a produção de efeitos que se dirijam àquele mesmo plano: quer para afastar uma incerteza (provimentos meramente declaratórios); quer para impor a alguém um dever de prestar – dar, fazer ou não fazer – e, assim, abrir caminhos para que a prestação seja obtida, se necessário, mediante a prática de atos coercitivos (provimentos ditos condenatórios, completados pela execução ou cumprimento); quer para operar modificações em estados jurídicos (provimentos constitutivos). Isso explica porque usualmente a tipologia da ação é dada em função do resultado almejado: seja com ênfase para o efeito estatal (ou arbitral) pretendido, seja com ênfase para o efeito substancial a ser proporcionado pela decisão do terceiro imparcial. Ainda que se conclua que o autor não tem razão e que seu pedido não pode ser acolhido, ainda assim o caráter instrumental permanece, mesmo quando visto sob a ótica de simples asserção.

«Isso também explica a busca pragmática de nomes e de rótulos quando se propõe uma demanda, não raramente associados ao direito material, em espécie de resquício da fase sincrética. Embora a prática seja tecnicamente incorreta, ela mostra a relevância da relação entre ação e direito material, que não pode e não deve ser negada, mas apenas ajustada à correta perspectiva metodológica, em que o direito processual tem objeto autônomo e não se confunde com o plano substancial.»

Portanto, a concepção que se tem da ação varia conforme o grau de abstração que se tenha em relação ao direito material afirmado pelo autor quando concretamente ajuíza uma demanda. Daí a utilidade metodológica de entender a ação, de um lado, como prerrogativa ligada à inafastabilidade do controle jurisdicional, por força do art. 5.º, XXXV, da CF (supra n. 38). Sob essa ótica, em que a abstração é marcante, a ação é o direito incondicionado de ingressar em juízo e de invocar um provimento jurisdicional de qualquer natureza, sem indagações – ainda que feitas em juízo de deliberação – acerca do direito material. Há quem equipare o direito de ação, sob essa perspectiva, ao *direito de petição*;

ou, ainda, quem fale no *direito à administração da Justiça* ou, também, quem empregue a locução *direito de demandar*.

«Nessa perspectiva, por mais inepta que seja a petição inicial ou por mais evidente que seja a falta de legitimidade do autor (porque não é o titular da relação de direito material), quem foi a juízo terá exercido o direito de ação. Percebe-se, portanto, que se trata de uma visão distanciada do direito material, ainda que o instituto não perca o caráter instrumental.»

De outro lado, quando se aproxima o direito de ação do direito material, a visão constitucional – mais abstrata e, em certo sentido, etérea – dá lugar a uma perspectiva mais concreta, que poderia ser referida, para efeitos didáticos, como uma ação «processual». Daí, então, as diferentes explicações: quem identificar ação e direito material dirá que aquela é apenas uma faceta desse outro; quem, indo um pouco além, afirmar que o direito de ação é autônomo, mas que só existe se o autor tiver razão (isto é, se existir o direito material afirmado), dirá que a ação tem natureza concreta; quem, indo mais além, afirmar que o direito de ação é uma prerrogativa completamente desvinculada do direito material afirmado pelo autor, dirá que ela tem natureza abstrata; até que se chegue à perspectiva eclética, que reconhece ser a ação autônoma, mas com relativo grau de abstração: justamente por seu caráter instrumental, o exercício do direito de ação deve considerar elementos da relação material, que permitirão avaliar se o processo pode ou não conduzir à solução da controvérsia – no que reside o desfecho normal do processo.

168. Sujeito passivo do poder ou direito de ação. Entendida como poder ou direito de invocar a tutela jurisdicional, a ação tem como sujeito passivo o Estado, e não o adversário. Daí a preocupação com o rigor terminológico: seria incorreto dizer que a ação é *contra o réu* porque – quer na ótica de poder (a gerar sujeição), quer na perspectiva de direito subjetivo (e no conflito de interesses que aí se contém) – a ação seria exercida contra o Estado e apenas *em face* (ou no confronto) do adversário.

O emprego dessa terminologia se tornou corrente na linguagem forense a ponto de se desvirtuar: a palavra *contra* foi substituída pela expressão «em face» em situações que não exatamente a do exercício do direito de ação. Passou a se falar também em «recurso em face da sentença». A lição, originalmente com grande utilidade metodológica, ganhou uma espécie de interpretação extensiva e sua distorção se institucionalizou.

Como já afirmado, diz-se que a ação é «em face» do réu na premissa de que ela é contra o Estado (a partir do que eventualmente se diz que a ação seria «direito subjetivo público»). Trata-se de assertiva que se harmoniza com o caráter abstrato da ação (tanto que não se compadece com a perspectiva dita

concretista). Não se quer tirar o peso do encargo que a litispendência representa para o demandado porque, no plano material, é evidente que a controvérsia significa contraposição entre partes. Sob essa ótica, uma parte está contra a outra porque, se estivessem em situação de consenso, não estariam a litigar em juízo (exceto nos casos de processo necessário, em que a litispendência continua, de qualquer modo, a ser um peso). Isso fica claro mesmo no processo penal, em que se discute a existência de *lide*. Se de uma simples investigação normalmente se diz pesar «contra» alguém, o que dizer de um processo?

Assim, a parte que recorre não se insurge «em face» da sentença ou da decisão. O recurso – ainda que preferencialmente de forma fundamentada e elegante – ataca o ato recorrido. Portanto, um recurso, sem meias ou erradas palavras, não é «em face» de nada, mas é *contra* o ato recorrido. Quando muito, para seguir a lógica que inspirou a expressão «ação em face de», o recurso seria «em face do adversário» (recorrido) porque, como no caso da ação, o recurso seria dirigido contra o Estado (agora em instância diversa).

169. Ação, processo e tutela jurisdicional. Conforme exposto anteriormente, o conceito de *tutela jurisdicional* abrange não apenas o *resultado* favorável a uma das partes, mas também os *meios* predispostos para o exercício da jurisdição (supra n. 38). Assim, a tutela não está apenas no resultado do processo, mas nele próprio, isto é, no desenrolar da relação processual. Por isso é que se diz haver tutela jurisdicional em favor de todos os sujeitos do processo, independentemente do resultado (e, portanto, mesmo para quem restar derrotado).

A consideração dos *meios* supera a visão da inafastabilidade como mero e formal exercício da jurisdição; e permite chegar ao que se qualifica como *processo justo*. Se a tutela jurisdicional se limitasse ao resultado, seria preciso vincular a ideia de processo justo ao de resultado justo; o que se afigura simplesmente inviável porque a determinação dessa justiça escaparia ao processualista, a começar da circunstância de que o resultado envolve a aplicação do direito material. O caráter «justo» (e equo) do processo está nele próprio – pela somatória de regras e princípios que compõem o devido processo legal – e o resultado aparece como consequência disso; só assim é que se pode qualificar como «justo» o resultado do processo.

Dessa maneira, o princípio inscrito no art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal – não obstante a ligação que possa ser feita entre ele e o conceito de ação «incondicionada» (supra n. 37) – pode e deve ser lido como garantidor da tutela jurisdicional. Por isso estão ligados os conceitos de *tutela jurisdicional* – abrangente do resultado e dos meios processuais – e direito ao processo; que só pode ser entendido como o devido processo legal, isto é, composto pela somatória de princípios que embasam o sistema processual (supra n. 44). Em

suma: o princípio da inafastabilidade só pode ser substancialmente entendido como princípio pelo qual o controle jurisdicional ocorre mediante o devido processo legal. E no devido processo legal, conforme exposto, há autêntica tutela jurisdicional.

Nem se pode dizer que esse modo de ver o fenômeno poderia se prestar a legitimar resultados injustos sob o argumento de que, para se chegar a determinada decisão de mérito, teriam sido formalmente observados os princípios do devido processo legal.

Mesmo que tais postulados tenham sido estritamente observados em um dado caso concreto, será possível dizer que a decisão a que aí se chegou seja injusta. Mas até mesmo em termos lógicos é preciso delimitar as razões dessa aventada injustiça para que se possa cogitar dos meios de sua eventual correção. Se não há imperfeição nos meios que levaram ao resultado, então, só se pode entender que a injustiça decorreria de um erro de julgamento. Para isso o sistema prevê recursos e, em casos que reputou de maior gravidade, prevê a assim denominada ação rescisória (CPC, art. 966). Mesmo assim, ela é medida excepcional e que não se presta a reexame da prova ou de rejuízo da causa, como se recurso fosse. Justamente porque *justiça* não é o único escopo da jurisdição, é preciso considerar que o Estado também busca a pacificação que decorre da superação da controvérsia; do que depende a estabilidade do que foi decidido.

«Não raramente, o que se extrai da crítica social a esta ou aquela decisão judicial de maior repercussão é, na verdade, inconformismo com a regra (geral e abstrata) que precede o julgamento e que, em concreto, é por ele atuada. Mas crítica dessa ordem deve ser dirigida ao Legislador e não propriamente ao Poder Judiciário. Isso não quer dizer que o Judiciário não possa e não deva interpretar as normas em consonância com seus fins sociais. Contudo, cumpre ao Judiciário, num sistema democrático, respeitar as escolhas do Legislador, salvo se de inconstitucionalidade se estiver a falar.»

Disso se conclui que o sistema, embora evidentemente não as prestigie, considera a possibilidade de decisões injustas por eventual erro de julgamento. Por isso, não se pode simples, direta e incondicionalmente ligar a ideia de processo justo, de um lado, à justiça da decisão, de outro. Daí porque se entende, também, que o resultado justo é aquele que decorre do correto emprego dos meios e dos princípios que os regem; o que, de volta ao início, é coerente com o elastério que se dá ao conceito de *tutela jurisdicional*.

CAPÍTULO III

CONDIÇÕES DA AÇÃO

201. Condições da ação e direito material. A concepção da categoria das assim chamadas *condições da ação* desempenhou papel importante na compreensão da passagem do conceito (abstrato e atípico) de *ação* – entendida como direito ou poder cujo exercício desencadeia o inafastável controle jurisdicional – para a atuação do direito objetivo em casos concretos, como resposta a demandas também concretamente identificadas. Realmente, a ligação que essas condições estabeleceram com o direito material, deixando em segundo plano a ênfase à generalidade daquela garantia constitucional (devida e necessária quando se pensa genericamente no acesso à Justiça e à inafastabilidade do controle jurisdicional), teve o mérito de dar ao direito de ação contornos mais precisos. Essa categoria reafirmou o caráter instrumental da *ação* se considerado o plano substancial do ordenamento.

Com efeito, a aferição das referidas condições é feita essencialmente a partir do plano substancial do ordenamento. A partir dele, tomando-se por ora a concepção original da teoria que as concebeu, era possível determinar: (i) a eventual existência de vedação, em abstrato, da providência pleiteada pelo demandante – o que indica a possibilidade jurídica da demanda –; (ii) a titularidade da relação jurídica material – donde se extrai a legitimação ordinária e, a partir daí, eventual legitimação extraordinária (sempre autorizada pela lei); e (iii) a utilidade da providência pretendida, isto é, a necessidade de que seja concedida e a sua adequação ao mal de que se lamenta o demandante – do que se extrai o interesse processual.

Nesse contexto, o entendimento tradicional é o de que as condições da ação são requisitos (colhidos na relação de direito material) para que o juiz possa apreciar o mérito – isto é, a pretensão – e, dessa forma, atuar o direito objetivo em concreto e pacificar mediante eliminação da controvérsia. A ausência de

qualquer uma das condições da ação se traduz no fenômeno de *carência de ação* que deve levar à extinção do processo sem resolução do mérito.

202. Razão de ser das condições da ação. Essa construção teórica (que, embora com ressalvas examinadas na sequência, segue adotada pelo direito positivo) foi inspirada pela busca de racionalidade no exercício da jurisdição (estatal ou arbitral): o exercício do direito de ação é instrumental e conexo a uma situação concreta afirmada pelo demandante, ordinariamente à luz do direito material. Sob essa ótica, a aferição das condições da ação podia – e ainda pode – ser entendida como um primeiro e ainda superficial exame da relação material narrada pelo demandante. Trata-se de um juízo formulado com base em cognição não exaustiva da controvérsia que, desde logo, pode antecipar o insucesso do pleito deduzido pelo demandante.

A técnica foi engendrada por razões de economia: não se deve empregar recursos e energia num processo que sabidamente não possa proporcionar a resolução do conflito. Contudo, não se tratava apenas de economia, mas também de considerar que a litispendência (pendência do processo) é um ônus não apenas para as partes (especialmente para o demandado, que não fez a escolha de instaurar o processo), mas também para o Estado. Por isso, se de antemão for possível detectar que o autor, ainda que aceite os fatos por ele afirmados, não pode lograr êxito (justamente pela falta de alguma das condições da ação), é lógico e coerente aceitar que o processo seja desde logo extinto.

No âmbito do direito penal e processual penal – em que tradicionalmente o valor ali tutelado (liberdade) deixa mais evidente o peso que a pendência do processo representa para o indivíduo e para o Estado – isso também é visto, quicá até com maior clareza. Naquela seara, percebe-se que o processo, por si só, pode representar uma forma de pena ou de sanção para o indivíduo, pelas repercussões jurídicas, sociais, políticas e econômicas que pode acarretar; repercussões que o contraditório e o direito de defesa nem sempre são aptos a evitar ou a remediar. Por isso, fala-se em «falta de justa causa» para a ação penal e, em casos extremos, até mesmo para a simples investigação mediante inquérito policial.

A lição, guardadas as devidas proporções, aproveita ao processo civil, em que o prolongamento da litispendência não pode ser encarado como um dado normal da vida das pessoas. De forma análoga, em casos extremos, também é possível obstar o desenvolvimento do inquérito civil que está a cargo do Ministério Público (CF, art. 129, inciso III; e Lei 8.625/1993, art. 25, inciso IV). Providência de tal ordem pode ser pleiteada mediante recurso administrativo contra o ato de instauração (ao Conselho Superior do Ministério Público) ou, eventualmente, perante o Poder Judiciário.

203. Condições da ação e mérito (as «falsas carências»). A circunstância de que condições da ação e mérito são categorias extraídas de uma mesma fonte – isto é, a partir da relação de direito material – em alguma medida justifica o ceticismo de parte da doutrina em relação a tal dicotomia. Por isso, houve quem reputasse relativa ou mesmo inoperante a distinção entre as duas classes para, então, situá-las em um mesmo contexto e, principalmente, para reputar que decisões de carência de ação e as de mérito devem ser tratadas igualmente. Isso porque ambas projetam efeitos substanciais para fora do processo e, portanto, são igualmente aptas à formação da coisa julgada material. Fala-se que a carência (ausência de condições da ação) seria um julgamento de mérito, apenas feito *prima facie* ou de forma macroscópica.

Sob essa ótica, a sentença de carência teria uma eficácia declaratória negativa própria das sentenças de improcedência da demanda; efeitos que, portanto, seriam produzidos fora do processo. Dessa maneira, não seria possível propor novamente a (mesma) demanda e tudo se passaria como se fosse um decreto de improcedência. Se o julgamento, embora rotulado de «extinção por carência de ação», na verdade apreciou o mérito (= julgou a pretensão), está-se diante de fenômeno que sugestivamente se denominou de «falsa carência». Se há projeção de efeitos substanciais para fora do processo, o que prevalece é a essência e não o rótulo da decisão. Essa deve ser considerada como sendo de mérito, para todos os efeitos previstos no ordenamento para essa categoria.

«Os casos mais recorrentes de «falsas» carências, sob a égide do CPC/1973, podiam ser encontrados quando se tratava de *legitimidade*; o que era explicável pela circunstância de que ela se determina a partir da titularidade da relação de direito material controvertida. Portanto, ela podia ser considerada um aspecto – talvez o mais superficial e aparente – da aludida relação. Exemplo: demanda indenizatória em face daquele cujo nome consta na repartição pública de trânsito como sendo proprietário do veículo alegadamente causador do evento. Posteriormente, verificava-se que o veículo (não obstante o registro público) fora alienado a outra pessoa antes do acidente. Já sob a égide do CPC/1973 era correto qualificar o caso de verdadeira improcedência em face do primitivo proprietário, e não de simples carência, porque o primeiro não responderia por dano que tivesse sido causado por coisa que não fosse mais de sua propriedade. Outros exemplos – que guardam atualidade mesmo no Código vigente – podem ocorrer quando são indevidamente confundidos o interesse processual e o interesse situado no plano material: erradamente, diz-se que não há interesse legítimo, quando se está a dizer que o interesse não está tutelado no plano material. Portanto, não é situação de carência, mas de improcedência.»

De todo modo, esse tema – cujo interesse ainda remanesce – ganhou novas facetas diante da disciplina do Código vigente (*infra* n. 205).

204. Segue: teoria da asserção. Diante das relevantes dificuldades na distinção entre as categorias das condições da ação e do mérito, parte da doutrina e da jurisprudência aceita a chamada *teoria da asserção*, engendrada certamente na premissa, já indicada, de que *condições da ação e mérito* têm na relação de direito material controvertida um elemento comum.

Assim, segundo essa teoria, a análise da presença das condições da ação deveria ser feita a partir das asserções do demandante na inicial, como se fossem verdadeiras. Então, superado o momento da aferição das condições da ação em cognição sumária, feita a partir dos elementos trazidos pelo autor quando do aforamento da demanda, julgamento posterior, fundado em cognição mais ampla, quer em extensão (considerando as alegações eventualmente trazidas pelo réu), quer em profundidade (à luz de outros elementos de prova), seria sempre um julgamento tipicamente de mérito.

A teoria, dentre outros, ofereceu a vantagem de estabelecer nexos entre julgamento do mérito e profundidade da cognição: a formação da coisa julgada material – imutabilidade que impede novo julgamento do mesmo objeto, pelos mesmos fundamentos, entre mesmas partes – somente se justificaria diante do caráter exaustivo da cognição.

Embora o Código não tenha positivado a teoria, é digno de nota menção feita por ele ao ensejo do indeferimento da petição inicial – portanto, ao tratar de julgamento que prematuramente impede o desenrolar do processo (ou, quando menos, desde logo reduz objetiva ou subjetivamente o processo); quando a lei empregou a expressão parte «manifestamente ilegítima» (art. 330, II). O advérbio sugere, de fato, que o controle sobre a legitimidade se dá diante de cognição feita a partir de elementos trazidos, em estado de asserção, pelo próprio demandante. Nesse caso, ela poderia ser entendida como típica condição da ação, isto é, como elemento a partir do qual se aferiria a plausibilidade e a razoabilidade da litispendência. Fora daí, não sendo «manifesta» a impertinência subjetiva, ela teria que ser adequadamente investigada em cognição mais aprofundada; e, dessa forma, a ilegitimidade se apresentaria como um dos aspectos relativos ao mérito (infra n. 213).

Contudo, para que realmente se pudesse dizer que a teoria da asserção foi adotada – ou, quando menos para dizer que o Código seria coerente a respeito – seria preciso excluir a figura da *ilegitimidade* das causas justificadoras de extinção sem resolução do mérito (art. 485, VI, primeira figura). Ademais, o Código também previu que, tendo sido reconhecida a ilegitimidade, a renovação da demanda é possível desde que haja «correção do vício que levou à sentença sem resolução do mérito» (art. 486, § 1.º, que emprega a mesma solução para outros casos de extinção sem julgamento do mérito ali arrolados). Ora, se a lei considerasse que o fundamento da ilegitimidade, ao menos após cognição mais

aprofundada, seria um aspecto de mérito – como deveria fazer – não haveria sentido em se falar em «correção de vício» porque o que haveria nesse caso seria uma autêntica sentença de improcedência; apenas que seguida, eventualmente, da propositura de uma nova demanda, por um novo sujeito – o que, repita-se, não significaria correção de vício algum, mas simples investida em juízo por sujeito diverso, a afastar possível exata identidade com a demanda anterior.

A teoria da asserção – compreendida como uma variação em torno do tema relativo às condições da ação, mediante recurso à ideia de profundidade de cognição – prestou-se a reforçar a ideia de que a técnica processual, com a possível brevidade, deve evitar ônus indevidos e desnecessários para o indivíduo e para o Estado decorrentes da instauração e pendência de um processo. Contudo, ela não superou a crítica de qualificar um dado julgamento como de mérito (ou não mérito) pela intensidade da cognição; e não exatamente pelo objeto do que se decidiu. O equívoco, aparentemente, está em se pretender dar às condições da ação – tal como inicialmente concebidas – um tratamento uniforme. Isso parece impossível especialmente por conta do interesse processual que, no confronto com a possibilidade jurídica do pedido e a legitimidade de parte, tem contornos distintos: a ligação daquelas duas primeiras com o direito material é evidente, ao passo em que, no caso do interesse, embora aspectos da relação material sejam relevantes, está-se diante efetivamente de um dado processual, para o que o grau de cognição parece não interferir de forma decisiva.

205. Valor e atualidade da categoria das condições da ação. Não obstante as críticas que a construção teórica sobre as condições da ação possa ter sofrido, durante tempo considerável ela continuou a ter relevância, não apenas pela circunstância de que a lei processual a previa (CPC/1973, art. 267, VI), mas também porque delas extraía consequências importantes, fundadas na distinção entre sentenças *definitivas* (de mérito) e *terminativas* (que não apreciam o mérito). Quando menos, essa categoria – com ou sem a variação proporcionada pela teoria da asserção – procurou estabelecer uma forma racional de exame da relação de direito material e, nessa medida, configurou uma espécie de *método* para a cognição que a respeito o juiz ou o árbitro devem exercer.

Sob a égide do Código em vigor a dificuldade reside desde logo em determinar se ele teria, ou não, abandonado tal categorização; o que significaria dizer – se a resposta pudesse ser positiva – que não haveria mais julgamentos de «carência de ação» e que julgar o que um dia se entendeu como «condições da ação» seria, hoje, julgar o mérito.

De um lado, realmente o diploma abandonou a locução «condições da ação», deixou de prever a figura da *impossibilidade jurídica do pedido* (ambas presentes no art. 267, VI, do CPC/1973) e não fala mais em «carência de ação».

De outro lado, contudo, o Código continuou a se referir ao *interesse processual* e à *legitimidade*: no art. 330, II e III, quando tratou de hipóteses justificadoras do indeferimento da petição inicial; no art. 337, XI, quando arrolou as matérias preliminares que o demandado tem o ônus de alegar na contestação; e, mais importante, no art. 485, VI, quando estabeleceu os casos de extinção do processo *sem resolução do mérito*. Portanto, a ilegitimidade e a falta de interesse de agir seguiram, no sistema do Código, como causa determinante de extinção do processo que não comporta a formação de coisa julgada material porque, para que isso ocorra, é preciso que o mérito seja julgado, conforme previsão expressa do art. 502. E, como dito, a lei considera que isso não ocorre quando reconhecida a ilegitimidade e a falta do interesse (art. 485, V). Além disso, embora não se encontre mais a locução «carência de ação», o já mencionado art. 330, III, do CPC vigente continuou a prever a hipótese de o autor «carecer de interesse processual».

Diante disso, embora realmente a impossibilidade jurídica do pedido não seja mais referida pelo Código (o que autoriza dizer que ele reconheceu se tratar de julgamento de mérito), julgamentos pela ilegitimidade ou pela falta de interesse não poderiam ser tidos como de mérito; o que levaria a concluir que, no final das contas e com a ressalva feita, o Código teria continuado a empregar a técnica das condições da ação.

Mas, dentro desse complexo quadro, o Código parece ter encontrado uma solução satisfatória, ainda que falando em termos pragmáticos. Assim, ao estabelecer, no art. 486 *caput*, que «o pronunciamento judicial que não resolve o mérito não obsta a que a parte proponha de novo a ação», ressaltou-se, dentre outros, que no caso do inciso VI do art. 485 – que se refere à ilegitimidade e à falta de interesse – é possível a renovação da demanda desde que «o vício que levou à sentença sem resolução do mérito» seja corrigido.

No caso do interesse processual isso faz sentido: a inadequação da via processual ou a desnecessidade do provimento, que haviam impedido o julgamento do mérito em processo precedente, são superados e, nesse caso, o objeto do processo pode ser decidido. Já no caso de legitimidade a técnica empregada é imperfeita: se a lei considerou que, nesse caso, o fundamento da ilegitimidade seria um aspecto de mérito – como deveria fazer – não haveria sentido em se falar em «correção de vício» porque o que haveria nesse caso seria simplesmente uma autêntica sentença de improcedência; apenas que seguida, eventualmente, da propositura de uma *nova* demanda, por um *novo* sujeito – o que, repita-se, não significaria correção de vício algum, mas simples investida em juízo por sujeito diverso, sem identidade plena com a demanda anterior. A ideia de correção de vício, que bem se ajusta à hipótese de extinção por falta de pressuposto processual (esse sim um requisito de validade), nem sempre se acomoda confortavelmente

à categoria das condições da ação: ela colhe dados da relação material e não faz sentido falar ou supor que a relação material foi de alguma forma «corrigida».

«Exceção à ideia de que a ilegitimidade de parte não comporta correção – mais aparente do que real – está nos arts. 338 e 339, em que a lei tratou de ilegitimidade passiva, permitindo o redirecionamento («substituição») da demanda. Mas, nesse caso, tão somente porque o processo ainda está na fase postulatória, abre-se a oportunidade para adequação da demanda. O «vício» que se corrige é processual, isto é, não há nada a reparar na relação de direito material.»

Mas, ainda que com alguma ressalva, no final das contas a solução que se extrai do Código é a seguinte: a ilegitimidade e a falta de interesse são considerados típicos julgamentos de mérito se e quando não for possível «corrigir o vício»; e, portanto, quando não for possível renovar a demanda. Isso significa dizer que, nesses casos, terá se formado a coisa julgada material; tanto que, para casos como esse, genericamente falando, a lei previu inclusive o cabimento de ação rescisória (art. 966, § 2.º, inciso I). De outra parte, a ilegitimidade e a falta de interesse de agir são consideradas como condições da ação se e quando não constituírem óbice para que se volte a juízo; caso em que, de forma coerente e ao menos em princípio, não caberá ação rescisória.

Dessa forma, o Código – que certamente não adotou a teoria da asserção – desvinculou a formação de coisa julgada do momento em que proferido o julgamento. O que importa, para a lei, é que a cognição empreendida seja suficiente para solução da controvérsia. Assim, o que antes se entendia ser impossibilidade jurídica do pedido hoje é certamente mérito; e o que se entende por ilegitimidade pode também ser entendida como mérito, com a ressalva feita acima.

«A possibilidade de se julgar o mérito mesmo antes de o réu ser citado é conhecida do Código que, avançando em relação ao precedente, alargou as possibilidades de julgamento de improcedência liminar do pedido (art. 332). Mas, o Código perdeu a oportunidade de deixar claro que é possível proceder dessa forma em todos os casos em que o mérito possa ser julgado desfavoravelmente ao autor, mesmo se tomados os fatos tal como por ele expostos. Assim, se o juiz desde logo reconhecer a ilegitimidade, sem possibilidade de «corrigir» o «vício», então não se trata de indeferir a inicial (art. 330, II), mas de julgar improcedente o pedido.»

De todo modo, não se pode dizer que o Código tenha simplesmente refutado a construção teórica sobre as condições da ação; que continua a ser útil, como já foi dito, como um método que organiza a cognição a ser empreendida no processo, para racionalizar a atuação do órgão estatal ou arbitral, evitando encargos desnecessários, para partes ou órgão julgador.

Por isso é que não deve haver indevida postergação do exame de questões ligadas a legitimidade e ao interesse: decisões que remetem a apreciação das preliminares «para final do processo» – dentre as quais ilegitimidade e falta de interesse – são nocivas porque são o oposto do fenômeno das «falsas carências» (supra n. 203), na medida em que o objeto é, por assim dizer, tratado como uma falsa questão de mérito; ou, por outras palavras, a esse objeto se atribui um nível de cognição que lhe é rigorosamente dispensável e que não tem outra função que não a de prolongar indevidamente o processo. Assim, a apreciação no momento correto (mesmo que em cognição sumária, porém eventualmente suficiente) tende a evitar a prática de atos inúteis, poupando-se encargos para as partes e especialmente para o Estado – aliás, essa é uma das razões de ser da técnica assim engendrada, como foi visto acima.

Finalmente, no contexto do Código vigente, remanescem desdobramentos decorrentes da dicotomia entre *condições da ação* e *mérito*, ligados à distinção entre sentenças definitivas (que definem a controvérsia) e de carência (que reconhecem falta de interesse ou ilegitimidade). Para além dos pontos já indicados, tem relevância prática os seguintes: a) no caso de extinção sem resolução do mérito, há quem ponha em dúvida (embora sem razão) o efeito interruptivo da prescrição de que trata o art. 240, § 1.º, do CPC; b) a pretexto de ser a matéria relativa a alguma das condições da ação, o órgão competente para o julgamento de recurso pode encontrar boa justificativa para julgar além dos limites da devolução, invocando o efeito que permite a «translação» de matéria de ordem pública (CPC, art. 485, § 3.º); c) qualificar tal ou qual sentença como de carência pode resultar na incidência do disposto no § 3.º, I, do art. 1.013 do CPC, com as possíveis dúvidas de interpretação dele decorrentes.

206. Condições da ação e inafastabilidade do controle jurisdicional.

Poderia soar paradoxal que, estabelecida a inafastabilidade da tutela jurisdicional pela Constituição (art. 5.º, XXXV), viesse depois lei a estabelecer requisitos ali não previstos.

Mas, vistas as condições da ação em sua correta perspectiva de coordenação entre direito processual e direito material, e sempre reafirmado o caráter instrumental da ação, não há paradoxo nem conflito. Quando se exercita a posição ampla e genérica garantida pela Constituição, propõe-se uma demanda que, necessariamente, envolverá determinados sujeitos, fatos e fundamentos jurídicos e um pedido. Portanto, não há como ingressar em juízo sem essa ligação concreta com o plano substancial, no qual, afinal de contas, está a crise a ser superada.

A técnica das condições da ação (com ou sem a aplicação da teoria da asserção) não é limite indevido ao exercício do poder de ação justamente porque ela

estabelece uma ligação lógica e indispensável com o direito material (supra n. 201). Mas vale especialmente para o legislador a advertência feita em doutrina, segundo a qual a técnica processual de fato não poderá estreitar os canais de acesso à tutela jurisdicional, a ponto de torná-la desproporcionalmente seletiva, o que equivaleria a excluir situações submetidas ao controle jurisdicional. Se isso ocorrer, é muito mais provável que o óbice esteja no plano dos pressupostos processuais (infra n. 276) do que propriamente no plano das condições da ação – que, na verdade, conduzem ao plano material, conforme tantas vezes enfatizado.

«Por exemplo, quando o Legislador exige depósito de percentual do valor de tributo ou de multa objeto de contestação pelo contribuinte, como condição para que seja julgado o mérito de demanda visando à desconstituição do título executivo, o requisito não está propriamente no plano das condições da ação, mas do processo. Nem mesmo em falta de interesse de agir se poderia falar porque a utilidade do provimento remanesce com ou sem o cumprimento da exigência mencionada.»

Se, por outro lado, a lei exclui certa situação substancial do controle jurisdicional, é preciso verificar realmente se isso é compatível com a regra inscrita no art. 5.º, inciso XXXV, da Constituição. Isso pode ocorrer nos limites postos ao controle dos atos políticos e atos da Administração (supra ns. 49 e 52). Mas, para ilustrar, seria inconcebível que a lei estabelecesse não haver interesse de agir para reclamos cuja expressão monetária fosse abaixo de determinado valor. Por isso, por mais tênue que seja o proveito a ser obtido com um provimento judicial, haverá interesse de agir. Não cabe – nem mesmo em providências excepcionais (como é o caso da ação rescisória) – invocar tal caráter para se cogitar da irrelevância ou insignificância da demanda para a ordem jurídica.

Não é que o custo do processo seja irrelevante diante do valor do bem que se busca tutelar. Contudo, é preciso considerar não apenas que há bens de valor inestimável sob a ótica patrimonial, mas especialmente a circunstância de que a consecução dos escopos da jurisdição (jurídico, social e político) não se afeiçoa a uma visão apenas econômica do fenômeno. Pensar assim seria trair a promessa de justiça que impede agir pelas próprias mãos e liberar a transgressão à ordem jurídica em situações de menor expressão econômica.

«Coisa diversa é a opção da Fazenda Pública de abrir mão da cobrança de créditos fiscais inferiores a determinado valor. Nesse caso, não se trata de excluir o controle estatal do interessado. Trata-se de situação na qual o próprio interessado abre mão de sua pretensão por reputá-la economicamente inviável, no confronto com os encargos que acompanham os atos necessários para a respectiva recuperação. É a hipótese prevista no art. 21 da Lei 11.033/2004 que alterou o art. 20 da Lei 10.522/2002, o qual passou a dispor: «Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do

Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como dívida ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).»

207. Condições «especiais» da ação. Em parte da doutrina, colhe-se a ideia de que, em certos casos, haveria condições da ação «especiais». Invocava-se a regra do art. 267, VI, do CPC/1973, que falava na extinção do processo sem julgamento do mérito quando não concorresse «qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual». A sugestão de que a enumeração poderia ser exemplificativa poderia, então, explicar a existência de outras condições da ação. Daí, portanto, poder-se-ia pensar em ações *típicas* como sendo aquelas submetidas a condições «especiais».

Contudo, a construção tradicional (ainda que com ressalvas) – pela qual se sistematizou e até aperfeiçoou a categoria das chamadas condições da ação – era apta a abarcar tudo o quanto diga respeito ao exercício da *ação*, por oposição ao que respeita ao mérito da causa. Assim, firmada a premissa de que tais condições são colhidas essencialmente no plano substancial, não há sentido em se falar em condições «especiais» porque a especialidade é própria de uma dada situação substancial e, como tal, não interfere em uma categorização que é simplesmente processual.

Certo é que para cada demanda passível de proposição podem ser diversas as respectivas condições da ação. Mas isso se dá pelo simples fato de que à base de cada demanda (projeção concreta do exercício do direito de ação) apresenta-se uma situação material (afirmada) diversa. Isso, contudo, não revela qualquer utilidade na busca ou determinação de condições «especiais» da ação. Buscar a tipicidade da ação nessa seara seria tão equivocado (e sem validade metodológica) quanto buscá-la na situação substancial afirmada pelo demandante, ou ainda no «bem da vida» (pedido «mediato») por ele pretendido.

208. Condições da ação, pressupostos processuais e (as assim ditas) «condições de procedibilidade». As condições da ação, ao menos quando vistas em sua perspectiva tradicional, são qualificadas como requisitos para julgamento do mérito. Sua falta, conforme já foi visto, redundava em carência de ação e extinção do processo sem resolução do mérito. Mas há outra categoria que, conquanto diversa, também antecede logicamente o julgamento do mérito: são os *pressupostos processuais* que, conforme resulta da expressão, são requisitos respeitantes ao processo, e não propriamente ao exercício da ação ou ao direito material. Pelo aspecto comum que apresentam, é possível falar num gênero a

abarcar as condições da ação e os pressupostos processuais: os pressupostos ou *requisitos de admissibilidade do julgamento do mérito*.

A busca do gênero comum, por um lado, é metodologicamente correta e útil. Sob a ótica da atuação do direito objetivo e da solução da controvérsia, realmente basta uma verificação linear dos requisitos dos quais dependem aqueles escopos. Na contraposição ao julgamento do mérito, todos eles estão no patamar operacional de *preliminares*, que antecedem e condicionam o julgamento do mérito.

Mas, se a consciência acerca do tronco comum é importante, ainda assim é essencial a distinção. Pressupostos processuais são considerados pela doutrina como requisitos de instauração e desenvolvimento válido e regular do processo (infra n. 276). Em termos lógicos, o reconhecimento da presença das condições da ação – categoria que se liga ao direito material – precede o exame dos pressupostos processuais. Em tese, somente depois de exercitado o direito de ação e proposta uma demanda é que nasce a relação processual e, portanto, é a partir daí que se pode falar em pressupostos de existência e de validade do processo.

É certo que, dentro da categoria dos pressupostos processuais, aqueles relativos à jurisdição (investidura, imparcialidade, competência) também são, ao menos em alguma medida, anteriores à instauração do processo: deles se cogita nesse momento. Isso porque é preciso saber se a pessoa ou o órgão a quem se pretende dirigir a demanda tem investidura (sem a qual sequer é possível falar em processo existente); se é imparcial; e, finalmente, se é competente. Apesar disso, evidentemente o plano substancial precede o processual e isso confirma a ordem lógica acima indicada. E a ordem lógica é importante no método empregado para a cognição, que passa por um processo de escalada; que vai das condições da ação, passando pelos pressupostos processuais, até chegar ao exame dos requisitos ou condições previstas pelo direito material, para determinar se o autor tem razão no pleito que dirige.

«Nos casos em que a tanto está autorizado, soa lógico e racional que o juiz aprecie, antes de tudo, sua própria competência; embora isso não deva ser pretexto para se eximir da apreciação, ainda que excepcional, de pleitos de urgência (supra n. 139). O mesmo pode ser dito, até com maior razão, sobre sua própria imparcialidade. Fora daí, colocar-se o exame dos pressupostos processuais como dado prioritário na cognição é método que gera o risco de iniquidades; como pode ocorrer quando, antes de tudo, está o juiz preocupado com o adequado recolhimento de taxa judiciária.»

Mas não se trata apenas de um problema de ordem lógica da cognição. Quando o processo é extinto sem resolução do mérito por ausência de pressuposto processual, fica mais claro e evidente que a eficácia da sentença é apenas processual e que a relação material controvertida permaneceu tal como existia antes do processo (no estado de crise que levou à propositura da demanda –

supra n. 3). A relação processual tem objeto, sujeitos e pressupostos próprios, que não se confundem com os correspondentes elementos da relação material (ainda que alguma forma de interação possa até existir). Portanto, a sentença terminativa fundada na ausência de pressuposto processual é, mais claramente, um ato que não define (ou resolve) a lide. Já no caso das condições da ação, a mesma coisa não pode ser dita, justamente porque tais condições são aferidas a partir da relação material – a ponto de, como foi visto, parte da doutrina negá-las como categoria diversa do mérito.

Assim, conquanto a expressão seja empregada eventualmente, não há justificativa lógica para se falar em *condições de procedibilidade*: ou bem se trata de condição da ação, que é colhida na relação material, tal como foi exposto; ou se trata de pressuposto processual, que é requisito de regularidade do processo. Se o que se quer referir com o termo *procedibilidade* é requisito relativo ao procedimento, tal não se justifica porque o procedimento está contido no conceito de processo e, portanto, englobado pela categoria dos pressupostos processuais. Por sua vez, se o que se quer designar é requisito de adequação do processo (ou mesmo do procedimento), está-se no terreno do interesse de agir, que é uma das condições da ação. Portanto, preferível evitar o emprego do termo *procedibilidade*, que nada acrescenta à categoria dos pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito.

209. Possibilidade jurídica da demanda. Em sua concepção original, essa condição da ação consistia na inexistência de vedação, *a priori* e em abstrato pelo ordenamento (plano material), do efeito jurídico pretendido pelo demandante. Embora concebida apenas como possibilidade do *pedido*, essa condição podia ser vista de forma mais ampla, de sorte a abarcar os demais elementos da *demanda*: é o caso da impossibilidade de execução mediante expropriação em confronto da Fazenda Pública, a qual tem a prerrogativa de se submeter ao regime dos pagamentos por precatórios (portanto, impossibilidade pela *parte*); ou da impossibilidade de se cobrar obrigação natural, como é o caso da dívida de jogo (portanto, impossibilidade pela *causa de pedir*). Daí se falar, em doutrina, também em possibilidade jurídica da *demanda*.

A ligação desse requisito com o direito material sempre foi evidente. A vedação do ordenamento ao pleito do autor é caso típico de improcedência que pode ser reconhecida desde logo. Excetuando-se a hipótese em que a situação trazida a juízo tem contornos exclusivamente processuais (como é o caso da ação rescisória), é no plano substancial que se colhe a existência de eventual vedação em abstrato da providência pleiteada pelo demandante (=impossibilidade jurídica).

«Apenas para ilustrar, lembre-se que a perspectiva *concretista* do di-

reito de ação (supra n. 167) – entendida como direito a um provimento de mérito favorável ao autor – as respectivas condições eram a legitimidade, o interesse e a «existência de uma vontade concreta da lei em favor do autor» – ao invés de se falar, nessa terceira figura, em «impossibilidade jurídica do pedido». Na atualidade, reconhecer que a impossibilidade jurídica do situação de julgamento do mérito não significa retroceder metodologicamente ou abrir mão de conquistas que levaram ao reconhecimento da autonomia do direito de ação (em relação ao direito material). Pelo contrário, trata-se de reconhecer o caráter instrumental de uma técnica que busca equilíbrio no exercício do direito de ação, na instauração da litispendência e na cognição sobre a relação material trazida a juízo e que deve justamente ser o alvo do regramento a ser imposto pelo juiz ou árbitro.»

Nem mesmo se justifica tentar estabelecer ligação desse requisito com o interesse de agir, que deve ser entendido como utilidade do provimento e que, portanto, nada tem com o conteúdo pretendido para a possibilidade jurídica. Quando muito, o interesse de que se poderia cogitar seria aquele afirmadamente tutelado no plano material. Mas um e outro interesse não se confundem e eventual apelo ao interesse regulado pelo direito substancial apenas reforçaria a conclusão de que, afinal de contas, está-se diante de improcedência da demanda detectável imediatamente.

O Código vigente, como já foi dito em tópico precedente (supra n. 205), não mais emprega a locução e, portanto, o que se entendia por impossibilidade jurídica do pedido deve ser hoje reputado como mérito, a ensejar julgamento de improcedência liminar do pedido (art. 332).

210. Possibilidade jurídica e tipicidade da ação. Parte da doutrina estabelece uma relação entre a tipicidade do direito material e a tipicidade da ação: uma ação seria típica se e quando suas hipóteses de cabimento estivessem arroladas taxativamente na lei. Esse seria o caso da ação penal, em razão da tipicidade vigente no plano substancial do ordenamento, nesse caso.

Realmente, não há como negar que, em diferentes situações de direito material, vigorem regras de estrita tipicidade. Contudo, não há utilidade metodológica e prática no direito processual civil em identificar a tipicidade substancial, de um lado, e a tipicidade da ação, de outro lado. Quando muito, a tipicidade do direito material facilitará a constatação, desde logo, de que a demanda é improcedente. Nessa medida, a constatação de ser impossível produzir os efeitos jurídicos desejados pelo demandante acarreta o fechamento prematuro das vias de acesso à tutela jurisdicional.

Na esfera civil, cogita-se da tipicidade, pela causa de pedir, da ação rescisória, cujos fundamentos possíveis estão arrolados de forma taxativa na lei

(CPC, art. 966). Embora isso possa até ser correto, é preciso não dar a essa tipicidade uma extensão que não deve ter. O fato de a lei prever hipóteses exaustivas não impede que se dê ao instituto uma interpretação coerente com sua finalidade de corrigir graves injustiças, ainda que acobertadas pela coisa julgada material. Isso significa, por exemplo, entender que cabe rescisória toda vez que qualquer provimento (não apenas e restritivamente uma sentença) projetar efeitos substanciais para fora do processo. Será incoerente o sistema processual que dê interpretação excessivamente restritiva à rescisória, a pretexto de sua tipicidade, para depois permitir a desconsideração da coisa julgada fora do processo do aludido remédio. Aliás, o Código vigente atentou para isso e, ao ensejo da disciplina dos casos de ação rescisória, embora continue a falar em decisão «de mérito» (art. 966, *caput*), passou a admitir referida ação autônoma de impugnação de decisões que, embora não sejam de mérito, impeçam «nova propositura da demanda» ou «admissibilidade do recurso correspondente» (art. 966, § 2.º, incisos I e II).

211. Legitimidade ordinária e extraordinária. A legitimidade ativa e passiva – também referida classicamente como a pertinência subjetiva da ação – indica quem é o titular do poder de ação. Ordinariamente, essa titularidade coincide com aquela extraída da relação de direito material: têm legitimidade ativa e passiva, conforme o caso, os protagonistas da relação material controvertida. Mais ainda: exatamente porque esse requisito é colhido na relação de direito material e porque é para lá que se dirigem os efeitos substanciais da sentença de mérito (que resolve a controvérsia), a legitimidade pode ser aferida também a partir da identificação dos destinatários diretos da eficácia do provimento. Sob esse outro ângulo, é possível ligar legitimidade e interesse: é legitimado aquele a quem o provimento possa trazer utilidade (elemento que resume a essência do interesse processual), por ser necessário e adequado.

Daí a regra inscrita no art. 18 do CPC, segundo a qual ninguém pode pleitear em nome próprio por direito alheio, salvo se autorizado pelo ordenamento jurídico. A regra é rigorosamente lógica e democrática: ninguém pode falar em nome de outrem e, pior ainda, pretender que terceiro seja vinculado por decisão que não postulou. Isso não apenas feriria o princípio do contraditório, mas significaria prestar jurisdição a quem não teve a iniciativa de invocá-la.

Porém, há situações em que a lei reconhece que determinada pessoa está legitimada a falar em nome próprio pelo direito de outrem. São situações relevantes, mas ainda assim excepcionais; daí a necessidade de previsão legal expressa, que não comporta interpretação extensiva. Nesses casos, fala-se em *legitimidade extraordinária*, cujo exercício redundará no fenômeno da *substituição processual*, em que alguém fala em nome próprio por interesse alheio, com uma

dissociação entre o titular do direito de ação ou de defesa e o titular do direito material deduzido em juízo.

Na doutrina, colhe-se desdobramento da legitimação ordinária em *simples* ou *concorrente*. Na primeira o titular do afirmado direito material exerce o direito de ação ou de defesa de forma isolada e independentemente da participação de outro sujeito de direito; na segunda, o exercício do mesmo direito pode ou deve ser feito conjuntamente com outro sujeito de direito mediante a formação de litisconsórcio (CPC, arts. 113, 114, 115 e 116). Daí se dizer, corretamente, que esse último instituto, antes de ser um problema de pluralidade de partes, é um desdobramento do tema da legitimidade (infra n. 214).

Também a legitimação extraordinária foi desdobrada pela doutrina: *autônoma*, na qual o sujeito detentor da legitimidade extraordinária exerce o direito de ação ou de defesa sem qualquer dependência da atuação do titular do direito material; *exclusiva*, na qual a atuação do legitimado extraordinário exclui a iniciativa do titular do direito material; *concorrente*, quando a atuação do legitimado extraordinário não exclua e possa conviver com a atuação do titular do direito material; e *subordinada*, desde que o legitimado extraordinário dependa da intervenção do titular de direito material.

A legitimidade extraordinária e a substituição processual distinguem-se da *representação processual* ou da *representação orgânica* (a qual supre a impossibilidade material de prática de atos pela pessoa jurídica representada), na medida em que o representante atua em nome e no interesse do representado.

212. Parte, parte legítima e terceiro. A legitimidade é colhida no plano material do ordenamento (ainda que ela seja extraordinária e, portanto, buscada na lei). Portanto, não se confundem os conceitos de *parte* e de *parte legítima*. O conceito de parte é formal: basta que o sujeito integre, de alguma forma, a relação processual para que seja considerado como parte. Desse modo, era imperfeita a redação do art. 3.º do CPC/1973 quando afirmava que «para proferir ou para contestar» ser preciso haver interesse e legitimidade: o réu, ainda que depois venha a ser reconhecido como parte ilegítima, tem a prerrogativa de se defender (até mesmo para alegar sua ilegitimidade ou a falta de interesse do autor). O Código em vigor procurou corrigir a imperfeição e empregou a locução «para postular em juízo» (art. 17).

O tema está ligado a outro, que lhe é complementar, e que diz respeito ao *terceiro* – com desdobramento nas respectivas formas de intervenção no processo de outrem. Sob a ótica formal, *terceiro* é, por exclusão, todo aquele que não é parte; isto é, não é autor, não é réu e não está em contraditório perante o juiz. Mas a compreensão do tema do *terceiro* vai além do aspecto formal justamente

porque, para saber se e quando ele pode ingressar em processo em que outros figuram, é preciso analisar sua posição na relação de direito material; o que remete novamente à fonte a partir da qual se extrai a legitimação.

Daí porque os temas estão diretamente ligados. É preciso determinar quem são os titulares da relação material posta em juízo, destinatários diretos da eficácia da decisão: eles são os legitimados e, no processo, ocuparão a qualidade de autor e réu, conforme o caso. Além deles, pode haver aqueles que são titulares de relações jurídicas conexas ou dependentes daquela posta em juízo e que, precisamente por esse nexos, podem ter suas esferas jurídicas atingidas, ainda que de forma reflexa. Esses são os terceiros juridicamente interessados, que poderão intervir na forma de assistentes (CPC, arts. 119 e ss.) ou, eventualmente, por outro modo, a ser mais adequadamente estudado ao ensejo do exame exaustivo da intervenção de terceiros.

213. Legitimidade, direito material e mérito. De forma análoga ao que se passa no caso da possibilidade jurídica do pedido, a ligação da legitimidade ordinária com o direito material é evidente (supra n. 203). Aqui também – mesmo antes do Código vigente – já era possível dizer que, uma vez constatada a sua ausência, tratava-se, ao menos no mais dos casos, de improcedência que poderia e deveria ser reconhecida desde logo. Mesmo no caso da legitimidade extraordinária (aquela em que não há titularidade da relação material e ela decorre apenas da vontade da lei), sua aferição considera aspectos da relação material. Assim ocorre especialmente quando há alguma margem para que, em concreto, verifique-se se o autor preenche os requisitos que a lei estabelece para autorizar que venha a juízo falar em nome próprio por direito alheio. Isso acontece, por exemplo, quando se discute se o Ministério Público pode defender interesses disponíveis, ainda que tenham dimensão coletiva (em função do disposto nos arts. 127, *caput*, e 129, III, da CF). Também ocorre quando se quer saber se há pertinência temática a justificar que tal ou qual pessoa (por exemplo, partido ou associação) venha a juízo, em nome próprio, para tutela do interesse de outrem. Nesse último caso, é preciso saber se referida tutela estaria, ou não, prevista como escopo institucional em seus estatutos, conforme exigência do art. 82, IV, do CDC.

No Código vigente, como foi visto (supra n. 205), a lei continua a se referir à ilegitimidade como causa determinante de extinção do processo sem resolução do mérito. Contudo, a ilegitimidade, segundo a opção feita pela lei, deverá ser considerada como mérito se e quando não for possível «corrigir o vício»; e, portanto, quando não for possível renovar a demanda; caso em que haverá coisa julgada material, passível, em tese, de ação rescisória (art. 966, § 2.º, inciso I). Isso quer dizer que, para o Código, a ilegitimidade será considerada como

condição da ação se e quando não constituir óbice para que se volte a juízo; caso em que não caberá ação rescisória.

214. Legitimidade e pluralidade de partes (litisconsórcio). No caso da legitimidade, não obstante sua inegável ligação com o direito material, esse tema tem importante desdobramento processual, que é o da pluralidade de partes. Quando se trata de litisconsórcio facultativo (no qual duas ou mais pessoas podem figurar num dos polos da relação processual), a repercussão processual da legitimidade é menos relevante porque, nesse caso, trata-se de cúmulo subjetivo de demandas em um mesmo processo (CPC, art. 113). Elas são objeto de um mesmo processo, embora elas pudessem estar fracionadas, de sorte a ensejar tantos processos quanto o número de litisconsortes.

Contudo, quando se trata de litisconsórcio necessário, a determinação dos legitimados interfere diretamente com a regularidade da relação jurídica processual. No caso do litisconsórcio passivo, a falta de um dos litisconsortes, se não for sanada por iniciativa do autor, resolve-se na extinção do processo sem resolução do mérito (CPC, art. 115, parágrafo único). Lembre-se que ninguém pode ser compelido a demandar e que, portanto, o juiz não determina diretamente a citação do litisconsorte necessário ausente, sendo ônus do autor a emenda da inicial. Portanto, a falta atua como ausência de pressuposto processual e, nesse caso, não é correto dizer que a legitimidade seja aspecto exclusivamente ligado ao direito material.

No polo ativo, se o litisconsorte necessário não comparece, há divergência doutrinária a propósito da solução. Para alguns, a omissão se resolve pela citação daquele que deveria ser autor para figurar como réu; para outros (e essa é a posição que se afigura correta), a ausência se resolve em extinção do processo sem resolução do mérito por ilegitimidade ativa. É que o autor presente falaria em nome próprio, por direito próprio; mas também em nome próprio por direito alheio – o que, sem autorização legal, é inviável (CPC, art. 18).

A relação material e, portanto, o tema da legitimidade também tem relevância quando se cogita da relação entre litisconsortes. Se a relação material for incindível, isso ditará o que se convencionou chamar de litisconsórcio *unitário*: aquele no qual a decisão deverá ser uniforme para todos os litisconsortes, isto é, a eficácia da sentença terá que ser a mesma para todos eles porque a relação material que integram é monolítica e só comporta regramento idêntico para todos.

215. Interesse processual. Já se teve a oportunidade de destacar a importância que o conceito de *interesse* tem para o Direito e, como não poderia deixar de ser, para o Direito Processual: a organização da vida em sociedade